

# Arbitraje en Concesiones de Infraestructura<sup>1</sup>

Carlos Núñez<sup>2</sup>

1. **¿Qué rol cumple el arbitraje en el régimen de promoción a la inversión privada? Considerando que los laudos arbitrables no son vinculantes, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica y la predictibilidad, ¿no sería más adecuado que dichas controversias sean resueltas por órganos jurisdiccionales o por un Consejo de Estado?**

De acuerdo; sin embargo, creo que tu pregunta tiene un pequeño error en la premisa: que los laudos arbitrales no son vinculantes. De hecho, si son vinculantes, más no generan precedente obligatorio, pero en general en el Perú pocas cosas generan precedente obligatorio más allá de que sean arbitrales o judiciales hay pocas cosas (resoluciones del TC o sala plena, etc). Lo normal en nuestro sistema jurídico es que nosotros nos regimos por leyes y no por decisiones judiciales o administrativas que generan precedentes en nuestro sistema jurídico.

Pero respecto de la pregunta, ¿qué rol cumple el arbitraje en el régimen de la inversión privada? En el caso que me compete y que yo conozco, que es en el régimen de concesiones de obras de infraestructura y servicios públicos, ciertamente cumple un rol preponderante y tiene muchas funciones.

Para comenzar, es un mecanismo de atracción y seguridad a los inversionistas, porque el inversionista peruano o extranjero, en el marco de estos proyectos de infraestructura, una de las primeras preguntas que se hace es ¿cómo se solucionan las controversias, que pasa si yo tengo un problema con el Estado?, ¿qué cosa regula el contrato? Bueno, tiene una cláusula arbitral, pero ¿qué tal es esa cláusula arbitral? Y es que, en estricto, una cláusula arbitral es la que normalmente permite, hasta cierto monto, recurrir a un arbitraje nacional, y a partir de cierto monto a un arbitraje internacional, que bien podría ser un arbitraje CIADI si es que las partes signatarias son parte del Convenio de New York.

El primer gran tema, no obstante, es que otorga seguridad al inversionista respecto de que tiene un mecanismo de solución de controversias, en principio imparcial, separado de los poderes del gobierno, toda vez que, al fin y al cabo, de un lado tenemos al inversionista y del otro a todo el Estado. Otro tema es que esta seguridad genera, a su vez, la capacidad para elaborar un proyecto, dado que PROINVERSION realiza sus *roadshows* internacionales. De hecho, una de las cosas que presenta es la forma en cómo se solucionan las controversias, mostrando una súper cláusula arbitral, muy sólida bajo ciertas circunstancias o escenarios que podrían derivar en un arbitraje internacional. Esto genera una capacidad del Estado para poder promover y vender los proyectos.

---

<sup>1</sup> Entrevista realizada por Christian Castillo y Claudio Silva – Comisión de Publicaciones CDA.

<sup>2</sup> Socio del Estudio Pizarro, Botto & Escobar. Especialista en la estructuración legal y en la ejecución de Proyectos de Infraestructura Públicos y Privados, incluyendo la asesoría en diversos temas Contractuales, Corporativos, Financieros y Arbitrales vinculados a ellos.

Finalmente, en la etapa de ejecución del proyecto genera un sistema más ágil, más especializado, más metódico, más predecible eventualmente. Tienes que el arbitraje tiene efectos en dar seguridad a los inversionistas en poder promover y vender los proyectos y durante la ejecución de los proyectos produce mayor agilidad. Creo que son algunas de las funciones más importantes que ha cumplido en el régimen de la inversión privada.

