

La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de Terceros en el Arbitraje Administrativo

Richard Martín Tirado* **

SUMILLA

El presente artículo trata sobre un tema que resulta poco usual, pero que suele darse como mecanismo de solución alternativo de conflictos y así no acudir al Procedimiento Contencioso Administrativo. Dicho mecanismo es el Arbitraje, el cual le brinda la posibilidad al Estado de resolver su controversia frente al administrado en la vía arbitral, en lugar de tener que acudir extenso y tedioso Procedimiento Contencioso Administrativo. El autor señala que el escenario de las nuevas tendencias del Arbitraje Administrativo ha pasado a ocupar un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico y no resulta ajeno a ninguna clase de operador del sistema. Finalmente, debe tenerse presente que el propósito del presente artículo, es plantear una serie de temas eje en relación al rol que ocupa el Estado en materia arbitral y particularmente poner énfasis en los problemas que se vienen presentando en el desarrollo de los procesos arbitrales, en aquellos supuestos de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y en la intervención de terceros.

1. Introducción

Puede parecer extraño que un administrativista se introduzca en los azarosos escenarios del arbitraje, pues tal como afirma BULLARD¹ el arbitraje y el derecho administrativo, parecen transitar por dos ramas opuestas. Sin desconocer la importancia de otras especialidades del derecho en el desarrollo e institucionalización del arbitraje, el derecho administrativo y esta rara especie que somos los administrativistas, podemos ofrecer una visión “desde adentro” de los fenómenos en los que se involucra el Estado en aquellas controversias en las que participa activamente como parte contratante, parte no signataria o como un tercero interviniente.

La aproximación de un administrativista al fenómeno de las controversias contractuales en las que participa el Estado no es un asunto reciente.

Sin embargo, hoy en día se hace más importante a la luz de las nuevas perspectivas que ofrece el derecho interno y comparado, con respecto a la posibilidad que el Estado puede resolver sus controversias a través de la vía arbitral.

Por ello y sin que ello implique un excesivo optimismo de nuestra parte, es necesario conocer la perspectiva administrativa desde un ángulo distinto, para así entender una nueva forma en la que se debe abordar el fenómeno de las controversias contractuales en las que participa el Estado, utilizando la vía arbitral.

Sin querer entrar en mayores aspectos polémicos, resulta de vital importancia conocer la forma en que se gestan las decisiones administrativas para entender de una mejor forma, la actuación de las entidades públicas en los procesos arbitrales.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola y ESAN.

** Agradezco la colaboración en el desarrollo del presente artículo a la señorita Patricia Shoshana Vilcanqui Velásquez, adjunta de docencia en el curso Régimen de los Servicios Públicos y las Concesiones sobre Bienes Públicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ BULLARD GONZALES, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. En: La contratación pública, Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 1193-1242.

Las controversias que involucran la participación del Estado, normalmente implican determinar el terreno difuso de las materias arbitrables y la necesidad de discutir, el límite de las potestades administrativas aplicables a la solución de una controversia contractual.

En este sentido, estamos convencidos de que el escenario de las nuevas tendencias del arbitraje administrativo ha pasado a ocupar un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico y no resulta ajeno a ninguna clase de operador del sistema. Si esta misma afirmación hubiera sido planteada hace algunos años, probablemente no hubiera tenido eco, puesto que la solución a problemas derivados de conflictos contractuales, se encontraba regulada en normas civiles y comerciales, que dominaban el debate en aquellas épocas.

A partir de la década de los 90's y por expresa disposición de los artículos 62° y 63° de la Constitución de 1993², estamos ante un escenario distinto, donde el Estado puede someter las controversias derivadas de sus relaciones contractuales con particulares e inclusive entre entidades públicas en sí mismas consideradas, a la vía arbitral.

El arbitraje como un mecanismo de solución de controversias, se ha vuelto una realidad en el ámbito de las relaciones jurídicas que celebra el Estado. Los casos más emblemáticos y sensibles son los derivados de la Ley de Contrataciones del Estado, las normas de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, y el régimen de las Asociaciones Público Privadas.

El propósito del presente artículo, es plantear una serie de temas eje en relación al rol que ocupa el Estado en materia arbitral y particularmente

poner énfasis en los problemas que se vienen presentando en el desarrollo de los procesos arbitrales, en aquellos supuestos de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y en la intervención de terceros.

Tal como se ha indicado, el énfasis del presente artículo será puesto en el arbitraje interno en materia de la Ley de Contrataciones del Estado, en el régimen general de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, y en el caso de las normas sobre Asociaciones Público Privadas.

Es importante señalar, que gran parte de la problemática que se suscita en el ámbito del derecho interno, se soluciona partiendo del supuesto que el Estado en sus relaciones contractuales reposa su actuación en un conjunto de entidades con distinta denominación. De acuerdo a ello, el concepto de Estado se concretiza en la noción de entidades que forman parte de la Administración Pública.

En cambio, en el ámbito del derecho internacional, la discusión es distinta, puesto que el Estado no acude a tribunales arbitrales internacionales en función de la actuación de sus organismos o entidades, sino por las obligaciones a las que se ha comprometido genéricamente como Estado, al margen de cuál sea la entidad que haya adoptado, tal o cual decisión en el ámbito del derecho interno.

Este es un tema de especial importancia, pues determina un tratamiento distinto del Estado en los arbitrajes nacionales e internacionales, donde las relaciones de naturaleza contractual son claramente establecidas sobre la base de una personalidad jurídica unitaria, a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, en el cual, "cada entidad" asumen su postura de defensa en el proceso arbitral.

² Artículo 62°.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.

Mediante contratos-Ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63°.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las Leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

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.

La forma de actuación del Estado en el plano interno e internacional, determina pues, un rol distinto de sus entidades. En el caso del derecho interno, las entidades asumen el rol de sujetos de derecho específicos que actúan en función de sus normas de creación. La situación es distinta en aquellos casos en los que el Estado actúa como una sola organización, al margen de su composición interna.

Queda pues, claramente establecido que el Estado es uno en el ámbito del derecho internacional y es múltiple o disperso en el ámbito del derecho interno. En el caso del arbitraje interno y en especial, en los casos del “arbitraje administrativo”, es posible admitir la intervención una entidad estatal en calidad de parte contratante, parte no signataria e inclusive, admitir los supuestos de intervención de entidades públicas como terceros en el marco de los procesos arbitrales.

Los temas anteriormente indicados, serán desarrollados a continuación tomando en primer lugar un marco introductorio que planteará las teorías que la doctrina y la jurisprudencia arbitral han creado sobre el tema; en segundo lugar, se analizará esta situación en el ordenamiento jurídico peruano, tomando como punto de partida la extensión del convenio arbitral (artículo 14° de la Ley de Arbitraje); y finalmente, se analizarán

los casos de intervención de terceros en el arbitraje nacional e internacional, distinguiendo la participación de los particulares y del Estado en dichos casos.

2. El convenio arbitral y su formalidad

El convenio arbitral es el origen del arbitraje. Según el numeral 1 del artículo 13° de la Ley peruana de arbitraje³, el convenio arbitral es un acuerdo mediante el cual, las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Esta primera aproximación nos remite a considerar que el fundamento del convenio arbitral se basa en la autonomía de la voluntad⁴ y la libertad contractual⁵ de las personas, como derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En este sentido, el ordenamiento jurídico también, autoriza a las partes a sustraerse de la jurisdicción ordinaria, para poder decidir libremente qué controversias derechos disponibles puede someter ante un tribunal arbitral.

Este criterio, ha sido asumido también por SOTO⁶, quien señala al respecto lo siguiente:

³ Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

⁴ Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

⁵ Artículo 62°.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.

(...)

⁶ SOTO COÁGUILA, Carlos. El convenio arbitral en la Ley peruana de arbitraje de 2008. En: Tratado de Derecho Arbitral. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, Tomo II. p. 622.

“Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial.

Nótese que es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitral.”

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 6167-2005-HC/TC, ha definido la naturaleza del convenio arbitral del siguiente modo:

15. (...) De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

(...)

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Según lo expuesto, el convenio arbitral no solo faculta a las partes a someter sus disputas ante tribunales arbitrales, sino también constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad de las personas que debe ejercerse dentro del marco constitucional vigente, por tanto no se puede transgredir los demás principios y normas constitucionales, tal como es el caso de los derechos fundamentales.

Otro aspecto importante con relación al convenio arbitral es su formalidad, pues debe constar por escrito por ser un medio probatorio. Según SOTO, la Ley de arbitraje peruana exige tener por escrito un convenio arbitral, como una formalidad *ad probationem*, pues se entenderá que consta por escrito cuando se manifieste de cualquier forma o pueda ser probado mediante *la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*⁷.

Estas exigencias de la Ley de Arbitraje, insisten en probar que las partes son efectivamente tales en el marco del convenio arbitral. En consecuencia, quienes no son partes o son terceros y en tanto ello no conste en un acuerdo escrito en el que se manifieste que forman parte o desean formar parte del convenio, no existiría, en principio, medio probatorio para considerarlos partes, más aún, cuando el arbitraje es del Estado. Las partes son únicamente las que constan en el convenio arbitral, lo cual representa un problema al momento de necesitar la intervención de un tercero al proceso arbitral.

Ahora bien, estas reglas y requisitos del convenio arbitral han sido pensados, al momento de su regulación, para arbitrajes entre sujetos de origen privado. En otras palabras, la lógica planteada en la Ley de Arbitraje no ha considerado cuáles deben ser las reglas para la participación del Estado en el arbitraje y menos aún para la participación de terceros.

Por ello, resulta importante que se establezcan reglas de derecho administrativo para regular el arbitraje estatal y, por tanto, también la intervención de terceros en este tipo de arbitraje, pues ello supondría otorgar garantías a los particulares sobre cuál es el rol del Estado en los arbitrajes en los que es parte o tercero.

En las siguientes líneas se analizará la intervención de terceros en el arbitraje administrativo, tomando en consideración la intervención de las entidades públicas en dichos procesos.

3. Las partes no signatarias y la intervención de terceros en los procesos arbitrales

Según BULLARD, las partes no signatarias del convenio arbitral son aquellas que siendo tales, no han suscrito el convenio por algún motivo. De modo tal, que en función a criterios de vinculación

⁷ SOTO COAGUILA, Carlos. Op cit. p. 634.

económica y otros que serán explicados más adelante se podrá dilucidar la función de partes no signatarias⁸.

Por otro lado, la referencia a los terceros, implica reconocer la participación en el proceso arbitral a personas que no son parte del convenio ni de una relación jurídica relacionada directamente al convenio. Se trata pues, de personas que ineludiblemente se verán afectadas por efectos del ámbito subjetivo y objetivo del laudo, y por ende, para garantizar su eficacia es necesaria su participación⁹.

