

# LA UTILIZACIÓN DE LA VÍA ARBITRAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO PERUANO Y LOS INVERSIONISTAS

**Fernando Cantuarias S.\***

*La solución de controversias en los Contratos de inversión suscritos por el Estado peruano es una parte importante de las concesiones otorgadas por éste a privados nacionales e internacionales. El tratamiento de la solución de controversias ha sido regulado en normas nacionales y Tratados Internacionales, los cuales establecen las reglas arbitrales que se deben seguir en procesos de este tipo (incluyendo el tipo de arbitraje).*

*En el presente artículo, se analizan las Cláusulas Arbitrales de diversos Contratos de Concesión suscritos por el Estado peruano con inversionistas, verificando su idoneidad (o, en la mayoría de los casos, cuestionándola) para generar una correcta solución de la controversia que pudiera suscitarse.*

Fernando Cantuarias S.

El artículo 62 del actual texto constitucional establece que “[l]a libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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 sólo 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”.

Por su parte, el último párrafo del artículo 63 de la carta magna habilita la posibilidad de recurrir a la vía arbitral, al disponer que “[e]l 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”.

Así, mientras el artículo 62 del texto constitucional autoriza el acceso a la vía arbitral tratándose de los contratos-leyes “...según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”, el artículo 63 amplía el acceso al arbitraje a cualquier relación contractual “...en la forma en que lo disponga la ley”.

¿A qué ley tenemos que acudir para determinar si alguna controversia entre el Estado y los inversionistas puede ser sometida a arbitraje? Pues, la respuesta dependerá de cada caso en concreto.

En efecto, en lo que se refiere a los Convenios de Estabilidad Jurídica otorgados por el Estado peruano al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757, identificamos las siguientes disposiciones:

- Artículo 16 del Decreto Legislativo 662: “El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú”.

- Artículo 48 del Decreto Legislativo 757: “En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”<sup>1</sup>.

De conformidad con estas disposiciones que observan debidamente las reglas constitucionales, las controversias derivadas de estos Convenios de Estabilidad Jurídica pueden someterse:

- A tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú.

- Al arbitraje nacional e internacional de acuerdo con la legislación vigente.

Así, cabe el sometimiento al CIADI cuando el Convenio de Estabilidad Jurídica sea suscrito con nacionales de Estados miembros de dicho tratado, ya que el Perú ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)<sup>2</sup>, mediante Resolución Legislativa 26210, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 10 de julio de 1993 y en vigencia desde el 8 de septiembre de 1993<sup>3</sup>.

Además, también cabe que estas controversias se sometan al arbitraje nacional e internacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 92 de la Ley General de Arbitraje<sup>4</sup>.

Ahora bien, uno esperaría encontrar que en la mayoría de las veces los Convenios de Estabilidad Jurídica hicieran referencia a pactos arbitrales CIADI. Ello, por cuanto, el arbitraje CIADI es mucho más eficiente y seguro que un arbitraje al que se le aplican las disposiciones arbitrales locales<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 27 del Decreto Supremo 162-92-EF: “Los convenios de estabilidad jurídica deberán consignar cuando menos la siguiente información: (...)”

j) las condiciones para el sometimiento a arbitraje nacional o internacional al amparo de lo prescrito en el artículo 48 del Decreto Legislativo 757”.

<sup>2</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Condiciones para acceder al CIADI: a propósito del Caso Lucchetti”. En: Revista de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004. pp. 31-43.

<sup>3</sup> También cabe el sometimiento de controversias relativas a inversiones ante el CIADI o ante tribunales arbitrales especiales, al amparo de la gran mayoría de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs) celebrados por el Perú, o en caso resulten de aplicación las disposiciones del Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) o del Overseas Private Investment Corporation (OPIC). Sobre este particular, ver: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y el acceso al arbitraje”. En: Revista de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2004, pp. 29-50; AMADO, José Daniel. “Los Instrumentos Internacionales de Garantía a la Inversión Extranjera y la Constitución Política del Perú”. En: THEMIS - Revista de Derecho No. 2, p. 28; CHAUDHRI, Javade, “Public Sector lending to Investment Projects in Less Developed Countries”. En: The International Law Institute, Negotiating Foreign Investments -A Manual for the Third World. (Robert Hellawell y Don Wallace, Editores), 1982, Vol. I, p. V.B.1.15.; y, TORRES PÉREZ, Narghis. “El Rol del Derecho en el desarrollo económico internacional, los Convenios de garantía de inversiones: El Perú frente a MIGA y OPIC”. En: Jurista, Revista Peruana de Derecho No. 2, Instituto de Propuestas Alternativas, Lima, 1991. pp. 70-76.

<sup>4</sup> Sin embargo, debemos de destacar, que la Ley General de Arbitraje solo regula la vía procedimental, ya que todo lo relativo a qué materia puede ser arbitrada (fondo), corresponde su determinación aplicando exclusivamente los Decretos Legislativos 662 y 757.

<sup>5</sup> Ver supra cita 2.

*Es más, al menos uno esperaría toparse con pactos arbitrales que sometieran estos conflictos al arbitraje institucional en otros países, en razón de la necesaria neutralidad.*

Sin embargo, cuando uno analiza la historia de los convenios arbitrales incorporados dentro de los Contratos de Estabilidad Jurídica suscritos al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757, la realidad es completamente distinta.

En efecto, nosotros hemos analizado 414 Convenios de Estabilidad Jurídica celebrados con inversionistas y 178 con empresas receptoras de la inversión otorgados entre 1993-mayo 2004 al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757<sup>6</sup>, destacando lo siguiente:

## **I. CONVENIOS ARBITRALES CELEBRADOS CON INVERSIONISTAS**

### **I.1 Adoptados al amparo del texto constitucional de 1979 y la derogada Ley General de Arbitraje de 1992**

El artículo 136 del derogado texto constitucional de 1979, tenía el siguiente tenor: «Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebra el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales 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 personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú».

Fijémonos que la norma constitucional derogada exigía que en todo contrato celebrado por el Estado peruano o en las concesiones que se otorgaran a extranjeros (sin excepción), constara expresamente el sometimiento a los tribunales de la República, permi-

tiéndose como excepción la posibilidad de someterlos a "...tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú"<sup>7</sup>.

De esta manera, mientras que en el caso de extranjeros la norma constitucional condicionaba el acceso de estos Convenios de Estabilidad Jurídica al arbitraje cuando existieran tribunales arbitrales constituidos por Tratado, como es el caso del CIADI; tratándose de inversionistas nacionales, sí cabía aplicar en toda su extensión el artículo 48 del Decreto Legislativo 757, el cual, a su vez, nos llevaba al artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje (Decreto Ley 25935)<sup>8</sup>.