Respecto a la posibilidad de que sean resueltos por órganos jurisdiccionales, porque los laudos no son precedentes, de ninguna manera. Creo que si se tuviera una cláusula de remisión a autoridades judiciales peruanas en los contratos de concesión tendrías pocos inversionistas dispuestos a participar en un proceso, y probablemente ningún extranjero, ya que hay una desconfianza natural en nuestro poder judicial. Más allá de que nuestro poder judicial sea malo, cosa que no es un tabu, es más que nada un órgano del Estado, y en países en vías de desarrollo, los inversionistas extranjeros buscan alejar o minimizar el riesgo en los procesos de solución de controversias, y sienten que entre más este cerca de un ente estatal, como finalmente es el poder judicial, más riesgo de influencia o prejuicio puede haber en su contra. Por lo cual, prefieren un mecanismo apartado de las entidades estatales, más privado y menos estatal.

**2. En materia de concesiones de infraestructura y de los servicios públicos es discutido qué puede ser considerado materia arbitrable. Las decisiones de los organismos reguladores son consideradas como no arbitrables al ser actos administrativos y por lo tanto un ejercicio del ius imperium del Estado. En ese sentido, ¿qué controversias pueden ser consideradas materia arbitrable en un contrato de concesión?**

Es una pregunta que se debe poner en contexto. Lo que a mi entender esta teóricamente prohibido o no autorizado es que se arbitre las decisiones de los Organismos Reguladores cuando son emitidas en uso de su capacidad y accionar administrativo, ósea cuando fungen como entes propiamente administrativos y toman decisiones administrativas concedidas sobre normas administrativas. Por ejemplo, cuando OSITRAN pone una multa porque una estación de pesaje no está operando y el pesaje es un tema que hay que regular, o cuando un concesionario no está cobrando la tarifa adecuada, entonces hay que multarlo. Lo que ocurre es que OSITRAN tiene una serie de funciones y en muchos contratos de concesión de obras de infraestructura y transporte, en general, los reguladores cumplen funciones contractuales, se les menciona y se les da atribuciones contractuales. Por ejemplo hablemos de OSITRAN poniendo penalidades contractuales derivadas de un contrato de concesión: se impondrá una penalidad al concesionario que se demore en terminar una obra y la penalidad será tanto por día, y esta penalidad la impondrá OSITRAN, o igual las valoraciones de los avances de obra durante la fase de construcción antes de la operación serán realizadas por OSITRAN. La pregunta es, ¿esa es una facultad administrativa o contractual?

Estas son facultades contractuales atribuidas por el contrato de concesión al regulador; las cuales son, a mi entender, cuestiones totalmente arbitrables porque tienen naturaleza contractual. Ahí OSITRAN funge como un agente contractual, un agente de una de las partes, un determinador de ciertas condiciones del contrato. No funge es su capacidad de ente administrativo ejerciendo función administrativa, sino como un supervisor o agente contractual que ejerce facultades atribuidas por el contrato no por normas administrativas. Las primeras, las que son atribuidas por el contrato, en las cuales OSITRAN funge como agente contractual, esas son a mi modo de ver arbitrables, y lo hemos hecho declarar en una serie de casos arbitrales.

Distinto, donde podría haber un campo de discusión, es cuando OSITRAN ejerce labor administrativa propiamente. En ese caso si podríamos sostener que esas son labores de *ius imperium*: como que un policía te ponga una multa por ir muy rápido en la autopista y uno quiera discutirlo en arbitraje. En este caso, el regulador le pone una multa administrativa al operador de la infraestructura de uso público si tiene naturaleza administrativa, y en ese caso acepto la discusión y puedo entender que sea sustentable que sean facultades de *ius imperium*, pero aun así ese tipo de decisiones, si la ley prevé que puedan ser arbitradas o algún convenio internacional las prevé de esta manera, cuando hay un inversionista extranjero de por medio, sobre la base a este convenio tu podrías arbitrar incluso esa decisión porque el convenio te lo permite, esa es mi visión de arbitrabilidad de las materias, yo soy pro arbitraje en decisiones contractuales de los reguladores.