Una vez aclarado este primer punto de partida, debe señalarse que tanto la referencia a los terceros como a las partes no signatarias en el proceso arbitral, denota una visión procesal y sustantiva de este fenómeno jurídico en el arbitraje. Asimismo, es relevante conocer las distintas posturas que existen al respecto, pues en términos generales, tal como indica BULLARD¹⁰, solo pueden participar quienes “están invitados a la fiesta”, es decir, no todos pueden intervenir legítimamente en un proceso arbitral.

El convenio arbitral como bien es conocido, está constituido por el consentimiento de las partes de someter su controversia ante un tribunal arbitral; sin embargo, el ámbito de aplicación personal del convenio, es decir, la identificación de las personas que se vinculan por el mismo, dependerá de aquellas condiciones externas al convenio, silencios o presunciones. Por ello, existe la posibilidad de que una parte o un tercero, sin saberlo, estén vinculados por una cláusula arbitral¹¹.

A nivel doctrinario se ha tratado este asunto, considerando que el problema de la intervención de un tercero en los procesos arbitrales radica en que éste se encuentra involucrado al convenio, pese a no haberlo firmado e incluso ignorándolo; en otras palabras el tercero y la parte no signataria del convenio arbitral tienen un vínculo que justifica su intervención en el proceso arbitral¹².

Otro problema que se puede identificar con relación a este tema y que se deriva de la práctica arbitral es que normalmente no son bienvenidos los terceros en el arbitraje, dado que la naturaleza contractual del convenio arbitral y su eficacia entre las partes dificulta su aplicación a terceros, tal como indica FAVRE¹³:

However, third parties are much less welcome in arbitration proceedings than they are in court litigation. the contractual nature of comercial arbitration poses serious difficulties, as it is legally delicate to attract in the proceedings a third party who is not a party to the original arbitration agreement.

Este tema es particularmente complejo al momento de evaluar la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias en procesos en los que el Estado es parte o en los que podría extender el convenio a la participación del Estado, bajo alguna de las entidades que forman parte de su estructura. Por otro lado, no resulta ajeno a la problemática actual, el pedido de algunas entidades estatales, como es el caso de los organismos reguladores, de pretender intervenir como terceros en procesos arbitrales. Por ello, es importante analizar los aspectos procesales y sustantivos de este fenómeno.

3.1. Aspectos procesales

Es interesante conocer que además de la postura contractualista acerca de la extensión del convenio arbitral a terceros y partes no signatarias, existe una postura que, sin desconocer a la primera, señala la existencia de un carácter netamente procesal en la intervención de terceros.

No cabe duda que la postura sostenida por BULLARD es absolutamente correcta, cuando afirma que la extensión del convenio arbitral solo se da entre auténticas partes sean signatarias o no¹⁴. Sin embargo, existe otra postura que plantea el carácter procesal de la intervención de terceros y de partes no signatarias en el arbitraje, que no es incompatible con la primera.

⁸ BULLARD GONZALES, Alfredo. Extensión del convenio arbitral. En: Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2011. p. 202.

⁹ LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010. p. 18.

¹⁰ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op cit. p. 202.

¹¹ VULLIEMIN, Jean-Marie. La extensión de la cláusula arbitral a terceros ¿Cláusula arbitral versus convenio arbitral? En: SpainArbitrationReview. Revista del Club Español de Arbitraje, 2009. p. 55.

¹² RESTREPO OROZCO, Daniella. Vinculación de terceros al proceso arbitral. En: Ensayos Arbitrales. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2012. p. 54

¹³ FAVRE-BULLE, Xavier. Intervention of third parties and amicus curiae: whose amicus? En: Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Colombia: Legis Editores, 2007. p. 305.

¹⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op cit. p. 203.

De ambas posturas, se debe recordar que si bien por un lado, las partes no signatarias son auténticas partes, no se puede negar el hecho que existan terceros que no son partes del convenio arbitral, pero tienen un interés legítimo para participar en el arbitraje.

Ahora bien, en cuanto a las reglas procesales para la incorporación de los terceros al proceso arbitral, es necesario considerar que deberán ser definidas por acuerdo de las partes o según disponga el tribunal arbitral. En otras palabras, en la medida que los derechos o intereses legítimos del tercero, dependen de la suerte de una de las partes, se requiere además, la aceptación de las partes o la disposición del tribunal arbitral, a efectos de que se adhiera correctamente el tercero ajeno al arbitraje¹⁵.

Por ejemplo, cuando A arrienda su inmueble a B, se entiende que éste podrá usarlo y disfrutarlo por un determinado tiempo, a cambio de pagar por períodos, un determinado monto de dinero. Sin embargo, si A, en el marco de un proceso arbitral con C, pone en riesgo el derecho previo y legítimo de B, entonces, naturalmente se entiende que B, no siendo parte del convenio entre A y C tiene un interés legítimo de poder incorporarse al proceso arbitral, a fin de defender sus propios intereses, puesto que el laudo arbitral afectará no solo a las partes del convenio, sino también a B.

En este tipo de conflictos, donde se debe determinar cómo y por qué participa el tercero, tal como indica ORREGO¹⁶, se debe identificar el interés *real que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje, lo que significa identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual* y simultáneamente si ese interés debe prevalecer sobre ficciones jurídicas, pues, en la medida que nos encontramos ante una relación jurídica donde se discuten derechos disponibles de carácter patrimonial, resulta importante tomar en cuenta estos aspectos.

En el caso antes señalado, B tiene un interés legítimo y real (contrato de arrendamiento) sobre el bien materia de arbitraje, que es la realidad económica subyacente a las relaciones contractuales entre los sujetos mencionados.

En esta medida, los requisitos para la intervención de terceros que se pueden colegir son los siguientes¹⁷:

- Existencia de actuaciones arbitrales pendientes, pues no tendría sentido incorporar al tercero cuando el laudo ya se emitió.
- Calidad de tercero, es decir quien no es efectivamente parte del convenio, pero tiene un interés legítimo por el cual pretende incorporarse al arbitraje.
- Posibilidad de extender el convenio arbitral al tercero, de acuerdo a las particularidades de cada caso en concreto.
- Integración del convenio arbitral, es decir, la aceptación de las partes a incorporar al tercero al proceso arbitral.

Cada uno de estos criterios, responden a la lógica del arbitraje, pues en rigor, no se trata de un proceso rígido, sino de uno más acorde a la voluntad de las partes. En tal sentido, es posible identificar también algunos tipos de intervención de terceros en el arbitraje, como por ejemplo:

3.1.1. La intervención voluntaria

La intervención voluntaria del tercero se da cuando ya sea por un interés legítimo o por la afectación a un derecho sustantivo, el tercero solicita incorporarse al proceso arbitral, con la finalidad de defender sus intereses afectados, ya sea por una de las partes o por el laudo.

En este punto, cabe indicar que el tercero por iniciativa propia decide incorporarse al arbitraje, previamente sustentado su interés legítimo y con la aceptación de las partes y posterior integración del convenio arbitral.

3.1.2. La intervención forzosa

La intervención "forzosa"¹⁸ en el arbitraje, se da cuando el tercero no interviene por iniciativa propia, sino por iniciativa de las partes o del tribunal arbitral.

¹⁵ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. La independencia e imparcialidad del árbitro. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2009. pp. 10-11.

¹⁶ ORREGO VICUÑA, Francisco. La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas. En: Tratado de Derecho Arbitral. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2011. p. 364.

¹⁷ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. Op cit. p.13

¹⁸ En este punto, se debe indicar que si bien denominamos este tipo de intervención "forzosa", ello se debe a la necesidad imperativa del tercero de intervenir en el proceso arbitral.

En el primer caso, una de las partes del convenio arbitral promueve la intervención del tercero con el fin de que tenga participación con la emisión del laudo, dado que entre ambos existe una relación jurídica o un nexo jurídico y porque las actuaciones arbitrales involucran al tercero también.

En el segundo caso, por disposición del tribunal arbitral y de las partes, el tercero con interés legítimo para intervenir en el arbitraje, debe incorporarse para tener participación en las actuaciones arbitrales y en la decisión final o laudo.

En ambos casos, es preciso tener en cuenta que el arbitraje a diferencia del proceso civil, no admite la aplicación del Código Procesal Civil, salvo supletoriamente y en caso sea compatible con la naturaleza del arbitraje.

En tal sentido, los casos descritos anteriormente no responden a la lógica del proceso civil, sino a la de un proceso distinto, donde como señala BULLARD "solo participan los que están invitados a la fiesta"¹⁹ y donde no se puede negar la existencia de aspectos procesales cuya observancia debe ser obligatoria para asegurar el derecho de defensa de las partes, del tercero y la efectividad del laudo.

3.2. Aspectos sustantivos

Una vez planteado el problema conviene destacar que según RESTREPO, existen dos tendencias para determinar en qué supuestos corresponde o no incorporar al tercero y a las partes no signatarias a un proceso arbitral.

La primera, plantea la integración del tercero o la parte no signataria al proceso arbitral solo bajo circunstancias específicas, cuando, si bien no ha firmado el convenio arbitral, su consentimiento debe quedar claramente establecido, pues la participación en un proceso arbitral implica la renuncia, por voluntad de las partes, del derecho constitucional a la jurisdicción ordinaria²⁰.

La segunda, plantea un ámbito de aplicación mucho más amplio del convenio arbitral a un tercero, en el cual, a partir de la redacción de la cláusula y las circunstancias se puede presumir que el tercero era consciente de la existencia de la

misma, por lo que no existiría ningún impedimento para aplicar el pacto.

Sobre ambas tendencias se puede afirmar que, mientras la primera reconoce al consentimiento o la voluntad del tercero como elemento trascendental para su inclusión en el proceso arbitral; la segunda, en función de una presunción del conocimiento de la cláusula arbitral que dependerá de cada caso en concreto, adhiere al tercero al proceso arbitral.

Ambas teorías quedarían en el aire de no ser por la jurisprudencia internacional, de las cortes y tribunales de distintos países que recurrentemente han admitido la integración de terceros a los procesos arbitrales, sin considerar que ellos quisieron o no formar parte del mismo²¹.

Las teorías establecidas por los tribunales internacionales, según RESTREPO son cinco:

1. *Incorporación por referencia*
2. *Assumption*
3. *Mandato*
4. *Grupo de compañías o álter ego*
5. *Estoppel equitativo*

Cabe indicar que la diversidad de casos que puede abordar un árbitro excede ampliamente la lista anteriormente indicada, sin embargo, tal como indica BULLARD²², resulta imposible detallar cada uno de los casos, por tanto comenzaremos a estudiar cada uno de ellos.

3.2.1. Incorporación por referencia

Según RESTREPO, la incorporación por referencia es un caso en el que se tiene una cláusula arbitral incorporada a diversos acuerdos que se derivan del contrato principal, mediante referencias a dicha cláusula a fin de no tener que redactarlas de nuevo.

En otras palabras, se tiene una cláusula arbitral en un documento que no es soporte directo e inmediato del contrato principal, sino que viene incorporada por referencia²³.

