

Entrevista al Dr. Alfredo Bullard González\*

## “No se Puede Poner al Gato de Despensero”: Falsos Dilemas entorno al Arbitraje Regulatorio

Por : Katherine Gálvez Posada  
Melissa Marengo Serrano

En la presente entrevista, el Dr. Bullard señala su posición respecto a la posibilidad de que la decisión de un organismo regulador pueda ser objeto de un arbitraje. En ese sentido, deja en claro que, contrariamente a lo afirmado por algunos organismos reguladores, ello es perfectamente posible conforme a lo establecido por nuestro ordenamiento, en el artículo 2° de la Ley de Arbitraje. Asimismo hace hincapié en que ello no podría ser de otra manera, toda vez que existe un deber estatal de proteger, promover e incentivar las inversiones.

- 1. En relación al reciente debate suscitado sobre si los arbitrajes deben o no cuestionar las decisiones de los organismos reguladores, ¿considera usted que, dentro de nuestro marco normativo, es posible arbitrar la decisión de un organismo regulador? ¿Se puede afectar la decisión de un organismo regulador, cuando el mismo no es parte del arbitraje?**

Sí, creo que la respuesta es sí; pero un sí inmediatamente seguido de un “depende”. Lo que sucede es que uno no puede pactar cualquier arbitraje para cualquier decisión regulatoria. Me explico.

La decisión de un regulador será revisable cuando el marco legal así lo establezca. El caso más típico, más común, y que más debate ha generado pero creo que es el más claro, es el caso de los contratos ley.

Para entender la problemática debemos empezar dando un paso atrás. La Ley de Arbitraje, efectivamente, establece que las materias susceptibles de arbitraje

son las de libre disposición, pero el mismo artículo 2° de este cuerpo legal agrega que también serán arbitrables aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

En ese sentido, si nos quedáramos en la interpretación que han planteado algunos reguladores – particularmente OSITRAN –, respecto a que solo son arbitrables las materias de libre disposición, y al no ser las materias regulatorias de libre disposición no serían arbitrables, nos quedaríamos con una interpretación de la mitad del artículo, y el artículo sigue y dice más que eso.

La Ley y la Constitución en su artículo 62° autorizan la celebración de contratos ley, contratos cuya finalidad es garantizar que los términos de un contrato celebrado, no van ser modificados. Tan fuerte es el carácter de un contrato ley que no puede ser modificado ni siquiera por una ley del Congreso, y menos aún por una decisión regulatoria.

Si un contrato tiene carácter de contrato ley; la ley, la Constitución, y el marco legal en el que se ha celebrado dicho contrato, lo protegen de las decisiones legislativas, regulatorias y eventualmente hasta de las judiciales.

Esto significa que para que estemos en este supuesto deben concurrir: (i) la existencia de un contrato ley, (ii) el contrato ley tiene que recoger en sus términos alguna garantía u obligación del Estado que pueda ser afectada por el regulador; por ejemplo que el contrato ley contenga la fórmula tarifaria aplicable a la tarifa que se va cobrar a los usuarios, (iii) el contrato ley garantice que dicha obligación no puede

\* Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 1989) y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale (EE.UU, 1991). Socio del Estudio Bullard, Falla & Fzcurra Abogados. Ha participado como Arbitro en casos administrados por la Cámara de Comercio Internacional del Paris, la Cámara de Comercio de Lima y otros centros arbitrales, con experiencia en más de 150 arbitrajes nacionales e internacionales. Presidente de la Comisión Técnica de Reforma de la Ley General de Arbitraje que elaboró el proyecto de la actual Ley de Arbitraje del Perú. Ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Se desempeña como Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, tanto a nivel de pregrado como a nivel de maestría; asimismo, es Profesor Visitante en la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador. Ha sido Profesor Visitante en la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina y en la Universidad de Puerto Rico. Es autor y coautor de diversos libros, entre ellos “La Relación Jurídica Patrimonial. Reales vs. Obligaciones”; “Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales” Asimismo, ha escrito diversos artículos sobre temas de su especialidad publicados en importantes revistas de nuestro medio y del extranjero. Miembro del Consejo Consultivo de **Derecho & Sociedad**.

ser modificada. Si se cumplen los tres requisitos la respuesta es claramente afirmativa.

Una de las consecuencias de que estemos frente a un contrato ley, es que los términos obligan no solo a quien suscribe el contrato, sino al Estado en su conjunto. Ese es justo el efecto de la garantía otorgada por el Estado en base al marco legal.