**3. En los arbitrajes en los que se discute la interpretación del contrato de concesión, considerando que la mayoría de cláusulas arbitrales en los contratos de concesión permiten que sea materia arbitrable la interpretación de los mismos, ¿pueden encontrarse vacías de contenido? En la medida que organismos reguladores, como OSITRAN, se abrogan la potestad de interpretar dichos contratos<sup>3</sup>, llegando a ejercer dicha potestad, incluso, de manera extensiva al punto de desconocer laudos arbitrales.**

En relación a la interpretación del contrato en los arbitrajes, lo que dice la ley es que OSITRAN tiene la facultad para interpretar los títulos por los cuales los concesionarios de las obras de infraestructura operan; sin embargo, no es exactamente los contratos, sino los títulos mediante los cuales los inversionistas ejercen sus derechos. De cualquier forma, hay que concluir que se trata de los contratos, por cuanto que es una facultad que está dispuesta en la ley de creación de OSITRAN y reglamentos.

Lo que creo yo es que el espacio natural para discutir la interpretación de un contrato es la jurisdiccional o arbitral (juez o árbitro), porque al final, casi cualquier controversia derivada de un contrato se puede recudir a un conflicto interpretación del mismo. En pocas palabras, para resolver una controversia contractual, el árbitro siempre va tener que hacer un ejercicio interpretativo, por cuanto que al final cualquier controversia supone un ejercicio de interpretación del contrato. Si fuéramos tan duros como para aceptar que OSITRAN tiene la capacidad de interpretar de manera excluyente y exclusiva, estaríamos diciendo que el arbitraje en concesiones es totalmente subsidiario e inaplicable.

Yo difiero complementemente de esa posición. Si bien la ley le atribuye esa capacidad a OSITRAN, no regula cuándo lo puede hacer. En el derecho norteamericano hay un principio que dice que una norma o una asignación de un poder que no es natural de un ente administrativo, ya que pertenece al ejecutivo, pues su labor es de ejecución no de interpretación. De hecho, la función interpretativa se acerca más al poder judicial o a las capacidades decisorias de la solución de controversias.

Segundo tema, antes de entrar a la complejidad de la constitucionalidad de la capacidad de interpretar de OSITRAN, le podemos dar un contenido más simple, en donde dice que su interpretación es vinculante y que es una autoridad que debe ser cumplida por el concesionario. Claramente, éste como concesionario se dirigirá al árbitro, y el regulador

<sup>3</sup> Artículo 7, numeral 7 del Reglamento de Organizaciones y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante DS N° 012-2015-PCM.

dará una interpretación que será una opinión autorizada, pero para el inversionista no será vinculante, porque no hay fundamento para que sea vinculante pues siempre se podrá pedir al árbitro que interprete una condición, y entre una interpretación administrativa y una interpretación— para citar al tribunal constitucional- que tiene carácter jurisdiccional en el entendido en la teoría jurisdiccionalita del arbitraje. En ese entendido, quien tiene la capacidad de decidir el derecho con autoridad jurisdiccional es el Tribunal arbitral y debe tener total prioridad sobre cualquier cosa que haya interpretado OSITRAN. Mi conclusión es que lo que diga OSITRAN es un referente, importante y autorizado, pero finalmente si hay un conflicto de interpretación, aquella que lleve a cabo el tribunal es la que debe primar.

**4. ¿Es el principio de unidad del Estado, consagrado en el artículo 43° de la Constitución, un criterio válido para incluir como parte no signataria en un arbitraje a una entidad distinta a la entidad concedente?**

No. La teoría de la unidad del estado tiene varios usos, sin embargo, yo creo que en el Perú la forma como está estructurado el estado y como está estructurado el presupuesto público del Estado que se divide en asignación y partidas presupuestales para distintos entes, no permitirían utilizar esa teoría para incluir a distintas entidades como partes no signatarias en un proceso, porque al final el arbitraje normal resuelve controversias de carácter patrimonial y disponible, y al final muchas veces termina en que hay que pagar y ese dinero debe provenir del presupuesto de la entidad que haya sido vencida en el arbitraje. Entiendo que su pregunta va dirigida en cómo interviene un regulador en el arbitraje, pero en realidad los reguladores tienen otra forma prevista para intervenir, que yo no comparto, pero la discusión va en si pueden intervenir como partes no signatarias por su relevancia, actividad y presencia intensiva en los contratos de concesión.