En este caso, a su vez, existen dos situaciones concretas, en las que se incorpora al proceso arbitral al tercero:

¹⁹ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op. Cit, p. 205

²⁰ RESTREPO OROZCO, Daniella. Op cit. p. 55

²¹ *Ibidem*.

²² BULLARD, Alfredo. Op cit. p. 214.

²³ VULLIEMIN, Jean-Marie. Op cit. p.56.

- (i) Cuando, el tercero hace un acuerdo separado con una de las partes y en el acuerdo se incorpora una cláusula arbitral por referencia.
- (ii) Cuando, la cláusula arbitral haga una referencia al tercero o a un acuerdo secundario que tenga relación con él.

En ambos casos, el razonamiento utilizado por los tribunales internacionales, como es el caso del Tribunal Federal Suizo a juicio de VULLIEMIN²⁴, se basa en que:

Las partes eran profesionales de una rama en la que el arbitraje es usual. Por tanto, al firmar el documento contractual, se entendía que habían implícitamente incluido en el mismo el sometimiento al arbitraje como tal. Las modalidades de este arbitraje, que vienen generalmente reguladas por el tenor de la cláusula (...), escapan al control del consentimiento y no son susceptibles de hacer obstáculo a la declinatoria judicial. Por tanto, y formalmente bastaba la existencia de “una” cláusula arbitral para justificar la declinatoria del juez estatal.

De acuerdo a lo expuesto, tanto las cláusulas arbitrales por referencia, así como el conocimiento que el tercero puede tener del asunto en controversia por lo “usual” del caso, son criterios que normalmente se utilizan para determinar la incorporación de terceros al proceso arbitral.

3.2.2. Asunción

Según esta teoría, se puede admitir al proceso arbitral a un tercero, siempre que su conducta permita deducir que su intención era la de asumir las obligaciones del arbitraje.

Por ejemplo, cuando los trabajadores de una empresa designan a un comité y estos a su vez a un representante para demandar en un proceso arbitral, a la empresa en la que los primeros trabajan, se denota que si bien los trabajadores no necesariamente firmaron un pacto arbitral, en función de la actitud de los demandantes, se puede deducir su amplia voluntad de participar en el proceso.

Otro ejemplo de este tipo de casos, citado por RESTREPO, es cuando existe un acuerdo arbitral entre una empresa que es parte de otra principal, que hace presuponer que la subsidiaria conocía de tal acuerdo, pues nunca lo objetó y que por ende, válidamente, la vincula al proceso arbitral²⁵.

Esta teoría ha sido aplicada cuando las circunstancias del caso demuestran que el tercero no signatario tiene la intención de participar el acuerdo arbitral o cuando conociendo del convenio no se objetó al mismo²⁶; por tanto, se deja a la reflexión que no es necesario una referencia expresa o tácita a un convenio arbitral, sino que la sola voluntad de participar y la participación activa; así como la aceptación tácita a un convenio, calificaría a los terceros para poder intervenir en un proceso arbitral, quieran o no.

3.2.3. Mandato

Esta teoría parte del contrato de mandato en virtud del cual, el mandante concede al mandatario la capacidad de realizar algunos actos o negocios en representación del primero, de tal forma, que el mandatario que firme un acuerdo arbitral en representación de su mandante quedará vinculado, solo si o revela a la otra parte que el pacto arbitral ha sido firmado en representación del mandante²⁷.

De igual forma, el mandatario que se extralimite en sus funciones podrá quedar vinculado al arbitraje, por ello es importante que cuando un representante firme en nombre de otra persona, establezca en el contrato de mandato, la naturaleza y el alcance de las funciones que va ejercer²⁸.

En la jurisprudencia de las cortes internacionales, según RESTREPO, se ha establecido que no puede extenderse el convenio arbitral a los mandatarios en base al contrato de mandato. Por el contrario, ello puede ocurrir si el mandatario presenta alegaciones directamente vinculadas al convenio arbitral.

La teoría antes indicada, si bien está referida a un contrato especial como es el mandato, bien podría incluirse dentro de una de las clasificaciones antes indicadas, pues tanto las reglas de la incorporación

²⁴ VULLIEMIN, Jean-Marie. Op cit. p. 58.

²⁵ RESTREPO, Daniella. Op cit. p. 57

²⁶ *Ibidem*

²⁷ RESTREPO, Daniella. Op cit. p. 58

²⁸ *Ibidem*.

por referencia como por *assumption*, podrían justificar la vinculación del mandatario al convenio arbitral.

3.2.4. Grupo de compañías o álter ego

Según RESTREPO, esta teoría admite la posibilidad de integrar a un individuo u organización al proceso arbitral sin necesidad de que hayan firmado el convenio arbitral, debido a la interrelación existente entre el tercero y una compañía signataria del pacto.

En otras palabras, cuando la relación corporativa entre una empresa principal y una subsidiaria es muy estrecha, podría suceder que una tenga que responder por las acciones de la otra en un proceso arbitral.

Por tal motivo, indica la citada autora, es que se han previsto dos situaciones en las que los tribunales han admitido que se extienda el *velo corporativo* para poder vincular a una empresa no signataria del convenio arbitral²⁹:

- (i) Cuando el grupo de empresas ha cometido o ha intentado cometer algún fraude u otra conducta reprochable; y,
- (ii) Cuando, la empresa principal controla todas las actuaciones de la empresa subsidiaria que firmó el convenio arbitral.

Con relación a esta teoría, por ejemplo cuando una empresa subsidiaria firma un contrato para la prestación de un servicio o para el suministro de bienes indicando que tanto la empresa principal como las demás subsidiarias podrían cumplir el contrato, ello implica que tanto la principal como la subsidiaria pueden ser involucradas en un proceso arbitral derivado del contrato firmado entre la subsidiaria y la otra parte.

En este caso se aprecia que la intención de las partes era vincular a todas las empresas que conformaban el grupo empresarial. Un elemento adicional para determinar su participación, es también la existencia de un control absoluto por parte de la empresa principal de las acciones de la subsidiaria, por lo que podía asumirse que ambas empresas constituyen una realidad económica

única y por tanto las cláusulas arbitrales deben ser aplicadas tanto a las empresas principales como a las subsidiarias, aún si éstas no hubieran firmado el convenio arbitral³⁰.

Si bien es conocido que la aplicación de una u otra teoría depende de las circunstancias concretas de cada caso, en este caso es preciso analizar la unidad económica del grupo y la autonomía legal de cada una de las empresas involucradas, a fin de incorporarlos o no al proceso arbitral.

3.2.5. Estoppel equitativo

Esta teoría, de acuerdo a RESTREPO, tiene la finalidad de impedir que una parte utilice la figura del tercero, aceptando su intervención cuando se pueda beneficiar, pero rechazándola en los aspectos desfavorables³¹.

Según la citada autora, esta teoría admite dos posibilidades:

- (i) Cuando el tercero invoca a una parte del convenio para que ingrese al proceso arbitral; y,
- (ii) Cuando la parte del convenio llama al proceso al tercero.

Un ejemplo del primer caso es cuando un tercero ligado a una de las partes del proceso arbitral, se niegue al arbitraje. Sin embargo, resulta que los asuntos que pretende resolver o sobre los cuales debe ejecutar acciones, se encuentren ligados al acuerdo arbitral³².

En el segundo supuesto, el tercero no puede desconocer el pacto arbitral si sus alegatos se vinculan a los argumentos que la parte del convenio arbitral pretende someter al arbitraje. Por ejemplo, dos empresas A y B tienen un contrato separado con un mismo cliente para realizar dos prestaciones relacionadas al mismo proyecto. Por ejemplo, si A demanda a su cliente en la vía arbitral por un conflicto relativo al proyecto en sí, se debe evaluar los argumentos de B, pues si éstos se encuentran estrechamente vinculados con las obligaciones y otros asuntos que necesariamente se derivaban del contrato que incluía la cláusula arbitral, entonces B debe ser incluida al proceso arbitral³³.

²⁹ RESTREPO, Daniella. Op cit, p. 59

³⁰ RESTREPO, Daniella. Op cit, p. 60

³¹ RESTREPO, Daniella. Op cit, p. 62

³² RESTREPO, Daniella. Op cit, p. 64

³³ RESTREPO, Daniella. Op cit, p. 65

Las principales variables que se pueden apreciar en los casos descritos hasta este punto son en primer lugar, la actitud del no signatario o tercero que demuestre su interés de participar en el proceso arbitral; y la aceptación tácita o por negligencia de una de las partes del convenio. Con lo cual la voluntad de las partes aparece como principal característica del arbitraje.

Los criterios antes indicados no excluyen la existencia de otros adicionales, que de hecho, han sido explicados con mayor detalle por BULLARD³⁴. Sin embargo, no es el propósito de este artículo detallar cada uno de ellos sino explicar este fenómeno en los arbitrajes nacionales e internacionales. Por ello es que a continuación se analizará cómo ha sido regulada esta situación en la Ley de Arbitraje peruana.

4. La intervención de partes no signatarias y de terceros en la Ley de Arbitraje peruana: la extensión del convenio arbitral

Las teorías antes indicadas pueden ser de aplicación en el ordenamiento jurídico peruano por disposición expresa del artículo 14° de la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, el mismo que a la letra nos indica:

Artículo 14°.- Extensión del convenio arbitral
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.

La extensión del convenio arbitral se justifica en la medida que los efectos del laudo, en su calidad de cosa juzgada, pueden afectar, beneficiar o perjudicar los derechos de terceros y de las partes no signatarias que se encuentran vinculados por el objeto o la materia controvertida del arbitraje.

El argumento antes indicado se justifica según YÁÑEZ³⁵, en la naturaleza de la cosa juzgada:

La tesis de la cosa juzgada, que se extiende subjetivamente en determinados casos, se dificulta con el arbitraje y la autonomía de la voluntad que alza como delimitadora inexorable. (...) El laudo tiene eficacia inter partes, pero en otros supuestos puede tener alcance general.

Estos argumentos, en concordancia con las teorías diseñadas para la intervención de terceros en el proceso arbitral, han creado la necesidad, según el legislador, de incorporar en el ordenamiento peruano una norma como el citado artículo 14°, que como indica BULLARD, es una innovación legislativa.

De acuerdo a este criterio, el citado autor considera que más allá de lo que se pudiera interpretar literalmente de la citada norma, ésta no busca incorporar a terceros al proceso arbitral, sino que permite la incorporación de partes, quienes a pesar de no haber suscrito el convenio arbitral, son partes del mismo. En otras palabras, si bien los no signatarios, no habrían firmado o sido mencionados en ninguna cláusula por alguna razón, ello no les quitaría la condición de partes del proceso arbitral³⁶.

En tal sentido, según el mencionado autor, una característica del artículo 14° de la Ley de Arbitraje peruana es que denota la naturaleza contractual del convenio arbitral, colaborando con las partes en la búsqueda de las distintas formas en que se puede entender que han consentido su participación en el proceso arbitral.