Sin embargo, durante el año de 1993, cuando todavía regía la carta magna de 1979, el Estado peruano celebró Convenios de Estabilidad Jurídica con 18 inversionistas, todos expresamente reconocidos como extranjeros<sup>9</sup>.

En muchos de estos casos, el texto del convenio arbitral adoptado fue el siguiente: "Novena: Las disputas y/o divergencias que surjan en la interpretación y/o ejecución del presente CONVENIO, serán resueltas mediante arbitraje. Al efecto, LAS PARTES de común acuerdo se comprometen por la presente a someter tales posibles disputas y/o divergencias a arbitraje nacional o internacional, lo que será definido de común acuerdo. Los gastos que ocasione el arbitraje serán sufragados en partes iguales por cada una de LAS PARTES, independientemente de los resultados del mismo para ellas"<sup>10</sup>.

Verifiquemos en primer lugar, que esta cláusula si bien identifica el arbitraje, condiciona su eficacia a un segundo acuerdo, en el que las partes supuestamente se pondrán de acuerdo acerca de si el arbitraje será nacional o internacional.

Pero, además, como hemos identificado, a la fecha de suscripción de este Convenio, de conformidad con el marco constitucional y la propia LGA vigente a esa fecha, sólo cabía el arbitraje con extranjeros ante tribunales arbitrales constituidos mediante Tratado.

<sup>6</sup> Los Convenios de Estabilidad Jurídica se pueden ubicar en la siguiente página web: [www.proinversion.gob.pe/transparencia/docs/convenios\\_pdf/convenios.htm](http://www.proinversion.gob.pe/transparencia/docs/convenios_pdf/convenios.htm).

<sup>7</sup> Es por ello que el artículo 16 del Decreto Legislativo 662, dictado bajo la vigencia de este texto constitucional, dispone lo siguiente: "El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú". Por su parte, el primer párrafo del artículo 85 de la derogada Ley General de Arbitraje de 1992, establecía lo siguiente: "Pueden ser sometidas a arbitraje internacional, libremente y sin requisito de previa autorización, las cuestiones derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con extranjeros, así como las que se refieren a sus bienes, ante tribunales arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales sea parte el Perú".

<sup>8</sup> "Artículo 1.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, extinguiendo respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse.

Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o las obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho".

<sup>9</sup> Ver: [www.copri.gob.pe/transparencia/docs/convenios\\_pdf/d\\_year\\_inv.asp](http://www.copri.gob.pe/transparencia/docs/convenios_pdf/d_year_inv.asp).

<sup>10</sup> Texto del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con Mine.Or S.A., empresa constituida y establecida de conformidad con las leyes vigentes de la República de Francia.

Hacemos la misma observación tratándose del siguiente convenio arbitral que también fue pactado con inversionistas extranjeros en aquella época: "Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación al cumplimiento del presente contrato se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora en que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente contrato, será resuelto mediante arbitraje de derecho. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, mediante la constitución de un tribunal arbitral conformado por tres miembros, de los cuales cada una de las partes nombrará a uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercer árbitro. Los árbitros quedan expresamente facultados para determinar la controversia materia del arbitraje. Si una de las partes no nombra árbitro dentro de los quince días de recibido el requerimiento de la parte o partes que soliciten el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de quince días contados a partir del nombramiento del último árbitro por las partes, los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación del árbitro faltante, será hecha, a petición de cualquiera de las partes por la Cámara de Comercio de Lima. El plazo de duración del proceso arbitral no deberá exceder de 60 días hábiles contados desde la fecha de designación del último árbitro y se regirá por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, aprobada por Decreto Ley 25935 y/o las normas que lo sustituyan o modifiquen. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida"<sup>11</sup>.

En nuestra opinión, si se hubiera presentado algún conflicto durante la vigencia del texto constitucional de 1979, aquellos que celebraron un acuerdo de arbitraje como el de Barrick, hubieran tenido problemas para hacer cumplir el pacto arbitral e, inclusive, hubiera sido posible deducir la anulación de cualquier potencial laudo arbitral, ya que no era una vía autorizada por la Constitución.

En cambio, aquellos que tenían un pacto arbitral aún por negociar (por ejemplo, Mine.Or), hubieran tenido como única posibilidad la de exigir al Estado peruano el sometimiento del conflicto ante el CIADI.

Sin embargo, si hoy surge el conflicto, a partir del actual texto constitucional de 1993 y la Ley General de Arbitraje de 1996, el pacto de arbitraje *ad-hoc* con sede en el Perú (por ejemplo, Barrick) será perfecta-

mente válido y ejecutable<sup>12</sup>. En cambio, en el otro caso (Mine.Or), se requerirá necesariamente un nuevo acuerdo de voluntades entre el Estado y el inversionista acerca del tipo de arbitraje a utilizar.

## **I.2 Adoptados al amparo del texto constitucional de 1993 y la derogada Ley General de Arbitraje de 1992**

Entre 1994-1995, se suscribieron 99 Convenios de Estabilidad Jurídica cuando ya estaba vigente el actual texto constitucional. De éstos, 88 lo fueron con empresas o personas identificadas como extranjeras y 11 con peruanas.

Durante este periodo, 16 convenios arbitrales siguieron el modelo "Mine.Or" y el resto utilizó el modelo "Barrick", generándose los problemas de aplicación que ya hemos identificado en el punto anterior.

## **I.3 Adoptados al amparo del texto constitucional de 1993 y la vigente Ley General de Arbitraje de 1996**

En la inmensa mayoría de los casos, el texto del convenio arbitral pactado es el siguiente:

"Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente contrato se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellas, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente contrato, será resuelta mediante arbitraje de derecho. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, mediante la constitución de un Tribunal Arbitral conformado por tres miembros, de los cuales cada una de las partes nombrará a uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercer árbitro. Los árbitros quedan expresamente facultados para determinar la controversia materia del arbitraje. Si una parte no nombra árbitro dentro de los diez (10) días de recibido el requerimiento de la parte o partes que soliciten el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de diez (10) días, contado a partir del nombramiento del último árbitro por las partes, los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación del árbitro faltante, será hecha, a petición de cualquiera de las partes por la Cámara de Comercio de Lima. El plazo de duración del proceso arbitral no deberá exceder de sesenta (60) días hábiles, contado desde la fecha de designación del último árbitro y se regirá por lo

<sup>11</sup> Texto del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con Barrick South American Holding Ltd., Islas Caymán.

<sup>12</sup> Habría, sin embargo, un tema por tratar que es el siguiente: Según el artículo 92 de la actual Ley General de Arbitraje, "[p]ueden ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país...las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados ...