De cualquier forma, para ser concreto en la pregunta, yo no creo que la teoría de unidad del estado sea un mecanismo para permitir la incorporación de otras entidades del estado como partes no signatarias. Soy de la opinión de que la estructura del estado y su estructura presupuestal no lo permite.

**5. ¿Cuál de las teorías sobre partes no signatarias sería la más adecuada para la inclusión de los Organismos reguladores en el arbitraje? Considerando que los mismos no forman parte del Contrato de Concesión pero cumplen un rol importante en la ejecución y supervisión, como en la suscripción de adendas y las futuras renegociaciones.**

Lo que yo creo es que los organismos reguladores no tienen participación como partes en un proceso arbitral entre un concesionario y el concedente. Y es que, si bien puede dar opiniones contractuales o tomar decisiones de contenido contractual, simplemente ha actuado como agente; por lo que contra el no debe dirigirse la demanda. Si de alguna forma las entidades reguladoras van a participar en el arbitraje, deben hacerlo como testigo, experto o opinión autorizada, pero no como parte.

Sin embargo, la nueva ley de APP's dice que los tribunales deben asegurar la participación de los organismos reguladores, aunque no sé exactamente a que se refiere la ley con participar o coadyuvar en el debido proceso. Uno cree que se puede referir a la figura procesal del tercero coadyuvante, pero no creo que se refiera a ello; pues lo que creo que quiere decir la ley es que puede apoyar con sus argumentos, poner posiciones, lo que al final es un sinsentido y además es contrario al a naturaleza de un organismos regulador: un regulador

no tiene por qué coadyuvar al Estado. En teoría, debe ser imparcial, debe dar su opinión, tomar su decisión, y dejar la disputa al concesionario y al concedente, porque desde que se coadyuva se deja de ser un regulador imparcial y se vuelve parte del Estado; y obviamente la decisión va estar condicionada. A mi modo de ver las cosas, los reguladores no tendrían que intervenir como parte, ni como parte no signataria, y si van a intervenir de alguna forma, por su opinión experta, citados como testigos, o convocados para hacer una exposición o ilustrar a los árbitros, porque finalmente el laudo arbitral no va a causar efectos sobre él.

**6. El Decreto Legislativo 1224º ha derogado el régimen de promoción a la inversión privada; sin embargo, dentro de sus innovaciones, se prevé en el artículo 23<sup>4</sup> que: “La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores”. Dicha norma ¿vulnera el principio de autonomía del Tribunal Arbitral? ¿Estaría desvirtuando la naturaleza del arbitraje? ¿Los organismos reguladores, cuya principal función es hacer cumplir la regulación, deberían participar en los arbitrajes obligatoriamente? ¿Esto no vulneraría la imparcialidad de los mismos?**

Depende como se interpreta la norma. Si se interpreta que la intervención del organismo regulador sea como parte, esto vulneraría el principio de autonomía del tribunal arbitral. Pero si se interpreta como la forma en que el organismo regulador comparezca brindando una opinión, o declaración, no habría ningún inconveniente. De cualquier forma, forzar al tribunal el aceptar como aceptar a un regulador esto vulnera su autonomía.

Es necesario aclarar que no se vulneraría la naturaleza del arbitraje siempre que se le haga participar al regular con voz sin ser parte, porque al final en el arbitraje se debe actuar todas las pruebas para llegar a la verdad, y por principio de contradicción, el concesionario podrá contradecir la opinión del regulador. Esto no desvirtúa el arbitraje en tanto se entienda que tiene voz y pueda opinar. Sin embargo, bien se podría vulnerar la imparcialidad de los tribunales.