Al respecto, consideramos importante complementar lo señalado por BULLARD, con la visión procesal del artículo 14° que admite la incorporación de terceros al proceso arbitral, mediante la extensión del convenio arbitral. Esta perspectiva se basa en la necesidad de reconocer la existencia de sujetos ajenos al convenio arbitral, cuyos derechos se verán afectados con el futuro laudo.

Desde el momento en que el ámbito del convenio excede a las partes y requiere que en las actuaciones arbitrales se incorpore al tercero, se pierde la naturaleza exclusivamente contractual del artículo 14° de la Ley de Arbitraje, configurándose

³⁴ BULLARD, Alfredo. Op cit. p. 215

³⁵ YÁÑEZ VELÁSICO, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley de arbitraje. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2004. p. 270

³⁶ BULLARD GONZALES, Alfredo. Op cit. p. 202.

un carácter procesal, que en palabras de LORCA NAVARRETE³⁷ puede describirse del siguiente modo:

(...) la intervención del “tercero” en el arbitraje, al tiempo que va a poseer una justificación procesal, no deja de ser negocial. Así que el arbitraje, al tener su origen en el convenio arbitral, solo quienes lo han suscrito pueden hallarse afectados por su procedibilidad. Son propiamente, las partes en las actuaciones arbitrales. Por ello, terceros que no expresan su voluntad de someterse a arbitraje no son partes en el arbitraje, salvo que sean llamados para asumir una posición parcial con su consentimiento y el de las partes en las actuaciones arbitrales. Manifestación de consentimiento que debe originar una verdadera y propia integración del convenio arbitral que, por tal razón ha de observar los requisitos de forma extrínseca y de contenido formal del mismo. (El resaltado es nuestro)

En este sentido, se puede advertir que el carácter contractual y procesal del artículo 14º resulta de suma utilidad cuando se trata de incorporar a los terceros al arbitraje, pues, siguiendo al citado autor, en primer lugar, es indispensable hacer prevalecer la voluntad de las partes sobre cualquier formalidad; luego, contar con la aceptación del tercero y finalmente, seguir la secuencia procesal adecuada para efectos de la incorporación del tercero al arbitraje.

De acuerdo a lo expresado hasta este punto, es importante destacar que la redacción del artículo 14º como cláusula general, contribuye en gran medida a la identificación de las partes de un convenio arbitral. No obstante, es preciso indicar que donde se ha querido buscar la eficiencia para involucrar legítimamente a “*todos los invitados a la fiesta*”, se puede estar generando un incentivo perverso para las partes e incluso para los árbitros si no se distingue adecuadamente al tercero o su personalidad jurídica; y, cuándo su participación puede traer a discusión en el fuero arbitral de materias no arbitrables.

Esto puede ser aún más perjudicial si advertimos que un eventual desconocimiento del tercero puede implicar el desconocimiento de su derecho fundamental al debido proceso y los derechos conexos como el de defensa y de tutela judicial efectiva, los cuales se circunscriben a toda clase de procedimientos administrativos e incluso a procesos arbitrales, tal como indica el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 4972-2006-AA/TC³⁸:

18. (...) los criterios de control constitucional que suelen invocarse en el caso de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. Lo dicho, en otras palabras, quiere significar que así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (artículo 4º).

Es evidente que la emisión de un laudo que desconoce la participación del tercero contraviene derechos indisponibles como el debido proceso y de defensa. En tal sentido, el afectado puede optar por el proceso de amparo para resguardar sus derechos y, en consecuencia, el referido laudo puede tener problemas en su efectividad. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC³⁹:

³⁷ LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010. pp. 18-19.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4972-2006-AA/TC, de fecha 4 de agosto de 2006, sobre la acción de amparo interpuesta por Corporación Meier S.A.C contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC, de fecha 21 de setiembre de 2011, sobre la demanda de amparo interpuesta por la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada, contra Luis Humberto Arrese (árbitro único)

Con relación a este caso es importante indicar, que actualmente, los amparos vienen siendo interpuestos contra el Tribunal Arbitral, cuando estos no son partes del convenio original ni del convenio arbitral, sino las personas a quienes designan las partes para la solución de sus conflictos. Por ello, la demanda no debería estar dirigida hacia el tribunal arbitral, sino hacia las partes.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

(...)

c) *Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071.*

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

Tal como se puede advertir, el ordenamiento jurídico establece reglas donde la voluntad de las partes encuentra límites, es decir, los derechos fundamentales de las personas. Por ello, para evitar las consecuencias, como por ejemplo, vernos ante una eventual declaración de nulidad del laudo, es preferible ser razonables y admitir la intervención de terceros cuando sea realmente necesario.

Para evitar estas circunstancias y garantizar el derecho de defensa del tercero, su intervención ha sido reconocida en los reglamentos de diversas instituciones que administran arbitrajes

en el Perú, tales como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima tiene como regla la no participación de terceros en el expediente o las actuaciones arbitrales. Sin embargo, admite la posibilidad de que estos participen en el arbitraje, siempre que las partes manifiesten su autorización para ello por escrito⁴⁰, asimismo, se admite la posibilidad de que los terceros puedan designar a los integrantes del tribunal arbitral⁴¹.

Por su parte, el Centro de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú establece como regla general, la exclusión de los terceros. Sin embargo, admite su participación cuando las partes lo autorizan expresamente por escrito, debiéndose cumplir las normas de confidencialidad fijadas por el Centro⁴².

Una vez reconocida la intervención de terceros en la práctica arbitral, el objeto de esta ponencia es distinguir la participación de los no signatarios o terceros en el proceso arbitral de acuerdo a su personalidad jurídica, pues no es lo mismo un arbitraje entre dos sujetos involucrando a un tercero denominado "Estado"; y, tampoco es lo mismo un arbitraje entre una persona natural o jurídica y una entidad del Estado.

Más allá de lo que se ha indicado, respecto a la renuncia de potestades administrativas cuando el Estado acude a un arbitraje, ello no implica que deje de ser Estado o desconocer su naturaleza y formas de actuación, como tampoco se podría desconocer la naturaleza y formas de actuación

⁴⁰ El artículo 14° que establece las reglas para la confidencialidad en el arbitraje, señala lo siguiente respecto de los terceros:

4. Los terceros ajenos al arbitraje están impedidos de tener acceso a los expedientes y a las audiencias, salvo autorización expresa y escrita de ambas partes. Por excepción, el Tribunal Arbitral podrá autorizarlos, siempre que medie causa justificada. En cualquier caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en este artículo, estando sujetos a las sanciones contempladas en el Código de Ética del Centro.

⁴¹ El artículo 1° que establece las definiciones que deberán ser consideradas en el arbitraje, define al "Tribunal Arbitral", así como quiénes pueden nombrarlos.

Tribunal Arbitral: Órgano colegiado o árbitro único designado para resolver una controversia sometida a arbitraje administrado por el Centro.

Puede estar integrado por árbitros incorporados en el Registro de Árbitros del Centro o por árbitros que, sin formar parte de dicho Registro, sean designados por las partes o terceros, en las condiciones previstas en este Reglamento.

⁴² Confidencialidad

Artículo 36°.- Las actuaciones arbitrales son confidenciales. Los árbitros, funcionarios del Centro, los miembros de la Corte de Arbitraje, peritos, las partes, sus representantes legales, su asesores, abogados, o cualquier persona que haya intervenido en las actuaciones arbitrales se encuentran obligados a guardar reserva de la información relacionada con el proceso arbitral, incluido el laudo.

(...)

Los terceros ajenos están impedidos de tener acceso a las actuaciones arbitrales, salvo autorización de ambas partes. Sin embargo, el tribunal arbitral puede autorizarlo, de mediar causa justificada. En este caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en el presente Reglamento, quedando sujetos a las sanciones que ese contemple.

de una persona jurídica de derecho privado. En otras palabras, la modalidad para solucionar conflictos ("la forma") no debe ser incompatible con el fondo de la controversia, pues se supone que un mecanismo de solución de conflictos debe cumplir su función y no excederla al pretender medir a todos con la misma vara.

Con la finalidad de desarrollar el problema planteado, a continuación se describirá brevemente el concepto y características principales de los arbitrajes nacionales e internacionales, para evaluar en cada supuesto cómo participan los particulares y el Estado en este tipo de procesos.

4.1. En el arbitraje nacional

El arbitraje nacional es aquel que se desarrolla en el territorio nacional de un Estado, de acuerdo a sus normas, principios y cuyo laudo podrá surtir efectos solo a nivel nacional, es decir no afectará la soberanía de otros Estados.

En el Perú, las reglas aplicables al arbitraje nacional e internacional y otras clasificaciones son las contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, la cual establece entre otros supuestos, la participación del Estado peruano. Asimismo, las peculiaridades del arbitraje nacional responden a la diversidad de materias que pueden ser arbitrables, siendo estas las indicadas en el artículo 2° de la Ley de Arbitraje:

Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Si bien en dicho precepto legal se indica que, para el caso del arbitraje nacional, son materias arbitrables aquellas de *libre disposición conforme a derecho* y *aquellas que la Ley o los tratados internacionales autoricen*, ¿qué se debe entender

por materias de libre disposición conforme a derecho?

Las materias de libre disposición son aquellas que no afectan derechos fundamentales y recaen sobre derechos patrimoniales y las que no se encuentran restringidas por normas de derecho público, como el denominado *ius imperium* del Estado.

Esta premisa nos permite diferenciar dos aspectos importantes en los que se desarrolla la "libre disposición de las partes". Uno de ellos es el caso de relaciones jurídicas patrimoniales de carácter público y la otra corresponde a las relaciones jurídicas patrimoniales de carácter privado.

Esta sencilla distinción permite abordar el tema de la intervención de terceros en el proceso arbitral desde dos perspectivas que serán desarrolladas a continuación.

4.1.1. Participación de Particulares

En el caso de personas naturales y jurídicas no estatales que sean partes de un arbitraje nacional, las materias de libre disposición son aquellas que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han decidido someter a arbitraje. Esto quiere decir que existe un límite a la autonomía de la voluntad, que según LANDA ARROYO⁴³ es:

(...) la capacidad residual de las personas frente al Estado de regular sus intereses y relaciones de conformidad con su libre albedrío.

Este principio (...) constituye un instrumento que no puede ser incompatible con los valores y principios de un Estado constitucional y democrático de derecho, si se considera que dos elementos consustanciales de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales. En este sentido, el principio de autonomía de la voluntad de las partes admite límites derivados de la fuerza normativa de la Constitución y de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ahora bien, cuando un tercero interviene en el marco de un proceso arbitral que se desarrolla en el territorio nacional y, cuya controversia recae sobre asuntos de libre disposición, se deberá observar si esta intervención cumple con los requisitos del

⁴³ LANDA ARROYO, César. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Themis N° 53, 2007. p. 31.

artículo 14^o, y si puede ser considerado “parte no signataria”, a fin de validar su intervención en el proceso arbitral. En otras palabras, la situación se define de acuerdo a cada caso concreto. No hay mayor problema ni discusión, salvo las planteadas en el marco introductorio.