Ahora hay distintos tipos de contrato ley, por lo que habrá que revisar cada caso para determinar sus alcances. Pero en términos generales esa es la lógica que se aplica.

En este escenario, cuando un regulador modifique una obligación asumida por el Estado, está violando el contrato, la Constitución y el marco legal establecido en el momento de la celebración del contrato. Si este contrato autoriza el sometimiento a arbitraje, entonces claramente la decisión será arbitrable.

Quienes deberán pronunciarse respecto a que si con esa decisión regulatoria se modificó o no el contrato, no es OSITRAN, ni el Congreso, ni el Presidente, ni el Tribunal Constitucional. Quienes deben hacerlo son los árbitros. Esto es meridianamente claro, aceptado y esta fuera de discusión. Así funcional el esquema y, al menos para los arbitrajes ya pactados, ello no puede ser modificado unilateralmente.

En el caso de los contratos que no son contratos ley, uno entra a una discusión un poco distinta pues allí la discusión es, por ejemplo, ¿puedo yo Ministerio de Transportes obligar a respetar el contrato a OSITRAN? Allí la respuesta es negativa por un tema de competencia.

En estos supuestos, es discutible si la decisión del regulador puede ser revisada por los árbitros; aquí lo que podrá haber es una discusión con el Ministerio respecto al cumplimiento de las obligaciones a las cuales se comprometió. Lo que habrá, en todo caso, es una figura similar al contrato de promesa de la obligación o el hecho de un tercero. Más allá de que la discusión no sea arbitrable, creo que se podrá demandar al Ministerio por los daños que la decisión pueda haberle causado al inversionista.

Sin embargo la gran mayoría de contratos que han dado lugar a esta discusión son contratos ley, contratos que son arbitrables. Y si es así la regla es que las decisiones regulatorias tienen que respetarlos, y la discusión sobre ello es arbitrable.

**2. Usted se ha referido a los contratos ley y a otro tipo de contrato. Pero el artículo 2° de la Ley de Arbitraje también se refiere a los tratados internacionales. ¿Puede sobre la base de un tratado internacional arbitrarse una decisión regulatoria?**

La cosa no es muy distinta. Incluso la protección puede ser más amplia. Respecto a los tratados internacionales, el Perú tiene celebrados alrededor de treinta y tantos, los que incluyen los famosos BIT's (tratados de protección de inversiones por sus siglas en inglés) y los TLC's. Estos últimos suelen tener un capítulo de inversiones, los cuales

tienen una clausula de arbitraje para cuando se viole el derecho de un inversionista.

**“Quienes deberán pronunciarse respecto a que si con esa decisión regulatoria se modificó o no el contrato, no es OSITRAN, ni el Congreso, ni el Presidente, ni el Tribunal Constitucional. Quienes deben hacerlo son los árbitros”.**

Los BIT's y los TLC's recogen garantías de inversiones contra, pos ejemplo, la no expropiación o la no discriminación. Si un inversionista de uno de los países es afectado por el país contrario, el inversionista puede pedir un arbitraje para proteger la garantía contenida en el tratado.

Si dicha violación de la garantía contenida en el tratado es cometida por un regulador, entonces el inversionista podrá ir arbitraje; por poner un ejemplo el Perú tiene celebrado un BIT con España, y en caso un inversionista español venga al Perú, en la confianza que le da dicho tratado de que, no va ser expropiado, ni discriminado, etc; podrá iniciar un arbitraje de darse el caso, contra la decisión de un regulador que lesione estos derechos, porque así lo ha establecido el tratado, el cual protege al inversionista. Incluso, a título de ejemplo, el TLC con Estados Unidos expresamente menciona que la protección alcanza a las decisiones regulatorias.

**3. Entonces, ¿cómo explica las declaraciones que han venido dando ciertos representantes de organismos reguladores en contra de la arbitrabilidad?**

Hay que ser bien cuidadosos con este tema, por que han salido representantes de los organismos reguladores (con la excepción de OSINERGMIN que ha sido claro en señalar que reconoce y respeta este esquema) a “patear el tablero” mandando una pésima señal a los inversionistas. Es particularmente curioso resaltar que en todo lo que se ha escrito y declarado (por ejemplo el artículo del Dr. Mario Castillo, asesor de OSITRAN, o las declaraciones de Juan Carlos Zevallos, presidente de dicho organismo) expresan desacuerdo con lo que vengo sosteniendo, pero no se menciona ni el término “contrato” ni el término “tratado”. Esas palabras brillan por su ausencia, lo que demuestra que su análisis es claramente incompleto y sesgado. Es como hablar de la diabetes sin mencionar la palabra insulina, ni de derechos fundamentales sin usar la palabra constitución.