**4 Artículo 23.- Solución de controversias**

23.1 Los contratos de Asociación Pública Privada deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Asimismo, pueden incluir dentro de la etapa de trato directo, la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Componedor quien propone una fórmula de solución de controversias que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos legales de una transacción. La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.

23.2 De igual modo las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas conforme a lo dispuesto en los contratos, siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.

23.3 Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable Componedor y de las Juntas de Resolución de Disputas son establecidos en el Reglamento.

23.4 Lo dispuesto en los numerales precedentes, no es de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley N° 28933, cuando se remite la controversia a un Mecanismo Internacional de Solución de Controversias a que se refiere dicha ley.

23.5 No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado o norma que la sustituya, los servicios a ser brindados por el Amigable Componedor, los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los Centros ni las Instituciones que administren los citados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siempre que dichos servicios sean requeridos dentro de la ejecución de los contratos de Asociación Pública Privada.

7. **Cierto sector considera que el arbitraje en el Perú están acarreado ciertos vicios que eran atribuidos al Poder Judicial. Para salvaguardar las independencia e imparcialidad de los árbitros, las Directrices de la IBA<sup>5</sup> suelen ser utilizadas por ciertas instituciones arbitrales como un parámetro para determinar la independencia e imparcialidad de los mismos. Considerando que muchas partes no suelen incluirlas ni en las Actas de Instalación, ni en los convenios arbitrales, ni las instituciones arbitrales dentro de sus reglamentos, ¿qué vinculatoriedad tienen dichas directrices durante el arbitraje?**

Si no están incluidas dentro del convenio arbitral, o la institución arbitral no las ha incluido o el tribunal arbitral no ha dispuesto su inclusión, no son vinculantes, es un referente. De hecho, las reglas de la IBA no son vinculantes perse. No es que yo pueda aplicarlas si no son partes de mi procedimiento arbitral. ¿Es conveniente? Yo creo que sí. Por ejemplo, la Cámara de Comercio las ha incluido para temas de actuación de pruebas, testigo. De cualquier forma, son convenientes mas no vinculantes, al menos que se incorporen a las reglas del arbitraje.

8. **Uno de los puntos controvertidos referente al arbitraje es la falta de control de las decisiones de los árbitros. Algunas propuestas de modificaciones a la Ley de Arbitraje apuntan a ello. En ese sentido, la modificación introducida al artículo 56º, numeral 3, de la Ley de Arbitraje, establece que para la inscripción de un laudo, en la que se incluya una parte no signataria, la misma se debe encontrar debidamente motivada. ¿Es esta una medida verdaderamente eficiente para lograr ese objetivo? ¿Qué mecanismos deberían incorporarse a fin de evitar abusos y/o arbitrariedades en los laudos? o ¿son los mecanismos existentes suficientes?**

Estas ya son deformaciones del arbitraje, y utilizar el arbitraje de manera pernicioso, tramposa. Específicamente con el tema de la inscripción no me parece el tema más relevante, lo que creo que es relevante es si debe haber un tipo de control de los árbitros para admitir o no terceros como parte no signatarias. Soy de la opinión de que los controles están en la ley y en todo caso si un tercero es incluido como parte no signataria tiene que ser notificado: podrá defenderse, defenderse del fondo y de su inclusión; y finalmente este tercero tiene las mismas herramientas de defensa procesal y de fondo en el arbitraje, y de ser pertinente, ante le poder judicial con una acción por anulación de laudo. Lo importante es que el procedimiento sea legítimo, ese es el tema una parte más instrumental, hay casos excepcionales, turbios y torcidos como el caso Orellana, pero esto no quiere decir que el arbitraje sea el torcido, el torcido es quien lo utilice ilícitamente y haciendo trampa, y esto lo puede hacer con el poder judicial o cualquier mecanismo de solución de controversias.