4.1.2. Participación del Estado Peruano

Antes de analizar la participación del Estado peruano en arbitrajes nacionales en calidad de tercero, se debe analizar cuál es el rol que el ordenamiento jurídico le ha asignado. Considerando, en primer lugar las materias arbitrables, según la Ley de Arbitraje.

Agotado el primer punto, se deberá analizar el caso de la intervención de entidades públicas en calidad de terceros, tomando en consideración si están facultadas para poder someter sus controversias a arbitraje.

(i) Materias arbitrables

Las materias en el arbitraje nacional “de libre disposición” cuando una de las partes en un arbitraje es el Estado peruano, no puede entenderse en la misma lógica que los arbitrajes entre particulares. Las entidades que conforman al Estado, en principio no tienen el mismo sentido para afirmar la “autonomía de la voluntad” de sus decisiones ni tienen materias de “libre disposición”, pues se sujetan en sus actuaciones al principio de legalidad.

Este criterio es compartido por autores como SALCEDO, CASTILLO y SABROSO, quienes afirman que a diferencia de los particulares, las entidades públicas no pueden realizar sino lo que está expresamente permitido por la Ley, por lo que en materia de arbitraje, la ausencia de dicha habilitación implica la invalidez del pacto arbitral⁴⁴.

Esta regla, normalmente invocada como un principio en la actuación de la Administración Pública, no es absoluta. En efecto, existen diferencias que han sido reconocidas por la doctrina y que normalmente se conocen como los actos de *ius imperium* y actos de *ius gestionis*⁴⁵.

Los primeros están referidos a la actuación del Estado en el marco de normas de derecho público, es decir, todas aquellas que se emiten por mandato de la Ley. En este sentido, los actos de *ius gestionis* son aquellos que se realizan en el marco de la gestión comercial o empresarial, la cual ha tenido que ser previamente habilitada por la Ley⁴⁶.

Tal como indica SANTISTEVAN DE NORIEGA⁴⁷, la mayoría de actuaciones estatales son expresión del *ius imperium* estatal. Por ello, el Estado no se podría permitir generar actuaciones propias del tráfico comercial de las relaciones jurídicas entre particulares, salvo por habilitación legal.

En este contexto, los particulares y el Estado no pueden equilibrar sus facultades y poderes, salvo nominativamente para determinados casos, como por ejemplo en las contrataciones de bienes y servicios.

Con respecto a ello, el artículo 4^o de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

Artículo 4^o.- Arbitraje del Estado Peruano

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por Ley, delegación, concesión o autorización del Estado.

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos

⁴⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Lima: Palestra, 2011, p. 77.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *Op cit.* pp. 78-79.

⁴⁷ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Arbitraje del Estado peruano. En: Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2011, p. 37.

que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

La distinción antes indicada se desprende de los artículos 2° y 4° de la Ley de Arbitraje y de los artículos 62° y 63° de la Constitución⁴⁸. Se trata en rigor, de los contratos que el Estado está facultado a celebrar con particulares, en el margen de una habilitación legal, y que por ende, constituyen materias arbitrables.

En este sentido, tal como indica QUIÑONES⁴⁹, en el caso de los contratos estatales, la materia arbitrable no se determina en función de su "disponibilidad" o del orden público sino por la existencia de una habilitación legal para someterla al arbitraje.

Ahora bien, no todos los contratos y tampoco todos sus extremos son arbitrables, porque el Estado no puede dejar de ser Estado. Por ello es conveniente interpretar la citada norma con el numeral 1 del artículo 2° de la Ley de Arbitraje, que delimita para el Estado sus "materias de libre disposición", indicando que son todas aquellas que la Ley y tratados internacionales autoricen.

Del mismo modo, los artículos 2° y 4° de la Ley de Arbitraje, en concordancia con los artículos

62° y 63° de la Constitución, cumplen con dar coherencia al marco legal y jurídico en el caso de las controversias que el Estado somete a la vía arbitral, autorizando al Estado someter a dicha alternativa, las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados por las entidades estatales. Por tal motivo, en principio todos los contratos suscritos por el Estado peruano, que a su vez hayan sido autorizados por Ley, podrán ser materia arbitrable⁵⁰.

Las materias arbitrables parecen ser claras en los arbitrajes con el Estado, no obstante, en la medida que se requiere una habilitación legal para arbitrar y no todos los contratos celebrados por el Estado son materia arbitrable, pueden existir matices donde no haya una sola postura o única interpretación.

En el caso de los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, la explicación que define la materia arbitrable no puede ser tan sencilla, pues, tal como indica QUIÑONES⁵¹:

La única restricción a tener en cuenta, para los contratos de concesión, es la prevista en el citado artículo 17° de la Ley de Concesiones: que debe tratarse de una controversia de carácter "patrimonial". Este límite podría traducirse en que no es susceptible de ventilarse en el fuero arbitral la validez del acto administrativo, ni las atribuciones de imperio de

⁴⁸ Artículo 62°.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por Leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley.

Mediante contratos-Ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 63°.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las Leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

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.

⁴⁹ QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión. En: Revista Internacional de Arbitraje. Junio – Diciembre 2004. pp. 201-215.

⁵⁰ Este mismo criterio ha sido compartido por la Dra. Milagros Maraví, quien afirma lo siguiente:

"Respecto de la materia de libre disposición como señala Santistevan, es "(...) indispensable leer la referencia a las materias disponibles conforme a derecho que contiene el artículo 2° del DL 1071 a la luz de la habilitación constitucional para arbitrar prevista en el artículo 63° de la Constitución que se refiere expresamente a la arbitrabilidad objetiva de las controversias que surjan de los contratos que celebre el Estado para concluir que la única manera de asimilar las materias de libre disposición que ejercen los particulares con las materias sujetas a contratación en el campo estatal. Lo que el Estado contrata, a mi juicio, debe homologarse a lo que los particulares disponen libremente para efectos arbitrales. (MARAVÍ SUMAR, Milagros ¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores? En: Derecho y Sociedad N°36, Lima julio 2011. p. 54).

⁵¹ QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. Op cit. p. 206.

la contraparte estatal. Pero sí cualquier disputa relativa tanto a las “actuaciones u omisiones de la validez, eficacia, ejecución o interpretación” del contrato de concesión como por supuesto, las consecuencias patrimoniales que el incumplimiento de su contraparte ocasione a la parte afectada.

Las normas que regulan las materias arbitrables en materia de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, son el artículo 17° del Decreto Supremo N° 059-96-PCM⁵², Ley de Concesiones y el artículo 10° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, Decreto Supremo N° 146-2008-EF⁵³, las cuales a partir de una interpretación sistemática, permiten entender tal como señala QUIÑONES, que *no son materia arbitral las decisiones de la Administración en ejercicio de una atribución que no tenga como fuente al contrato sino a una norma legal.*

(ii) Entidades públicas facultadas a intervenir como terceros en el arbitraje administrativo: el caso de los organismos reguladores

Una vez expuesto el problema respecto a las materias arbitrables en los arbitrajes con el Estado ¿cuál es la relación que existe entre materias arbitrables e intervención de terceros?

La respuesta es clara, pues se debe definir la materia de la controversia para poder determinar quiénes son partes no signatarias del arbitraje. Por

ende, si no hay claridad respecto de la materia que se somete a arbitraje, no se podría determinar quién es un tercero o una parte no signataria del convenio arbitral.

En este sentido, si se logra identificar las materias arbitrables, seguidamente, las preguntas que surgen son ¿quiénes pueden ser terceros y partes no signatarias en los arbitrajes estatales? y ¿bajo qué criterios intervienen los terceros estatales en el arbitraje?

Las organizaciones que forman parte de la estructura del Estado y que pueden intervenir en un arbitraje, deben ser calificadas como “entidades públicas”. Si bien ello podría parecer una tautología, tiene una utilidad esencial que responde a la necesidad de identificar quiénes son y quiénes no son entidades públicas del Estado peruano.

En un trabajo publicado anteriormente, desarrollamos el concepto de “entidad pública” en el ordenamiento jurídico peruano, el cual tampoco ha tenido un tratamiento uniforme⁵⁴. Tal es así que, mientras la Ley del Poder Ejecutivo identifica a las entidades del Poder Ejecutivo como organizaciones con o sin personalidad jurídica; por otro lado, la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros ha emitido una directiva⁵⁵ que restringe el concepto de entidad pública únicamente a las entidades con personalidad jurídica.

⁵² Artículo 17°.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los artículos 38° y 39° del presente Texto Único Ordenado*. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior.

⁵³ Artículo 10°.- Cláusulas arbitrales

10.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP conforme a lo establecido en el numeral 9.6 del artículo 9 de la Ley, se regirán por las siguientes disposiciones:

a. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

En tal sentido, se entiende que no podrán ser materia de arbitraje, 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.

b. Deberán contemplar el arbitraje de derecho como mecanismo de solución de controversias.

c. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las segundas podrán ser sometidas a arbitraje de conciencia.

10.2 Las disposiciones sobre cesión de posición contractual preservarán la suficiencia técnica, legal y financiera requerida para garantizar una adecuada operación de la APP, teniendo en cuenta la fase de ejecución contractual en que se produzca la cesión.

10.3 De incluirse disposiciones sobre equilibrio económico-financiero, éstas precisarán que el restablecimiento del mismo será invocado únicamente en caso éste se vea significativamente afectado, exclusivamente debido a cambios en las Leyes aplicables, en la medida que dichos cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

⁵⁴ MARTIN TIRADO, Richard. El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración Pública. En: Retos de la Organización Administrativa Contemporánea. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Salvador: Corte Suprema 2011. pp. 766-767.

⁵⁵ Nos referimos a la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP, aprobada por Resolución Ministerial N° 374-2010-PCM, que establece la siguiente definición como “entidad pública”.

Esto parece un contrasentido, pues no se podría afirmar la existencia de dos criterios distintos en el seno del mismo Poder Ejecutivo y del propio Estado en general. No obstante ello, el criterio que se utiliza tanto a nivel doctrinario como en la práctica es tal como indica ABRUÑA⁵⁶:

(...) La Administración Pública ni tiene por qué ser necesariamente en sí misma una persona jurídica ni todo organismo que ejerce función administrativa es persona jurídica.

(...)

Por lo tanto, la organización con poder público puede estar personificada pero también puede estar integrada con autonomía en una persona jurídica superior.