En todos estos supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una Institución Arbitral de reconocido prestigio ...".

En el caso del ejemplo de Barrick (sociedad extranjera no domiciliada), conforme al artículo citado, este arbitraje debería ser un arbitraje institucional (es decir, ante un Centro de Arbitraje ubicado en Lima). Sin embargo, el pacto arbitral es *ad-hoc*. Volveremos sobre este tema más adelante.

dispuesto en la Ley General de Arbitraje, aprobada por la Ley 26572 y/o las normas que la sustituyan o modifiquen. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida”<sup>13</sup>.

Aquí el principal problema, como ya lo habíamos adelantado<sup>14</sup>, es que tratándose de convenios arbitrales pactados con empresas o personas naturales extranjeras e inclusive nacionales no domiciliadas, el artículo 92 de la actual Ley General de Arbitraje establece que el arbitraje “... deberá realizarse ante una Institución Arbitral de reconocido prestigio ...”, requisito que no se observa en los Convenios de Estabilidad Jurídica que cuentan con un pacto arbitral *ad-hoc* como en el ejemplo de “Endesur”<sup>15</sup>.

¿Tienen entonces algún vicio estos convenios arbitrales celebrados con nacionales o extranjeros no domiciliados? ¿Son válidos aun cuando no se ajustan a lo que prescribe el artículo 92 de la actual Ley General de Arbitraje?

Nosotros creemos que efectivamente existe una evidente contradicción entre las prescripciones arbitrales pactadas en los Convenios de Estabilidad Jurídica que venimos analizando y las disposiciones de la Ley General de Arbitraje. Sin embargo, también entendemos que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución, que establece que los conflictos derivados de los contratos-ley “... sólo se solucionan en la vía arbitral ... según los mecanismos de protección previstos en el contrato ...”<sup>16</sup>.

Así, de conformidad con las prescripciones arbitrales contenidas en estos contratos-ley (Convenios de Estabilidad Jurídica), corresponderá que el arbitraje sea *ad-hoc*.

Sin embargo, ¿será un arbitraje *ad-hoc* nacional o uno internacional? La pregunta no es ociosa, ya que existen algunas diferencias entre las Secciones Primera y Segunda de la Ley General de Arbitraje<sup>17</sup>.

Creemos que la respuesta la encontramos en el texto de los convenios arbitrales contenidos en los contratos-

leyes bajo estudio, que establecen que el arbitraje “... se regirá por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, aprobada por la Ley 26572 y/o las normas que la sustituyan o modifiquen”, lo que implica que, en estos casos, será de plena aplicación el artículo 92 de la LGA peruana que establece que cuando el Estado peruano arbitra en el país con un nacional o extranjero no domiciliado, el arbitraje será uno internacional.

En consecuencia, opinamos que todos los convenios arbitrales *ad-hoc* con sede en Lima, contenidos en los Convenios de Estabilidad Jurídica celebrados con nacionales o extranjeros no domiciliados desde 1993, deberán regirse por la Sección Segunda de la Ley General de Arbitraje, aunque sin que resulte de aplicación el último párrafo del artículo 92.

Ahora bien, fuera de este problema detectado, lo siguiente que queremos llamar la atención es acerca del marco dentro del cual se desarrollarán la gran mayoría de los potenciales conflictos con inversionistas nacionales o extranjeros no domiciliados: Deberán litigar con el Estado peruano ante simples tribunales arbitrales *ad-hoc* en Lima-Perú.

¿Por qué no se ha pactado al menos un arbitraje institucional<sup>18</sup> y mejor fuera del país?<sup>19</sup>. Es más, ¿por qué no se ha utilizado el arbitraje ante el CIADI?

La verdad es que desconocemos por completo la respuesta, cuando además los Modelos de Convenio de Estabilidad Jurídica aplicables a los inversionistas, identifican como uno de los posibles pactos arbitrales, el siguiente: “Novena.- Se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre las partes, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho, sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa 26210”<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Texto del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con Endesa Desarrollo S.A. - ENDESUR, empresa constituida y existente bajo las leyes de España, de 25 de enero de 1996. Identificamos el mismo texto en el Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con COSAPI del Perú (empresa domiciliada en el país) de 25 de enero de 1996.

<sup>14</sup> Ver *supra* cita 12.

<sup>15</sup> Este problema detectado no se presenta, por ejemplo, en el caso del Convenio suscrito con COSAPI del Perú, ya que se identifica a esta empresa como una domiciliada en el país y, por lo tanto, su arbitraje será uno nacional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 de la actual Ley General de Arbitraje, norma que a diferencia de la disposición aplicable al arbitraje internacional, no exige que el arbitraje sea institucional o administrado.

<sup>16</sup> Interpretación realizada en base a una lectura conjunta del primer y segundo párrafos de este artículo constitucional.

<sup>17</sup> Para estos efectos, la principal, en nuestra opinión, está referida a la calidad de árbitro tratándose de un arbitraje de derecho. ¿Necesariamente tendrá que ser abogado como dispone la norma nacional o podrá ser cualquier persona como establece la norma internacional?

<sup>18</sup> Nosotros creemos que tratándose de un tema tan sensible como es una controversia entre el Estado peruano y un inversionista, lo razonable sería que el arbitraje fuera institucional. Además, es en verdad absurdo establecer como plazo para laudar apenas sesenta (60) días hábiles, contados además desde la fecha de designación del último árbitro (ni siquiera de instalación del tribunal arbitral). Lo único que se logrará con pactos arbitrales como éste, es que los tribunales arbitrales no tengan tiempo suficiente para analizar y fallar como un caso así se merece. Es más, es tan absurdo este plazo, que si el arbitraje fuera CIADI, el caso tomaría no menos de un año (sino dos), tiempo prudencial tratándose de temas tan complejos y sensibles como éstos.

<sup>19</sup> El artículo 92 de la LGA peruana permite que el arbitraje internacional se desarrolle dentro o fuera del país.

<sup>20</sup> Los modelos de Convenio de Estabilidad Jurídica se pueden ubicar en la siguiente página web: [www.mef.gob.pe/peruinw/esp/tramites/tramite.htm](http://www.mef.gob.pe/peruinw/esp/tramites/tramite.htm).

En todo caso, existen algunos pocos pactos arbitrales especiales, como los siguientes:

- Doce convenios arbitrales, con el siguiente tenor: "Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente Convenio se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente Convenio, será sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones para ser resuelta mediante arbitraje internacional de derecho sujetándose a las Reglas sobre Conciliación y Arbitraje establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobado por el Perú, mediante Resolución Legislativo 26210. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida"<sup>21</sup>.