9. **¿Qué rol podría tomar las nuevas inclusiones de las figuras de Amigable Composedor o Dispute Boards en la resolución de controversias derivadas de los Contratos de Concesión de Infraestructura y de los Servicios Públicos? ¿Dichos mecanismo podrían acabar con la utilización del arbitraje como medio de resolución de conflictos derivadas de las Concesiones de Infraestructura de los Servicios Públicos?**

<sup>5</sup> Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en arbitrajes internacional.

Lo que ocurre es que ha habido una avalancha, un tsunami, en cuanto a la utilización masiva, intensiva y exagerada del arbitraje en la contratación estatal, pero en parte causada por la incapacidad que tiene los entes públicos para llegar acuerdos cuando hay controversias de formas distintas. El arbitraje se ha vuelto no solo un mecanismo de solución de controversias sino un mecanismo para blindar y dar seguridad a un funcionario público que no quiere tomar una decisión que sabe que debe tomar pero que tiene miedo, y esto ha hecho que el arbitraje deje de ser lo que tiene que ser y se convierta en algo más. Es probable que la mitad de los arbitrajes tengan por objeto cuidarle las espaldas a un funcionario público y solo la otra mitad sean controversias de fondo.

En ese contexto, los *Dispute Boards* pueden reducir el uso indiscriminado del arbitraje cuando no es necesario, pues un *Dispute Boards* como está pensado en la Ley de Contrataciones, emite una decisión que en principio es vinculante y que hay que acatar, y que solamente podrá discutirla al final del contrato. En el caso de un contrato de obra, por ejemplo, lo podre discutir una vez que la obra haya terminado.

Lo que creo yo es que los *Dispute Boards* va a jugar un rol. Mi sensación es que muchas entidades van a ser reticentes de establecer cláusulas de *Dispute Boards* dentro de sus contratos, pero si lo hacen yo creo que eso va alivianar la tarea de los árbitros y va generar eficiencias en las solución de las controversias, porque va a permitir que un ente menos formal, menos estricto, más ágil y rápido que un tribunal arbitral pueda dilucidar una controversia con participación más activa de las partes.

### **10. La ejecución del laudo, es uno de los temas menos tocados, pero que más problemas genera a los operadores jurídicos. ¿Cuáles son las principales dificultades para ejecutar un laudo en el Perú? ¿Qué podría mejorar en la ejecución de laudos arbitrales contra el Estado peruano?**

A ver, en general ejecutar un laudo en el Perú si la entidad pública no lo quiere cumplir de mutuo propio, ósea voluntariamente, es muy difícil, porque debes embargar al Estado. ¿Cómo? Pues existen normas que establecen que las entidades del Estado deben asignar un porcentaje de su presupuesto para pagar laudos y sentencias judicial de sus procesos. Me parece que es pequeño o poco, porque el Estado debe tener ese beneficio y yo como privado no lo tengo. Si el Estado gana me va embargar porqué él debe tener una prerrogativa de defensa que yo no tengo. Esto me parece injusto e impropio pero existe.

La primera gran dificultad es que si el Estado no te quiere pagar voluntariamente, uno tiene pocos mecanismos de agresión patrimonial contra el Estado. ¿Qué se podría hacer? Primero, se podría mejorar o incrementar el porcentaje de asignación del presupuesto estatal destinados para pagar los laudos o sentencias judiciales. Creo que es un porcentaje muy reducido el depender de las obligaciones de pago que pueda tener las entidades estatales.

Lo otro sería permitir unos mecanismos de agresión patrimonial un poco más duros, por ejemplo, poder agredir la asignación presupuestal que el MEF le asigna a cada entidad pública. De hecho existen laudos arbitrales que no se pueden cobrar pese a haberse ganado, e inclusive después de que el Estado ha perdido después de un proceso de anulación o acción de amparo. En ese sentido, se debería tener más mecanismos de agresión patrimonial para que el Estado sienta la necesidad de pagar aunque sea por partes sus obligaciones con ocasión de laudos arbitrales o sentencias judiciales.