En el caso de un contrato celebrado bajo el régimen de la Ley de Contrataciones con el Estado, cuando una entidad estatal celebra un contrato con un proveedor "X", los terceros que pueden intervenir en el arbitraje pueden ser personas naturales y/o personas jurídicas estrictamente privadas, a título individual o en consorcio, o eventualmente otra entidad estatal, al margen de la discusión existente con respecto a la actividad subsidiaria del Estado. Asimismo, los criterios bajo los cuales podrían intervenir son por las teorías indicadas en el marco introductorio, en tanto las prestaciones del contratista o el objeto del contrato involucren a la entidad estatal o a los particulares.

Por otro lado, cuando el arbitraje se deriva de un contrato celebrado al amparo del régimen del TUO de la Ley de Concesiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM o por la Ley de Asociaciones Público Privadas conforme al Decreto Legislativo N° 1012, la intervención de un tercero podría operar en dos supuestos.

Un supuesto se presenta cuando el tercero sea una empresa distinta a la sociedad concesionaria y otro, cuando se trate de otra entidad estatal.

En este régimen de concesiones en el Perú, DANÓS indica que no contamos con un régimen unitario, en virtud del cual, todas las concesiones se formalizan con la suscripción del contrato. Sin embargo, nuestro ordenamiento ha preferido formalizar contractualmente las concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, dada la importancia económica de las materias concesionadas⁵⁷.

En ambos casos, cuando se trata de incorporar a un particular como tercero en el proceso arbitral, el supuesto es claro, pues se aplican las teorías anteriormente indicadas y la decisión sobre su incorporación o no, es sencilla. Sin embargo, cuando se trata de incorporar a una entidad del Estado como tercero, no solo se debe volver a analizar las materias arbitrables que resultan aplicables, sino que también, debe evaluarse si la materia sometida a la vía arbitral, cuenta con la habilitación legal pertinente si por la propia naturaleza de las funciones de esta entidad, corresponde su incorporación como tercero al arbitraje.

Al respecto, no hay una sola postura y han sido numerosos los casos en los que se ha tenido que hacer intervenir en calidad de tercero a otra entidad estatal en los arbitrajes vinculados a los contratos de concesión. Este es el caso de los organismos reguladores.

Es importante advertir, que los organismos reguladores son entidades que cautelán a través del conjunto de potestades otorgadas a dichas entidades, el cabal cumplimiento de los contratos de concesión. Debe entenderse que no han sido diseñados para proteger los intereses de los usuarios de los servicios públicos y tampoco para proteger los intereses del Estado. En realidad, su rol no es defender a las partes del contrato, sino al propio contrato de concesión.

VI.- DE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA DEFINICIÓN DE ENTIDAD

La presente definición de Entidad Pública se rige con sujeción a la jerarquía y disposiciones de su marco normativo superior que se encuentra contenido en:

1. Constitución Política del Perú

2. Leyes Orgánicas

3. Otras Leyes que complementen las funciones, competencias y atribuciones de las entidades.

Se considera Entidad Pública a toda organización del Estado Peruano, con Personería jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere mandato a través del cual ejerce funciones dentro del marco de sus competencias y atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas.

⁵⁶ ABRUÑA PUYOL, Antonio. Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Lima: Palestra, 2010. p. 99

⁵⁷ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. El Régimen de los Contratos estatales en el Perú. En: Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra. 2007, p. 98.

En este orden de ideas, las funciones otorgadas a los Organismos Reguladores, de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, son las siguientes:

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a. Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada;
- b. Función reguladora: comprende la facultad de fixar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- c. Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
- d. Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
- e. Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
- f. Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

3.2. Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus

respectivas Leyes y reglamentos. (El subrayado es nuestro)

Tal como se puede apreciar, existen funciones del organismo regulador que deben ser ejercidas en el marco de los contratos de concesión; sin embargo, también existen funciones que les corresponde únicamente como entidades administrativas, como por ejemplo la función normativa y reguladora, las cuales son una manifestación del *ius imperium* del Estado.

La divergencia de criterios al respecto, ha sido aparentemente solucionada con el segundo párrafo del literal a) del artículo 10° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, en el que se indica lo siguiente:

Artículo 10°.- Cláusulas arbitrales

(..)

a. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

En tal sentido, se entiende que no podrán ser materia de arbitraje, 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. (El subrayado es nuestro)

Esta disposición nos indica con absoluta certeza, que no son materia arbitrable las competencias administrativas de los organismos reguladores que hayan sido atribuidas por normas expresas. En otras palabras, no sería posible arbitrar ninguna decisión de los organismos reguladores que aludan al ejercicio de una competencia administrativa. Por ende, una interpretación válida, sería aquella que niega la posibilidad de incorporarlos como terceros en aquellos procesos en los que se discuta el ejercicio de sus funciones.

La redacción de la citada disposición no es la más acertada, pues si bien se ha buscado excluir del arbitraje a los supuestos en los que se encuentra comprendido el *ius imperium* del Estado, ello ha terminado excluyendo todas las decisiones de los organismos reguladores del arbitraje, lo cual tampoco es correcto, pues existen supuestos en los que la Ley habilita para someter a la vía arbitral, algunas funciones de los reguladores.

En este orden de ideas, se advierte que no es correcto ir de un extremo al otro, pues los

organismos reguladores como entidades que supervisan el cumplimiento del contrato de concesión, están facultados para emitir opinión previa respecto a la renegociación y renovación de las concesiones, asimismo ejercen potestades que emanan tanto del contrato de concesión como de la Ley⁵⁸. Por tanto, conforme a los principios que rigen el arbitraje, podrían ser arbitrables las decisiones de carácter patrimonial cuya fuente sea el contrato de concesión, pero no como parte, sino como tercero.

En este punto es preciso abordar el tema sobre cuál sería el límite entre lo patrimonial, la libre disponibilidad y el *ius imperium*. Pues bien, se trata de un asunto que no tiene límites claros, en la medida que todo puede ser susceptible de valorización económica. Sin embargo, no todo es disponible y una de estas materias no disponibles está conformada por el *ius imperium* del Estado, cuyos bordes, lamentablemente tampoco son claros.

En este sentido, es importante analizar caso por caso distinguiendo las materias arbitrables de las que no lo son; el *ius imperium* del *ius gestionis* y aquellas materias que son calificadas como de libre disposición. Tal como señalan SABROSO y CASTILLO⁵⁹, no es legalmente procedente someter a la vía arbitral, las decisiones de los organismos reguladores que se deriven del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por Ley, que involucren el *ius imperium* del Estado, pues para estos casos existe una vía específica: como la del proceso Contencioso Administrativo.

Este mismo criterio es compartido por OSITRAN, el que mediante Informe N° 009-05-GRE-OSITRAN, invoca que las potestades y prerrogativas públicas que emanan de la Ley no pueden ser sometidas a jurisdicción arbitral. En tal sentido, se afirma que:

99. Al respecto, debe considerarse que solo puede someterse al arbitraje controversias de libre disposición de las partes (concesionario y Estado, en su calidad de ente concedente), siendo que el ejercicio de la función reguladora y la fijación y revisión de tarifas por parte de OSITRAN, materias de orden público que no pueden ser sometidas al arbitraje.

100. En consecuencia, tratándose del ejercicio de potestades públicas derivadas de atribuciones legales, requerimos que el régimen tarifario sea excluido del ámbito del trato directo, arbitraje y demás medios y criterios de solución de controversias de orden privado establecidos en la Sección XVI del Contrato de Concesión.

Es evidente que el OSITRAN en resguardo del interés público inherente al contrato de concesión, no puede manifestar que sus funciones normativas puedan ser materia arbitrable, en la medida que no forma parte del contrato de concesión y que todas sus prerrogativas establecidas por la Ley y no el contrato de concesión, no pueden ser sometidas al arbitraje.

Ahora bien, es conocida y respetada la postura de BULLARD, quien afirma que la legalidad de someter a la vía arbitral a los organismos reguladores proviene del deber general del *accountability* en orden a promover la inversión privada y generar una adecuada confianza en los inversionistas de que más adelante no se vayan a cambiar las reglas de juego⁶⁰.

Al respecto, es importante señalar que este esquema es tan negativo como estar de acuerdo con negar la posibilidad de someter a la vía arbitral, toda decisión de los organismos reguladores, tal como lo indica el segundo párrafo del literal a) del artículo 10° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012. No es bueno oscilar de un extremo al otro.

Por ello, es necesario verificar caso por caso, las decisiones o actuaciones de los organismos reguladores que nacen del contrato de concesión y aquellas que provienen exclusivamente de sus propias Leyes de creación y de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada.

En este orden de ideas, si existe un arbitraje entre el concedente (Estado peruano) y el concesionario, donde es evidente y necesaria la participación o intervención de un organismo regulador en el proceso arbitral, se debe precisar que dicha intervención se puede realizar solo en calidad de tercero y al amparo de una interpretación

⁵⁸ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Op cit. p. 99.

⁵⁹ SABROSO MINAYA, Rita y CASTILLO FREYRE, Mario. ¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable? En: Panorama actual del Arbitraje. Lima: Palestra Editores, 2010. p. 315.

⁶⁰ BULLARD GONZALES, Alfredo. "El Estado soy yo ¿Se puede arbitrar las decisiones de OSITRAN y los demás reguladores? En: <http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/prohibido-prohibir/posts/el-estado-soy-yo-se-puede-arbitrar-las-decisiones-de-ositrn-y-de-los-demas-reguladores>, Revisado el 12 de abril de 2012.

permisible, solo en su calidad de organismos supervisores del contrato de concesión, pues en rigor, dichas entidades no son parte de los contratos de concesión.

En otras palabras, si bien los organismos reguladores pueden tener participación directa en la ejecución del contrato de concesión, ello no les otorga calidad de "partes" ni "partes no signatarias", sino únicamente de "terceros", dado que, su intervención se basa únicamente en la habilitación legal que tienen para intervenir en los contratos de concesión.

Tal como indica MARAVÍ, la intervención del regulador en el arbitraje se debe principalmente a dos razones. La primera, porque el Estado peruano (a nivel nacional), se encuentra representado por uno de sus Ministerios, el cual actúa como concedente; y la segunda, porque el regulador siempre participa activamente en la ejecución del contrato de concesión⁶¹.

Ahora bien, debe quedar claro que esta intervención del regulador en los arbitrajes como tercero no debe poner en riesgo sus actividades administrativas ni podrían ser materia arbitrable las decisiones del regulador que no son de libre disposición, pues estas se impugnan por la vía administrativa y el Contencioso Administrativo⁶².

Han existido diversos casos -en materia de telecomunicaciones-, en los que se ha debatido en forma intensa la intervención de terceros al proceso arbitral, y en los que el OSIPTEL y Telefónica, han fijado posturas diferentes con respecto al tema.

4.2. La intervención de terceros en el arbitraje de inversiones

Según el artículo 5º de la Ley de Arbitraje peruana, los siguientes supuestos califican como arbitraje internacional:

Artículo 5º.- Arbitraje internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
- b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
- c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

En síntesis, el arbitraje será internacional cuando se cumplen los supuestos de hecho establecidos en la norma citada, es decir cuando, la ubicación, nacionalidad las partes y la materia del convenio trascienden las reglas del derecho peruano como las únicas aplicables al arbitraje.