- Tres convenios arbitrales, con la siguiente redacción: "Novena.- En caso de divergencia en la interpretación o ejecución de las diversas cláusulas del presente Convenio, las partes contratantes arreglarán sus controversias, conforme a lo establecido en el artículo 10 del Convenio suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sobre Promoción y Protección de Inversiones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 005-94-RE"<sup>22</sup>.

Verifiquemos que en doce de estos quince casos, la controversia es remitida directamente al CIADI, mientras que en los restantes tres casos, también existirá la

obligación de someter el conflicto al arbitraje del CIADI, aunque previamente habrá que seguir el procedimiento dispuesto en el BIT Perú-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte<sup>23</sup>.

## II. CONVENIOS ARBITRALES CELEBRADOS CON EMPRESAS RECEPTORAS DE LA INVERSIÓN

### II.1 Adoptados al amparo del texto constitucional de 1979 y la derogada Ley General de Arbitraje de 1992

Al igual de lo que sucedió en este período en el caso de los convenios arbitrales pactados dentro de los Convenios de Estabilidad Jurídica celebrados con los inversionistas, en seis de los casos el texto del convenio arbitral fue el siguiente: "Octava.- En caso de divergencias en la interpretación o ejecución de las diversas Cláusulas del presente Convenio, las partes contratantes se comprometen a someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, el mismo que será definido de común acuerdo. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida"<sup>24</sup>.

Sin embargo, en este caso no terminamos de entender por qué es que se celebraron convenios arbitrales como el anotado que condiciona su eficacia a un segundo acuerdo acerca de si el arbitraje será nacional o internacional, ya que se tratan de empresas locales receptoras de inversión que bien pudieron arbitrar sus controversias con el Estado peruano al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos con: Perú Energy Holdings, LLC de Estados Unidos de América (1996); Aguaytia Energy, LLC de Estados Unidos de América (1996); Dominion Energy Inc. de Estados Unidos de América (1996); MMC (Bermuda) Limited de Bermuda (1996); Ral Cayman Inc. de Islas Caymán (British West Indies) (1996); Powerfin S.A. de Bélgica (1997); American Life Insurance Company (ALICO) de Estados Unidos de América (1997); Bellsouth Perú BVI Limited de Islas Vírgenes Británicas (1997); Perú Agri Industrial Company Limited de Islas Caymán (1997); Diveo Perú, Inc. de Estados Unidos de América (2001); American Life Insurance Company (ALICO) de Estados Unidos de América (2001); y, Duke Energy International Peru Investment No. 1, Ltd. de Bermuda (2001).

Aquí cabe aclarar que el 7 de mayo de 1968, Inglaterra designó a Bermuda, las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Caymán, las Islas Falkland (Malvinas), Gibraltar, Montserrat, Angilla, Santa Helena y las Islas de Turks y Caicos como sus subdivisiones ante el CIADI.

<sup>22</sup> Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos con: R.T.Z. Metals Limited de Inglaterra (1995); R.T.Z. Overseas Holdings Limited de Inglaterra (1995); y, R.T.Z. Nominees Limited de Inglaterra (1995).

<sup>23</sup> El artículo 10 del BIT dispone lo siguiente: "Arreglo de Controversias entre una Parte Contratante y un Nacional de la otra Parte Contratante: (1) Cualquier controversia jurídica que surgiera entre una Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante en relación con una inversión realizada por estas últimas en el territorio de la primera Parte Contratante, serán, en lo posible, amigablemente dirimidas entre las dos partes involucradas. (2) Si una controversia no pudiera ser dirimida dentro de los tres meses por las partes involucradas a través de un arreglo amigable, la aplicación de recursos locales o de otro modo, cada Parte Contratante acuerda someterla al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante denominado como "el Centro"), para un arreglo mediante conciliación o arbitraje, en el marco del Convenio de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. (...) (4) En caso de desacuerdo sobre si la conciliación o el arbitraje es el procedimiento más apropiado, el nacional o la compañía afectados tendrán el derecho a elegir ...".  
Sobre este particular, leer: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. "Los tratados bilaterales ...", Op. Cit. pp. 33-36.

<sup>24</sup> Texto del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con Minera Quellaveco S.A. (1993).

<sup>25</sup> "Artículo 1.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, extinguiendo respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse. Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o las obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho".

Además, al tratarse de empresas localmente constituidas, no existía marco legal alguno que autorizara someter las controversias al arbitraje internacional (dentro o fuera del país)<sup>26</sup>.

Felizmente los casos son pocos, aunque sus titulares probablemente tendrán más de un dolor de cabeza en caso requieran arbitrar alguna controversia al amparo de este defectuoso pacto arbitral.

Otro tipo de convenio arbitral que fue usado en mayor medida durante este período, lo constituye el pacto siguiente: "Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación al cumplimiento del presente contrato se resuelvan de la manera mas expeditiva posible, se conviene desde ahora en que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente contrato, será resuelto mediante arbitraje de derecho. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, mediante la constitución de un tribunal arbitral conformado por tres miembros, de los cuales cada una de las partes nombrará a uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercer árbitro. Los árbitros quedan expresamente facultados para determinar la controversia materia del arbitraje. Si una de las partes no nombra árbitro dentro de los quince días de recibido el requerimiento de la parte o partes que soliciten el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de quince días contados a partir del nombramiento del último árbitro por las partes, los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación del árbitro faltante, será hecha, a petición de cualquiera de las partes por la Cámara de Comercio de Lima. El plazo de duración del proceso arbitral no deberá exceder de 60 días hábiles contados desde la fecha de designación del último árbitro y se regirá por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, aprobada por Decreto Ley 25935 y/o las normas que lo sustituyan o modifiquen. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida"<sup>27</sup>.

Este pacto arbitral es idéntico al que analizamos a propósito de los Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos con inversionistas, aunque en el caso de las empresas receptoras de la inversión (constituidas en el país y, por tanto, domiciliadas en el Perú) no existía en ese momento (ni existe ahora), problema alguno para su sometimiento a

arbitraje, aunque resultan aplicables las críticas que hemos formulado acerca de la inconveniencia de un arbitraje ad-hoc, como del plazo dispuesto para laudar.

## II.2 Adoptados al amparo del texto constitucional de 1993 y la derogada Ley General de Arbitraje de 1992

Entre 1994-1995, todos los Convenios de Estabilidad Jurídica celebrados tienen un convenio arbitral idéntico al último de los tratados en el numeral precedente, por lo que remitimos al lector al análisis allí realizado.