Bajo mi consideración, no se puede hablar del tema, sin hablar de los contratos ley y los tratados internacionales. Reitero lo que dice la norma (artículo 2° de la Ley de Arbitraje: las materias susceptibles de arbitraje son las

materias de libre disposición y “aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”).

**4. Se han perfilado diferentes posiciones, muchas concuerdan en la necesidad de perfeccionar el marco legal vigente que regula el arbitraje. ¿Qué opinión le merece esta propuesta de modificación normativa? Si concuerda con esta postura, en su opinión ¿cuáles debieran ser los principales cambios a ejecutar? ¿qué característica debe contemplar un arbitraje regulatorio?**

Considero que lo ha venido ocurriendo, es que si bien hemos avanzado en arbitraje y en reconocer la arbitrabilidad existen ciertas características del arbitraje regulatorio que requieren algún nivel de tratamiento particular. Si bien buena parte de los principios del arbitraje común les son aplicables, hay algunas particularidades que merecen ser contempladas.

No se trata de sacar una ley de arbitraje regulatorio tan larga como la Ley de Arbitraje, de lo que se trata es de establecer unas normas muy específicas que ayuden al mejor cumplimiento de los fines que se persiguen, sin renunciar a que estos temas, sean temas arbitrables.

Si lo que se propone la modificación es reducir la arbitrabilidad, estamos mal. Considero que justamente ello es lo que genera la inversión, pues el inversionista ya desconfía de las cortes locales, de los reguladores, de que el marco legal sea modificado por un congreso; y frente a ello lo que les da protección es el arbitraje.

Ahora, respecto qué es lo que hay que hacer para que está figura funcione mejor, considero que se debe tener consideración algunos temas relacionados a los usuarios. Ocurre que en algunos casos los derechos de los usuarios pueden verse afectados por decisión regulatoria; y ellos deberían participar de alguna manera.

No estoy hablando de que participen como parte, sino de generar un espacio de discusión, una audiencia o un espacio para expresar sus intereses y posiciones; tal y como ocurre en los procedimientos regulatorios en los que hay audiencias públicas y se permite dejar sugerencias y comentarios sobre el tema en discusión. Algo similar puede hacerse con los competidores, pues una decisión regulatoria arbitrada puede afectar sus intereses.

**5. En relación a lo que mencionó respecto de que no sería necesario plantear otra norma tan extensa como la que regula el arbitraje, ¿estaríamos hablando solamente de adicionar un capítulo a la misma norma?**

Sí, un capítulo, o quizás solo una sección. De manera general, diría que son cambios menores, importantes, pero no implican una reforma integral, ni la creación de una ley especial.

**6. También se ha señalado que en la eventualidad de que realicen modificaciones al marco normativo del arbitraje, dichas modificaciones afectarían los contratos**

**de concesión ya suscritos y a los inversionistas nacionales e internacionales, quienes se verían obligados a cumplirlas. Desde su perspectiva, ¿es esto posible? y ¿cuáles serían las principales consecuencias económicas de un arbitraje regulatorio?**

La modificación es posible, pero habría que ver en qué consiste la modificación. Pero sí quiero ser enfático en que considero que los derechos ya adquiridos por los contratos ya no pueden ser modificados unilateralmente, se debe respetar el convenio arbitral en los términos en los que se ha planeado. Habría que ver caso por caso, pero la regla general es que los derechos adquiridos no pueden ser modificados por una ley posterior. Esto está garantizado por el artículo 62° de la Constitución.