Este tipo de arbitraje, tal como indica DE TRAZEGNIES⁶³, a partir de finales del siglo XX se subdividió en una nueva categoría denominada arbitraje de inversión, la misma que se deriva del arbitraje internacional.

Este tipo de arbitraje, en opinión del citado autor⁶⁴, a diferencia de la Cláusula Calvo⁶⁵, busca otorgar confianza a los inversionistas, creando un sistema arbitral independiente, técnico y, que, a su vez, permita una defensa válida para el Estado.

Uno de los más importantes fueros internacionales de jurisdicción arbitral es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el cual pone a disposición de países e inversionistas, la posibilidad de solucionar sus controversias ante árbitros internacionales

⁶¹ MARAVÍ SUMAR, Milagros. Op cit. p. 56.

⁶² MARAVÍ SUMAR, Milagros. Op cit. p. 57.

⁶³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Arbitrando la inversión. En: El arbitraje en el Perú y el mundo. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2008. p.784.

⁶⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op cit. p. 786.

⁶⁵ Doctrina por la cual, según DE TRAZEGNIES, los inversionistas extranjeros se comprometen a no recurrir a reclamaciones diplomáticas como vía de solución de sus conflictos con el Estado receptor de la inversión, aceptando como única vía de solución entre el Estado y un inversionista, los tribunales nacionales del país receptor de la inversión. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op cit. p. 785.)

expertos en el tema y bajo la supervisión del Banco Mundial⁶⁶.

Al respecto, CANTUARIAS afirma que cabe el sometimiento al CIADI, de aquellas controversias derivadas de acuerdos comerciales, como los convenios de estabilidad jurídica, pues el arbitraje CIADI es mucho más eficiente y seguro que el arbitraje nacional, asimismo está dotado de mayor neutralidad. Sin embargo, la realidad indica que no siempre se ha optado por este mecanismo de solución de conflictos⁶⁷.

En este sentido, tanto en los arbitrajes internacionales, al igual que en el arbitraje nacional, tenemos dos supuestos. En el primero, las partes son personas naturales o jurídicas cuya controversia es de carácter internacional; y, en el segundo, las partes podrán ser el Estado peruano, personas naturales o jurídicas.

En este punto es importante indicar, que en el caso de los arbitrajes internacionales de inversiones ante el CIADI, tal como indica CANTUARIAS, las partes solo pueden ser un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante, de manera que estarían fuera de este tipo de arbitrajes, las controversias entre particulares, entre Estados y entre Estados y sus nacionales⁶⁸. Esto se debe a la propia finalidad del CIADI de ser un foro internacional para la solución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros; sin embargo, según CANTUARIAS también se puede afirmar las siguientes razones⁶⁹:

- i) Asegurar al país receptor de la inversión que el Estado del inversionista no ejercerá la protección diplomática.
- ii) Asegurar que el Estado receptor no renuncie unilateralmente al arbitraje previamente acordado.
- iii) Asegurar que el laudo arbitral podrá ser ejecutado tanto contra el estado receptor como contra el inversionista.

En los siguientes párrafos se analizará la participación de distintos sujetos en el arbitraje ante el CIADI.

4.2.1. Participación de Personas Naturales o Jurídicas

En el caso de los arbitrajes ante el CIADI, de acuerdo al artículo 25.2.a del Convenio CIADI, la participación de las personas naturales está regulada del siguiente modo:

Artículo 25°.-

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo 28° o en el apartado (3) del artículo 36°, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; (...)

De acuerdo a ello, en el caso de las personas naturales, éstas deben ser nacionales del Estado contratante diferente al receptor de la inversión en dos momentos. La primera, en la fecha en que las partes decidieron someter la controversia al CIADI y la segunda, en el momento en que radica su solicitud de arbitraje. Tal como indica MEDINA-CASAS⁷⁰, estos momentos pueden coincidir en uno solo, cuando el inversionista manifiesta su consentimiento con la presentación de su demanda; sin embargo los efectivos problemas radican cuando se debe determinar la nacionalidad efectiva del particular.

En el caso de personas jurídicas, el artículo 25.2.b del Convenio CIADI, dispone lo siguiente:

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes

⁶⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Op cit. p. 786.

⁶⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. El estado peruano frente al arbitraje sobre inversiones. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. pp. 843 – 844

⁶⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op cit. p. 638.

⁶⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Op cit. pp. 639-640.

⁷⁰ MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. Las partes en el Arbitraje CIADI. En: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf. p. 220-221. Revisado 12 de marzo de 2012.

Convenio hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

De la lectura del citado dispositivo, se entiende que podrán ser partes en el arbitraje ante el CIADI, las personas jurídicas nacionales del Estado receptor de la inversión y aquellas que no sean nacionales del Estado receptor de la inversión, pero nacionales de un Estado parte del CIADI.

Tal como se puede advertir, el quid del asunto será determinar nuevamente la nacionalidad de la persona jurídica. Para ello, en la práctica, según MEDINA-CASAS, los criterios más utilizados por los tribunales del CIADI para definir la nacionalidad de las personas jurídicas son el criterio de la incorporación y el criterio de la sede social⁷¹.

Ahora bien, con relación a la intervención de terceros particulares al proceso arbitral, ello se puede determinar en función de las reglas establecidas por los Tribunales Internacionales o por las teorías indicadas en la primera parte de este trabajo, pues en un arbitraje internacional entre privados se debe evaluar el consentimiento y la calidad de parte no signataria o de tercero a quien se desea incorporar al proceso arbitral.

4.2.2. Participación del Estado

La participación del Estado en los arbitrajes ante el CIADI está sometida a reglas distintas respecto de la participación de particulares. Tal como indica MEDINA-MESA, los Estados normalmente participan como demandados y no como demandantes, pues en la práctica son mayores las reclamaciones de los inversionistas que consideran que el Estado ha vulnerado sus derechos y porque las reglas del CIADI no favorecen la participación de los estados como demandantes, salvo que exista una cláusula de excepción pactada por las partes⁷².

De acuerdo al artículo 25.3 del Convenio CIADI, la participación de los Estados se configura del siguiente modo:

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

Según este dispositivo, se debería contar con el consentimiento de una subdivisión política u organismo público del Estado contratante; no obstante, tal como indica MEDINA-CASAS⁷³, el Estado actúa como uno solo en el proceso arbitral.

Con independencia de la existencia de la autorización estatal para que sus organismos políticos y administrativos actúen directamente ante el CIADI, el Estado es responsable internacionalmente por las actuaciones y omisiones de los mismos. La parte demandante tendrá la carga de verificar si el Estado receptor de la inversión ha aprobado la intervención directa de alguna de sus subdivisiones políticas u organismos públicos, a fin de determinar ante quién dirige su demanda, no obstante la práctica CIADI muestra que en los casos en los cuales hay entidades gubernamentales involucradas los inversionistas demandantes inician sus demanda contra la entidad y contra el Estado.

Ahora bien, en el caso de la intervención de terceros, las reglas aplicables deben ser analizadas con rigor jurídico. En primer lugar, tal como se ha explicado en el numeral 3.1.2, se debe determinar si la materia sometida a arbitraje forma parte o no del *ius imperium* del Estado y; en segundo lugar, se debe analizar si existe una habilitación legal o proveniente de un convenio o tratado internacional para someterla a arbitraje.

Tal como se ha explicado, el Estado peruano tiene habilitación constitucional y legal para someter a un proceso arbitral las disputas que se deriven de las relaciones contractuales que establezca con particulares nacionales o extranjeros.

En tal sentido, son arbitrables las relaciones contractuales que se pueden generar en el campo de las inversiones extranjeras promovidas por el Estado peruano, como por ejemplo; los Contratos-Ley, contratos de concesión, asociaciones público privadas y otras modalidades de promoción de la inversión privada, que tengan previamente una habilitación legal o de un convenio o tratado internacional para someter sus controversias a arbitraje.

Una vez determinadas las materias arbitrables, debe indicarse que el Estado no puede alegar el cumplimiento de sus normas internas para

⁷¹ MEDINA-CASAS, Héctor. Op cit. p. 225

⁷² MEDINA-CASAS, Héctor. Op cit. p. 229

⁷³ MEDINA-CASAS, Héctor. Op cit. p. 230

excluirse del arbitraje, pues tal como indica SILVA ROMERO⁷⁴:

Aquel derecho comercial internacional –que ha despertado y despierta todavía pasiones entre los académicos del derecho– comprendería entre sus normas el principio llamado “de la buena fe”. Este principio recibiría una aplicación especial en materia de arbitraje resultante de contratos de Estado.

En efecto, un Estado e incluso una emanación del mismo –entidad pública–, luego de haber consentido libremente durante la negociación de un contrato a la inclusión en el mismo de una cláusula compromisoria, no podría, en caso de litigio, controvertir la competencia del tribunal arbitral y alegar, a posteriori, que su derecho interno –constitucional o administrativo, por ejemplo– le prohibía someter los litigios en que se vea implicado al arbitraje. La jurisprudencia arbitral internacional parece ser unánime en el sentido de afirmar que una actitud del Estado –o de su emanación–, como la antes señalada, sería claramente contraria al inveterado principio de la buena fe.

Un Estado parte de un contrato de inversiones cuyas controversias se encuentran sometidas a la vía arbitral, participa como un sujeto de derecho en los tribunales arbitrales. Por el principio de la Buena Fe y la unidad de acción del Estado en el ámbito internacional, no puede negar la participación individual de aquellas entidades, que a nivel interno, forman parte del Estado.

A diferencia de lo que ocurre en los arbitrajes internacionales, en los que el Estado es uno e indivisible, a nivel del arbitraje interno es posible distinguir la existencia de entidades públicas con objetivos propios e incorporarlas al arbitraje en calidad de terceros, por habilitación legal expresa.

En el caso de los arbitrajes de inversión, la misma premisa es insostenible, pues cuando un Estado acude a un tribunal internacional, lo hace en su calidad de sujeto de Derecho Internacional, donde resulta imposible incorporar como terceros a las entidades pertenecientes a la propia estructura del Estado parte.

No obstante lo mencionado, sí sería posible incorporar a este tipo de arbitrajes a personas naturales o personas jurídicas que de acuerdo a las teorías aplicables para la intervención de terceros, podrían incorporarse a este tipo de arbitrajes.

4.2.3. ¿La participación del *Amicus Curiae*?

El *amicus curie*, según FAVRE-BULLE es literalmente “un amigo de la corte”. Esta institución ha sido utilizada comúnmente en sistemas jurídicos como el *common law* con la finalidad de que los terceros ajenos a la controversia puedan ayudar al tribunal en el procedimiento en asuntos de hecho o de derecho⁷⁵.