## II.3. Adoptados al amparo del texto constitucional de 1993 y la vigente Ley General de Arbitraje de 1996

Al igual que en el caso de los Convenios de Estabilidad Jurídica suscritos con inversionistas durante este período (1996 - mayo 2004), el texto del convenio arbitral utilizado en todos los casos es el siguiente: "Novena.- Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente contrato se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente contrato, será resuelta mediante arbitraje de derecho. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, mediante la constitución de un Tribunal Arbitral conformado por tres miembros, de los cuales cada una de las partes nombrará a uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercer árbitro. Los árbitros quedan expresamente facultados para determinar la controversia materia del arbitraje. Si una parte no nombra árbitro dentro de los diez (10) días de recibido el requerimiento de la parte o partes que soliciten el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de diez (10) días, contado a partir del nombramiento del último árbitro por las partes, los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación del árbitro faltante, será hecha, a petición de cualquiera de las partes por la Cámara de Comercio de Lima. El plazo de duración del proceso arbitral no deberá exceder de sesenta (60) días hábiles, contado desde la fecha de designación del último árbitro y se regirá por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, aprobada por la Ley 26572 y/o las normas que la sustituyan o modifiquen. Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida"<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Salvo que se hubiera pensado en la posibilidad de someter el caso a conocimiento del CIADI, al amparo de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 136 de la Constitución derogada ("El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú») y del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI que habilita su acceso cuando una empresa constituida localmente se le reconoce como nacional de otro Estado miembro. Sin embargo, creemos que se trató simplemente de una deficiente redacción del convenio arbitral.

<sup>27</sup> Texto de otro Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con Minera Quellaveco S.A. (1993).

<sup>28</sup> Texto del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito con Generalima S.A. (1996).

Aquí tampoco encontramos problemas en la ejecución de este tipo de pacto arbitral, ya que al tratarse de empresas domiciliadas en el país (constituidas en el Perú), el arbitraje se regulará por lo dispuesto en el artículo 2<sup>29</sup> y demás disposiciones de la Sección Primera -Arbitraje Nacional- de la Ley General de Arbitraje.

Sin embargo, insistimos en lo inconveniente del pacto (arbitraje ad-hoc en vez de institucional) y en lo limitado del plazo para resolver.

Además, nos llama poderosamente la atención que en ningún caso se haya apelado a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 63 de la Constitución vigente<sup>30</sup> y a lo establecido en el numeral 25(2)(b) del Convenio CIADI<sup>31</sup>.

Así, por ejemplo, Telefónica del Perú S.A.A. como empresa receptora de la importante inversión realizada por Telefónica de España, bien pudo pactar con el Estado peruano el sometimiento de cualquier controversia derivada del Convenio de Estabilidad Jurídica ante el CIADI, ya que la empresa constituida en el Perú ha estado, como de hecho está, bajo control extranjero. Sin embargo, el pacto arbitral que celebró, aunque formalmente distinto al resto, también estipula un arbitraje ad-hoc nacional<sup>32</sup>.

De esta manera, muchas sociedades extranjeras que han invertido en el Perú y para lo cual han tenido que constituir una empresa local pero claramente controlada por ellas, han perdido la valiosa oportunidad de someter cualquier potencial conflicto al CIADI<sup>33</sup>.

### III. CONVENIOS ARBITRALES CONTENIDOS EN OTROS CONTRATOS-LEY

Existen pactos arbitrales incorporados en otros contratos-ley, como los contenidos en los contratos celebrados al amparo de la Ley 26221 -Ley Orgánica de Hidrocarburos- que en su artículo 86 dispone que "[l]as diferencias que pudieran surgir en la ejecución, cumplimiento y en general en todo lo relativo a las actividades de Hidrocarburos a que se refiere la presente Ley, podrán ser sometidas al Poder Judicial o al arbitraje nacional o internacional. Acordada la jurisdicción, será de cumplimiento obligatorio. El arbitraje procederá de común acuerdo y deberá constar por escrito. Las partes deberán establecer las condiciones para su realización, debiendo señalar necesariamente la forma de designación de árbitros y las normas según las cuales éstos deben emitir el laudo respectivo. El laudo será inapelable y de cumplimiento obligatorio".

En base a este dispositivo legal, se ha acordado, por ejemplo, la celebración de un arbitraje internacional con sede en Lima si la cuantía en controversia es menor a los dos millones de dólares o con sede en París si el conflicto es mayor o no cuantificable, administrado en ambos casos por la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>34</sup>. También destaca el pacto de sometimiento al CIADI contenido en el contrato de Licencia para la Explotación de Hidrocarburos en el Lote 88 entre Perupetro S.A. y Pluspetrol Perú Corporation, Sucursal del Perú, Hunt

<sup>29</sup> Primer párrafo del artículo 2 (según modificación de la Ley 26742): "Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebre el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí".

<sup>30</sup> "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".

<sup>31</sup> Este dispositivo establece que la persona jurídica inversionista debe tener, en la fecha en que se presta el consentimiento a la jurisdicción del CIADI, la nacionalidad de un Estado parte distinto del que ha recibido la inversión, salvo cuando esa persona jurídica, aun cuando tenga la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, "las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero".

<sup>32</sup> El texto de los convenios arbitrales contenidos en las cláusulas octava de los Convenios de Estabilidad Jurídica otorgados a favor de la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (hoy en ambos casos Telefónica del Perú S.A.), disponen lo siguiente: "Las partes acuerdan que cualquier litigio, controversia, reclamación o, en general, cualquier diferencia que no pueda ser conciliada directamente entre las partes, relativa a la interpretación, ejecución, cumplimiento o validez del presente contrato, será resuelta por arbitraje de derecho de acuerdo con las normas contenidas en la Ley General de Arbitraje, Decreto Ley 25935 o las normas peruanas que las sustituyan o modifiquen.

*Para tal efecto, la parte que considere que existe una diferencia irreconciliable solicitará a la otra la celebración del arbitraje cursándole una comunicación a tal efecto. El Arbitraje se llevará a cabo por tres (03) árbitros, uno designado por la "EMPRESA", otro por el "ESTADO" y el tercero por mutuo acuerdo de los dos árbitros designados por las partes, siendo este último quien presidirá el Tribunal Arbitral. Si los dos árbitros no llegan a un acuerdo sobre el tercer árbitro en el plazo de treinta (30) días a contar desde el momento en que las dos partes hayan designado a su árbitro, o si dentro de un plazo igual contado a partir del requerimiento de una parte para la celebración del arbitraje la otra no procede a la designación del árbitro, la designación del árbitro o árbitros faltantes será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Cámara de Comercio de Lima. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, en idioma castellano.*

*La "EMPRESA" conviene en que el laudo arbitral dictado en cualquier procedimiento arbitral seguido con respecto o en relación a este contrato, podrá ser ejecutado por el "ESTADO" en los Tribunales de cualquier jurisdicción.*

*Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida".*

<sup>33</sup> Es más, en muchos de los casos se pudo aplicar lo dispuesto en los BITs celebrados por el Estado peruano con Malasia, Suecia, Australia, Chile, Países Bajos, Francia y el Reino Unido: "Una compañía que haya sido establecida o constituida bajo la legislación vigente en el territorio de una Parte Contratante y cuyas acciones antes del surgimiento de una controversia sean mayoritariamente propiedad de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante, será considerada, de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del mencionado Convenio, como una compañía de la otra Parte Contratante".