En cuanto a las consecuencias económicas de que haya un arbitraje, yo creo que el punto central que se arbitren estas controversias es que, contrariamente a lo que digan algunos reguladores, esto nos llevará a una mejor regulación, y eso tiene un impacto económico importante para el país. Hemos hecho grandes esfuerzos por tener reguladores con un cierto nivel de autonomía y tecnicismo, hemos logrado importantes avances pero también es cierto que los organismos reguladores siempre tienen presiones políticas y en consecuencia pueden tomar decisiones que no son las más adecuadas. Por ejemplo, pueden dejarse llevar por el tema de que si hay una tarifa alta hay que bajarla, más allá de que sea técnicamente adecuado o afecte los compromisos asumidos. Entonces cuando uno toma decisiones de ese tipo el regulador se siente todopoderoso y piensa que su decisión va a ser revisada por el Poder Judicial, que poco o nada va a entender de este tema, que no tiene la más mínima idea de cómo se regula algo. Entonces el resultado es un regulador todopoderoso, que no es *accountable*, que decide todo. Y si él decide todo no tiene incentivos para decidir correctamente. No se puede “poner al gato de despensero”. Los árbitros deben ser gente que tiene experiencia sobre los temas que se están discutiendo, y estos árbitros van a generar un nivel de *accountability* regulatorio. En un proceso en el que yo participé hace unos años, en el que el Estado peruano ganó, el regulador se dio cuenta de que había cometido errores o imprecisiones y mejoró sus procesos y eso, en términos económicos, es muy bueno pues, hace que la economía funcione mejor, que el regulador sepa que hay alguien que puede revisar seriamente su decisión. Ello es adecuado.

Se discute mucho que el arbitraje puede ser muy caro. Eso depende de a qué llames caro. Puede ser caro lo que le pagas al árbitro. Pero la pregunta es: ¿caro en relación a qué? También es caro lo que le cuesta al inversionista arriesgar, lo que le cuesta al país atraer inversiones, lo que le cuesta a los usuarios que no haya servicios o producción por falta de inversión.

**7. ¿Cuál es la situación actual del arbitraje regulatorio en nuestro país?**

Yo diría que es una situación privilegiada en razón al marco legal con el que contamos. Hay un marco legal que claramente ha apostado por tener mecanismos

privados para resolver controversias públicas dándole garantías a las partes. Está el marco del contrato ley está el marco de tener un buen sistema arbitral, esta el marco de los tratados internacionales. Yo creo que es saludable, es bueno, muestra madurez del sistema. Como todo sistema que funciona, va a haber gente que lo va a querer cambiar, pero a mi parecer es un buen sistema, un sistema que hay que mantener, pero a la vez perfeccionar.

Uno de los problemas centrales que genera parte de esta discusión, no es tanto que el arbitraje no sea una buena institución, sino que las partes y, particularmente, el Estado, no se defienden bien. Como el Estado no se defiende bien, después no está de acuerdo con el resultado. Creo el Estado tiene que madurar y desarrollar un sistema que le permita tener una buena defensa, tener un proceso probativo y ser efectivo en el nombramiento de árbitros. El Estado es muy ligero a la hora de elegir a sus árbitros y el resultado de un arbitraje mal conformado es que ese arbitraje no resulte bien, no se defienden adecuadamente, no invierten los suficientes recursos.

Hay una experiencia en la que el Perú es líder internacional. El Perú creó un sistema de alarmas para arbitrajes de inversión internacional. Cuando se activa un arbitraje derivado de un tratado internacional hay una oficina en el Ministerio de Economía que se encarga de manejar este arbitraje que funciona bastante mejor que las procuradurías

públicas cuando se van a defender en los casos de arbitraje local. ¿Por qué funcionan mejor? Porque contratan muy buenos abogados, tienen estrategias de defensa muy bien estructuradas y creo que han conseguido centralizar la discusión y tener un equipo adecuado que actúa oportunamente para resolver y enfrentar el problema. Eso es bastante saludable y muestra un avance importante. Considero que eso mismo debe hacerse con los arbitrajes de locales que involucran problemas de inversión. No es buena idea haber repartido todos los arbitrajes a todas las procuradurías públicas, particularmente cuando estamos frente a un arbitraje regulatorio, debería haber una unidad especial que se encargue de ver el tema, que identifique buenos árbitros y escoja buenos abogados.

Se dice que el Estado pierde muchos arbitrajes. En primer lugar eso no es tan cierto. El Estado también gana muchos arbitrajes y les puedo asegurar que gana más que en el Poder Judicial. Pero también pierde y ello porque muchas veces comete errores durante la ejecución del contrato y durante el desarrollo del arbitraje. A veces comenten errores por el temor a la Contraloría que es un organismo que, tal como ha estado actuando y está orientado, es nefasto, irracional y muy dañino para la gestión del Estado. A veces el Estado no toma decisiones razonables y termina yéndose a arbitraje a pesar de que se sabe que no tiene razón porque tiene miedo de que la Contraloría después les caiga cuando trance o llegue a una solución adecuada con el inversionista 🇵🇪