En un primer momento, según el informe del CEIJUS, esta figura fue introducida como un tercero interviniente en procesos relativos a derechos humanos, debido al interés general que está involucrado en este tipo de controversias⁷⁶; sin embargo, tal como lo reconoce el mismo FAVRE-BULLE, esta figura también ha sido incorporada en arbitrajes de inversión:

(...) Some entities such as non-governmental organisations (NGO's), which do not have the status of parties, may wish to intervene in an arbitration in order to represent public interest when certain questions arise in particular disputes, for example between a State and an investor. Thus, civil society steps in the proceedings, by reason of the need for transparency of certain disputes, which prevails over the sole private interests of the initial parties to those disputes.

Esta nueva perspectiva de la intervención de terceros, bajo el instituto del *amicus curiae* actualmente es reconocida y aceptada en los arbitrajes ante el CIADI. Sin embargo según MEDINA-CASAS no es una figura bienvenida para los inversionistas, pues en la práctica, ellos consideran que les genera una carga indebida que les obliga a litigar contra el Estado y otros sujetos que no fueron inicialmente parte del arbitraje⁷⁷.

Pese a las objeciones que válidamente pueden realizarse, la importancia de la participación del *amicus curiae* radica en dotar de transparencia

⁷⁴ SILVA ROMERO, Eduardo. La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos del Estado. Revista Internacional de Arbitraje. Junio – Diciembre 2004. pp. 157-158.

⁷⁵ FAVRE-BULLE, Xavier. Op cit. p. 309.

⁷⁶ CEIJUS. Informe sobre el instituto jurídico del “amicus curiae”. En: http://www.ceijus.org.ar/upload/amicus_instituto_completo_CELS.pdf, p. 1. Revisado el 10 de marzo de 2012.

⁷⁷ MEDINA-CASAS, Héctor. Op cit. p. 231

a aquellos asuntos que están notoriamente relacionados con el interés público.

Por estos motivos, si bien la función del *amicus curiae* en un arbitraje ante el CIADI es apoyar o colaborar con distintas perspectivas o argumentos al tribunal arbitral, la jurisprudencia arbitral demuestra que no todos los organismos no gubernamentales o entidades ajenas al conflicto puedan involucrarse en el arbitraje en calidad de *amicus curiae*, sino solo aquellas que sean *idóneas e independientes y bajo el cumplimiento de estrictos parámetros procedimentales*. Compartimos esta posición, toda vez que otorgarles mayores facultades a los *amici curiae* alteraría la igualdad procesal entre las partes contendientes cuando decidieron someter u controversias al CIADI⁷⁸.

Al respecto, consideramos que la participación del *amicus curiae* resulta la típica participación del tercero en un arbitraje, pues pese a no ser parte contenciosa dentro del arbitraje se encuentra ligada a la defensa o el apoyo al Tribunal Arbitral, por ello siempre que se cumplan estrictamente las reglas procedimentales que establezca el Tribunal, el contrato de inversión o el propio tratado bilateral de inversión, deberían participar a fin de proporcionar detalles, argumentos o perspectivas que el Estado (como principal titular del interés público) no pudo llegar a otorgar.

Un argumento falaz que se ha utilizado para objetar la participación de los *amicus curiae*, es el referido a los costos que supuestamente genera la participación de estos terceros. Sin embargo, es evidente que se debe tratar de una participación neutral, sin perjudicar al inversionista o al Estado, sino bajo un real interés en resguardo del interés público.

En este sentido, sería oportuno plantearse si esta figura podría adoptarse en el arbitraje interno. Si bien no existe disposición legal expresa que la reconozca, podrían configurarse a nivel nacional las situaciones antes indicadas, que válidamente justifiquen a intervención de terceros en calidad de *amicus curiae*. Al respecto, las consideraciones para su intervención deberían ser también extremadamente rigurosas y los tribunales muy conscientes de la función de este instituto, pues solo así, podría admitirse este tipo de intervención de terceros.

5. Conclusiones

- El tema de la intervención de terceros en los procesos arbitrales, y la extensión a terceros no signatarias del convenio arbitral ha sido abordado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia arbitral nacional y extranjera. En este sentido, se ha podido identificar la existencia de una visión contractual y procesal del tema.
- La visión contractual de la intervención de terceros y de partes no signatarias, plantea teorías para su incorporación, entre las cuales destacan las siguientes: incorporación por referencia, asunción, mandato, grupo de compañías o *alter ego* y el *estoppel* equitativo.
- La visión procesal de este tema, parte de una debida distinción entre partes no signatarias y la intervención de terceros, pues mientras la parte no signataria es parte del convenio, el tercero no lo es; sin embargo, puede participar en el proceso arbitral, en la medida que el futuro laudo le afecte, tanto de manera voluntaria como forzosa.
- En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley de Arbitraje, mediante la extensión del convenio arbitral, regula la intervención de terceros en el arbitraje y también la participación de partes no signatarias del convenio arbitral. En tal sentido, estas partes no signatarias podrán ser, dependiendo del tipo de arbitraje, el Estado y particulares.
- En el caso de arbitrajes nacionales, en los supuestos en los que solo participen particulares, las reglas para la extensión del convenio arbitral podrán interpretarse considerando las teorías indicadas anteriormente. Cuando el arbitraje se lleva a cabo entre particulares y el Estado, la situación para determinar quiénes pueden ser terceros no signatarios parte por delimitar las materias susceptibles de arbitraje.

Estas materias para el Estado, a diferencia de lo que sucede con los particulares no responden a la "autonomía de la voluntad", pues deben ser previamente habilitadas por una norma legal o por un tratado internacional. Por tanto, es correcto afirmar que para la intervención de

⁷⁸ MEDINA-CASAS, Héctor. Op cit. p. 236

un tercero estatal al proceso arbitral, deben cumplirse dos supuestos: que no se afecte el *iusimperium* del Estado y que la materia de controversia esté previamente habilitada por una norma legal para el tercero que se desea incorporar.

En este caso, los terceros intervinientes pueden ser los organismos públicos que forman parte de la estructura orgánica del Estado peruano, pero no necesariamente en calidad de partes de un contrato, sino también por habilitación legal.

- En el caso de la intervención de los organismos reguladores como terceros no signatarios al convenio arbitral, ello solo puede ser admisible si se cumplen los supuestos antes indicados, tomando en consideración que éstos no forman parte de los contratos de concesión que celebra el Estado con los concesionarios, sino que su habilitación para someter algunas de sus decisiones al arbitraje parte de la propia Ley.

Es importante señalar que los organismos reguladores, si bien forman parte de la estructura del Estado, en rigor no se encuentran diseñados para la defensa de los intereses del Estado, sino para cautelar el adecuado cumplimiento de los derechos y obligaciones establecidos en los contratos de concesión.

- En el caso de los arbitrajes de inversión, cabe señalar que pueden participar en este tipo de procesos, tanto los Estados como personas naturales y jurídicas. Sin embargo, para el caso de la intervención de terceros, cuando una parte es el Estado, éste acude ante tribunales extranjeros como un sujeto de derecho claramente identificado por el principio de unidad de actuación del Estado en el ámbito internacional. En consecuencia, no es posible admitir la participación en calidad de tercero a los organismos que forman parte de su estructura orgánica.
- El *amicus curiae* es literalmente el amigo de la corte. Esta figura ha sido reconocida en el arbitraje de inversiones ante el CIADI bajo estrictos parámetros de independencia y neutralidad, así como otros aspectos procedimentales que responden a lo que disponga el Tribunal, el contrato o el tratado bilateral de inversión.

6. Bibliografía

- ABRUÑA PUYOL, Antonio. Delimitación jurídica de la Administración Pública en el

ordenamiento peruano. Lima: Palestra, 2010. 205 pp.

- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica. En: Revista Internacional de Arbitraje. Junio – Diciembre 2004. pp. 123-153.
- BULLARD GONZALES, Alfredo. Extensión del convenio arbitral. En: Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2011, pp. 200 – 231.
- BULLARD GONZALES, Alfredo. Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. En: La contratación pública, tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 1193-1242.
- CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Lima: Palestra, 2011, p. 191.
- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007. p. 973.
- CEIJUS. Informe sobre el instituto jurídico del “amicus curiae”. En: http://www.ceijus.org.ar/upload/amicus_instituto_completo_CELS.pdf, p. 10 revisado el 10 de marzo de 2012.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. El Régimen de los Contratos estatales en el Perú. En: Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra. 2007. pp. 63-105.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Arbitrando la inversión. En: El arbitraje en el Perú y el mundo. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2008. pp. 783-800.
- FAVRE-BULLE, Xavier. Intervention of third parties and amicus curiae: whose amicus? En: Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Colombia: Legis Editores, 2007. pp. 303-326.
- GASPAR LERA, Silvia. El ámbito de aplicación del arbitraje. Navarra: ARAZANDI, 1998. p, 315.
- LANDA ARROYO, César. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Themis N° 53, 2007. pp. 29-42.

- LORCA NAVARRETE, Antonio María. La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010. p. 128.
- MARAVÍ SUMAR, Milagros. ¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores? En: Derecho y Sociedad N° 36, Lima julio 2011. pp. 53-57.
- MARTIN TIRADO, Richard. El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración Pública. En: Retos de la Organización Administrativa Contemporánea. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Salvador: Corte Suprema 2011. pp. 741-787.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos. La independencia e imparcialidad del árbitro. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal. 2009. p. 304.
- MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. Las partes en el Arbitraje CIADI. En: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf. pp. 217-241. Revisado 12 de marzo de 2012.
- ORREGO VICUÑA, Francisco. La extensión de la cláusula de arbitraje a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas. En: Tratado de Derecho Arbitral. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2011. pp. 363-382.
- QUIÑONES ALAYZA, María Teresa. Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión. En: Revista Internacional de Arbitraje. Junio – Diciembre 2004. pp. 201-215.
- RESTREPO OROZCO, Daniella. Vinculación de terceros al proceso arbitral. En: Ensayos Arbitrales. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2012. pp. 45 - 63.
- SABROSO MINAYA, Rita y CASTILLO FREYRE, Mario. ¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable? En: Panorama actual del Arbitraje. Lima: Palestra Editores, 2010. pp. 271-316.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Arbitraje del Estado peruano. En: Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. Tomo I, 2011. pp. 34-51.
- SILVA ROMERO, Eduardo. La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos del Estado. Revista Internacional de Arbitraje. Junio – Diciembre 2004. pp. 155-187.
- SOTO COÁGUILA, Carlos. El convenio arbitral en la Ley peruana de arbitraje de 2008. En: Tratado de Derecho Arbitral. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, Tomo II. pp. 618-661.
- VULLIEMIN, Jean-Marie. La extensión de la cláusula arbitral a terceros ¿Cláusula arbitral versus convenio arbitral? En: SpainArbitrationReview . Revista del Club Español de Arbitraje, 2009. pp. 53-70.
- YÁÑEZ VELÁSICO, Ricardo. Comentarios a la nueva Ley de arbitraje. Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2004. p. 1142.