<sup>34</sup> Cláusula 21 del Contrato de Explotación del Gas de Camisea celebrado con Shell Prospecty and Development y Mobil Exploration.



Oil Company of Perú L.L.C., Sucursal del Perú, SK Corporation, Sucursal Peruana e Hidrocarburos Andinos S.A.C.<sup>35</sup>

Otro pacto arbitral incorporado dentro de un contrato-ley, lo encontramos en el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú, celebrado entre el Estado peruano y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (hoy Te-

lefónica del Perú S.A.A.), el cual establece un arbitraje de derecho, bajo las normas del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), pero administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima<sup>36</sup>.

En cambio, en el ámbito minero si bien la legislación vigente permite la celebración de contratos-ley denominados "Contratos de garantía y medidas de

<sup>35</sup> "CLAUSULA VIGESIMO PRIMERA.- SOMETIMIENTO A LA LEY PERUANA Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS

(...)

#### 21.2 Convenio Arbitral

Cualquier litigio, controversias, diferencia o reclamo resultante del Contrato o relativo al Contrato, tales como su interpretación, cumplimiento, resolución, terminación, eficacia o validez, que surja entre el Contratista y PERUPETRO y que no pueda ser resuelto de mutuo acuerdo entre las Partes deberá ser resuelto por medio de arbitraje internacional de derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 26221.

El arbitraje se llevará a cabo en idioma castellano y de acuerdo a lo pactado en la presente cláusula. El arbitraje será administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas sobre Inversiones, en adelante CIADI. En todo lo no previsto en esta cláusula, el arbitraje se organizará y desarrollará de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del CIADI, vigente en la Fecha de Suscripción. Supletoriamente a esta cláusula y al reglamento referido, serán aplicables las reglas contenidas en la Ley 26572, Ley General de Arbitraje o cualquiera que la sustituya.

Los árbitros serán tres (3) y su designación se realizará por cada Parte y el tercero por los árbitros designados por las Partes. Si transcurridos treinta (30) días desde la designación de los árbitros por las Partes, éstos no hubieran designado al tercero, cualquiera de las Partes podrá recurrir al CIADI para que ésta lo nombre.

Para la solución de fondo del litigio, controversia, diferencia o reclamo sometido a arbitraje, los árbitros aplicarán el derecho interno de la República del Perú.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú. Si la cuantía del asunto que se somete a arbitraje excediera de veinte millones y 00/100 Dólares (US\$ 20'000,000.00) y una de las Partes considerara otra ciudad y país como el lugar para llevarse a cabo el arbitraje, bastará con que lo exprese así y proponga una nueva ciudad y país como lugar para su realización en el primer escrito que dirija a la otra Parte notificándole su decisión de recurrir al arbitraje. Si transcurridos quince (15) días a partir de la notificación anterior las Partes no han llegado a un acuerdo sobre el nuevo lugar para el desarrollo del arbitraje, el CIADI fijará otro lugar.

En caso de discrepancia sobre la cuantía del asunto, o si la cuantía no es determinable, corresponderá al CIADI establecer el lugar de arbitraje teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo precedente.

Las Partes renuncian a los recursos de apelación, casación o cualquier otro recurso impugnatorio contra el laudo arbitral, el cual es final e inapelable. Las Partes declaran que el laudo arbitral es firme, de obligatorio y definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata.

Las Partes se obligan a realizar todos aquellos actos que sean necesarios para el desarrollo del proceso arbitral hasta su culminación y ejecución.

El plazo máximo de duración del proceso arbitral será de ciento ochenta (180) días útiles que comenzarán a computarse a partir de la fecha del acto de instalación del tribunal arbitral u otro acto análogo. En caso de requerirse una extensión del plazo, se aplicará lo establecido en el Reglamento de Arbitraje del CIADI.

En caso que el laudo arbitral se emita fuera del Perú, su reconocimiento y ejecución se regirán por el "Convenio Sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958" (Convención de Nueva York) o el "Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Panamá el 30 de enero de 1975" (Convenio de Panamá) o las disposiciones contenidas sobre esta materia en la Ley 26572, Ley General de Arbitraje o en la norma que la sustituya, según lo determine la Parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo.

(...)

#### 21.4. Las Partes renuncian a cualquier reclamación diplomática". (el subrayado es nuestro)

Hemos destacado algunos pasajes de este pacto arbitral, a efectos de demostrar con qué ligereza se redactan a veces los convenios arbitrales.

En efecto, en primer lugar, jamás una ley arbitral puede aplicarse "supletoriamente" a un arbitraje CIADI, ya que el sistema de arbitraje del CIADI es autónomo. Tampoco se requiere pactar la renuncia a recursos impugnatorios contra el laudo arbitral CIADI, ya que este Tratado cuenta con sus propias y exclusivas vías de impugnación y jamás se ejecutará el laudo al amparo de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, por cuanto el Convenio CIADI establece sus propias disposiciones aplicables.

En lo que se refiere a la sede donde se llevará a cabo el arbitraje, este pacto arbitral desconoce lo dispuesto en los artículos 62 y 63 del Convenio CIADI ("Artículo 62.- Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro [Washington D.C.]; Artículo 63.- Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse: (a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o (b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General"). En todo caso, como el Convenio CIADI es un Tratado, obviamente se superpone a este defectuoso pacto.

Por último, y en cuanto al plazo pactado para laudar (180 días útiles desde que se instaló el tribunal arbitral), baste indicar que cualquiera que conoce algo de la práctica arbitral ante el CIADI sabe que un arbitraje en el mejor de los casos no toma menos de un año, por lo que el plazo acordado es realmente absurdo. Nuevamente para suerte de este arbitraje, las reglas arbitrales contenidas en este Tratado le otorgan al Tribunal Arbitral la facultad de establecer, como corresponderá de ser necesario, plazos mayores.

<sup>36</sup> Cláusula 3 de la Parte III del Contrato de Concesión:

"Sección 3.01: Sometimiento

Cualquier controversia que surja de o en conexión con este CONTRATO, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso estas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

(...)

Sección 3.02: Reglas, domicilio, idioma y ley del arbitraje

El arbitraje se llevará a cabo de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima y será conducido en idioma castellano.

La ley del arbitraje es la ley peruana.

(...)

promoción a la inversión”, destaca nitidamente el hecho que ninguno de estos contratos cuenta con un pacto arbitral, manteniéndose en cambio la sumisión a los jueces y tribunales de la ciudad de Lima<sup>37</sup>.

¿Por qué esta situación? ¿Por qué en la minería que es una de las áreas de la economía peruana que recibe más inversión no se someten los contratos-ley al arbitraje?

La respuesta más sencilla es porque simplemente la ley minera no menciona ni por asomo el arbitraje. Sin embargo, creemos que la verdadera respuesta es un poco más compleja, por lo que trataremos de abordar este problema más adelante<sup>38</sup>.

#### IV. CONVENIOS ARBITRALES SUSCRITOS FUERA DEL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS-LEY

Fuera de los casos tratados en el punto III, nosotros no hemos identificado la existencia de otros contratos-

ley<sup>39</sup>, sin perjuicio de lo cual entendemos que el Estado peruano puede someter sus conflictos sobre inversiones al arbitraje, pero esta vez al amparo del último párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993: “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”.

Así, de las varias normas existentes, destacamos aquella dispuesta en el último párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM -Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos- que autoriza el acceso al arbitraje de las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones que se otorgan<sup>40</sup>.

##### Sección 3.04: Legislación aplicable

La solución de las materias controvertidas se debe efectuar de acuerdo con la legislación peruana.

Los árbitros pueden suplir, a su discreción, cualquier diferencia o laguna existente en la legislación o en el presente contrato, mediante la aplicación de principios generales del derecho...”.

El mismo pacto arbitral se ubica en la cláusula 21 del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Portador y Servicio Telefónico Local en las Ciudades de Lima y Callao, celebrado entre el Estado peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (hoy Telefónica del Perú S.A.A.). Aquí cabe la pena agregar, que el Decreto Supremo 013-93-TCC -Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, autoriza en su artículo 80 a que las controversias que surjan entre las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala, con la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, que incluye los aspectos técnicos y las condiciones económicas, con las tarifas entre empresas y con el aspecto técnico entre las empresas, puedan someterse de común acuerdo al arbitraje.

El artículo 50 del Decreto Supremo 008-2001-PCM, aclara que el OSIPTEL podrá administrar “controversias ... de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras” y que tratándose de las empresas operadoras, éstas “... podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables. Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL. Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa; siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de opción por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a OSIPTEL, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de OSIPTEL.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las empresas operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a OSIPTEL o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siéndole aplicable la Ley 26572 -Ley General de Arbitraje- y normas complementarias y modificatorias”.

Por su parte, mediante Resolución 02-2001-CAO/OSIPTEL, se ha aprobado la siguiente Cláusula Arbitral modelo: “Las controversias que pudieran derivarse de este contrato, incluidas las que se refieran a su resolución, nulidad o invalidez, serán resueltas mediante laudo definitivo, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de OSIPTEL, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional”.

El Reglamento de Arbitraje de OSIPTEL ha sido aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 11-99-CD/OSIPTEL.

Sin embargo, al parecer la poca claridad en las reglas de juego por la falta de precisión acerca de lo que puede someterse a arbitraje, ha hecho que esta vía no sea utilizada hasta el momento.

<sup>37</sup> Pueden ubicarse 22 de estos contratos en: [www.minem.gob.pe/proyecto\\_web/mineria/inversiones/contratos.asp](http://www.minem.gob.pe/proyecto_web/mineria/inversiones/contratos.asp). Sobre las condiciones para acceder a estos contratos-ley, así como sus beneficios, leer a: ÁVILA CABRERA, Víctor. “La Protección a las Inversiones Privadas en el Perú” (artículo inédito). pp. 13-16.

<sup>38</sup> Ver infra acápite V.

<sup>39</sup> Esto no significa que no puedan crearse más regímenes de contratos-ley en el futuro, ya que el Tribunal Constitucional peruano (sentencia de 3 de octubre de 2003, en el Expediente 005-2003-AI/TC -Acción de Inconstitucionalidad iniciada por 64 congresistas de la República contra diversas leyes que permitieron al Estado peruano suscribir con la empresa Telefónica del Perú S.A. sendos contratos-ley) ha reconocido que la actual constitución habilita que se puedan garantizar todas las cláusulas de los contratos que celebre el Estado peruano.

<sup>40</sup> “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 ...”. DEL BUSTO, Juan. “Concesiones de Obras de Infraestructura y Servicios Públicos”. En: Guía Legal de los Negocios - Invirtiendo en el Perú, Tercera Edición, (Beatriz Boza, Editora), Promperú, Lima, 1998. p. 233. “Las controversias que se deriven de la interpretación o ejecución de los contratos de concesión, que no sean resueltas por las partes directamente, se someterán a arbitraje de derecho con arreglo a la legislación aplicable y a la cláusula de arbitraje estipulada en el contrato”.

El segundo párrafo del artículo 17 autoriza a que los “... contratos de concesión ... [puedan] 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 33 y 34 del presente Decreto Legislativo” y, sólo en ese caso, “[d]ichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato con fuerza de ley celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de éste último”. Nos encontramos frente a lo que la doctrina define como “garantía soberana”, supuesto que únicamente puede ser considerado, para estos fines, como contrato-ley. ÁVILA CABRERA, Víctor. Op. Cit. p. 24. “Parece frívolo suscribir un contrato para ‘asegurar’ el cumplimiento de otro contrato. La razón es que dicho ‘contrato-garantía’ es uno de carácter privado sujeto al Código Civil mientras que el Contrato de Concesión materia de la Ley de Concesiones es uno administrativo. Así el contrato de garantía está sólo sujeto a la voluntad de ambas partes”.

En base a este dispositivo legal, se han suscrito un conjunto variopinto e inorgánico de convenios arbitrales, como los siguientes:

- Convenio arbitral contenido en un contrato de concesión de una línea de transmisión eléctrica.

“Cláusula 17. Solución de Controversias. 17.1. Todos los conflictos y controversias que pudieran surgir entre las Partes sobre la interpretación, ejecución, cumplimiento, régimen tarifario y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o terminación del Contrato, deberán ser resueltos en trato directo entre las Partes dentro de un plazo de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o controversia (el “Plazo de Trato Directo”). Las partes establecerán un procedimiento para llevar a efecto el Trato Directo. (...)”

17.4. Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

(i) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea superior a Un Millón de Dólares (US\$ 1'000,000) o su equivalente en moneda nacional, o que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero, o aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas exclusiva y definitivamente de acuerdo a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (las “Reglas”) por tres árbitros designados de acuerdo a las Reglas.

El lugar donde se llevará a cabo el arbitraje será la ciudad de Washington, Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América, y el idioma que se utilizará será el castellano.

Todos los documentos presentados en el arbitraje estarán en castellano o acompañados con una traducción completa al castellano. Las pruebas testimoniales podrán ser actuadas en idioma distinto al castellano, siempre que la Parte que las ofrezca haga las coordinaciones necesarias para su traducción simultánea al castellano. El costo de cualquier traducción o interpretación al castellano recaerá en su totalidad en la Parte en cuyo nombre se presenta el documento o se ofrece la prueba en idioma distinto al castellano, y no estará incluido en los costos de arbitraje que sean prorrateados de conformidad con las Reglas.

Para coadyuvar, en la medida que sea necesario, en la constitución y reconstitución del tribunal arbitral que intervenga en cualquier arbitraje que se lleve a cabo en virtud de la presente Cláusula 17.4(i), se aplicarán los mecanismos establecidos por las Reglas.

Las Partes acuerdan que, de conformidad con las Leyes Aplicables, las cortes del Cercado de Lima, Perú serán competentes para ordenar cualquier medida cautelar en respaldo de cualquier arbitraje, o alguna medida en conexión con, o para el propósito de, hacer cumplir el laudo arbitral que fuera expedido.

(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Un Millón de Dólares (US\$ 1'000,000), o su equivalente en moneda nacional, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria la Ley 26572, Ley General de Arbitraje.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará a un árbitro y el tercero será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal Arbitral. Si los dos árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima a pedido de cualquiera de las Partes.

Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días contados a partir del pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima a pedido de la otra Parte.

17.5. Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. En consecuencia, las Partes renuncian a los recursos de apelación, casación o cualquier otro recurso impugnatorio contra el laudo arbitral declarando que éste será obligatorio, de definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata. (...)

17.7. Todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia... No Técnica, incluyendo los honorarios... de los Árbitros que participen en la resolución de una Controversia, serán cubiertos por la Parte que no haya obtenido el veredicto a su favor. Se excluye de lo dispuesto en esta cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros

que resulten imputables a cada Parte de manera individual...”<sup>41</sup>.

- Convenio arbitral contenido en el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez<sup>42</sup>.

“Cláusula 17. Solución de Controversias. 17.1. Negociación. Cualquier conflicto o controversia que surja entre las Partes con relación a la interpretación, ejecución, cumplimiento o cualquier otro aspecto relacionado a la existencia, validez o nulidad del presente Contrato, será negociado directamente entre éstos o en forma asistida por OSITRAN dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario contado a partir de la notificación de la controversia hecha por escrito de una Parte a la otra o de la primera notificación de las Partes en caso de conciliación. (...)

17.4. Controversias No Técnicas de Mayor Valor. Las Controversias No Técnicas en las que (a) el monto involucrado sea superior a Cinco Millones de Dólares (US\$5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles; o (b) que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero; o (c) aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa 26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el Concedente en representación del Estado Peruano declara que al Concesionario se le considere como “nacional de otro Estado Contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados,

y el Concesionario acepta que se le considere como tal, para este efecto.

El arbitraje tendrá lugar en la Ciudad de Washington, D.C., o en la Ciudad de Lima, a elección del Concesionario, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente en el plazo que establezca el tribunal arbitral. El tribunal arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros previamente designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como presidente del tribunal arbitral. Si los dos (2) árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Útiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, dicho árbitro será designado por el CIADI a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro de un plazo de diez (10) Días Útiles contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por el CIADI a pedido de la otra Parte.

Si por cualquier razón el CIADI decidiera no ser competente o declinara asumir el arbitraje promovido en virtud a la presente Cláusula, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas que puedan tener, en las que (a) el monto involucrado sea superior a Cinco Millones de Dólares (US\$ 5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles; (b) que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero; o (c) aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida; a la Cámara de Comercio Internacional con sede en París.

17.5. Controversias No-Técnicas de Menor Valor. Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Cinco Millones de Dólares (US\$ 5'000,000) o su equivalente en Nuevos Soles, serán resueltas mediante arbitraje de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformi-

<sup>41</sup> Lo primero que tenemos que decir sobre esta cláusula arbitral, es que como no conocemos al Concesionario, asumimos que es una persona jurídica no domiciliada, ya que sólo en ese caso el artículo 92 de la Ley General de Arbitraje (norma aplicable conforme al artículo 63 de la Constitución y 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM), autoriza a que el Estado peruano pueda arbitrar fuera del país, como se ha pactado en este caso (Washington D.C.).

En segundo lugar, sorprende sobremanera que si el arbitraje (por la cuantía) se desarrolla bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en Washington D.C., el plazo para laudar será determinado de acuerdo a sus reglamentos, mientras que si el arbitraje se lleva a cabo en Lima bajo la administración del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el plazo para laudar será de apenas sesenta días contados desde la instalación del tribunal arbitral. La verdad es que no comprendemos la razonabilidad ni la lógica de este tipo de pacto. Sin embargo, para suerte de cualquier potencial arbitraje que se desarrolle a partir del año 2004, la Primera Disposición Complementaria y Final del nuevo Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, autoriza a su órgano administrativo (el Consejo Superior de Arbitraje) a prorrogar de oficio cualquier plazo que las partes hayan modificado a su Reglamento (como se estipula en este convenio arbitral), “... si estima que ello es necesario para ... permitir al Órgano Arbitral hacer frente a sus responsabilidades según el presente Reglamento”.

<sup>42</sup> Parte pertinente de la cláusula 17 del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, entre Estado Peruano y el Consorcio Flughafen Frankfurt-Mein Aktiengesellschaft, Bechtel Enterprises International, Ltd., y Cosapi S.A. de agosto de 2000, considerando el Addendum 4 de 30 de junio de 2003.

dad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria la Ley 26752, Ley General de Arbitraje.

El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, y el laudo arbitral se emitirá en un plazo de sesenta (60) Días Útiles contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral se instale. El tribunal arbitral estará formado por tres (3) miembros. Cada Parte designará a un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez será miembro del tribunal arbitral. Si los dos árbitros no eligen al tercer árbitro dentro de los diez (10) Días Útiles siguientes a la designación del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a solicitud de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no cumple con elegir a su respectivo árbitro dentro de los diez (10) días calendario de habersele solicitado, se entenderá que ha renunciado a su derecho de hacerlo y el árbitro será designado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a solicitud de la otra Parte.

Las partes acuerdan que la decisión tomada por el tribunal arbitral será final e inapelable. Las Partes renuncian al derecho de apelación u oposición, en cuanto sea permitido por las Leyes Aplicables (salvo cualquier apelación hecha al mismo Tribunal con propósito aclaratorio) a los jueces y tribunales del Perú o del extranjero<sup>43</sup>.

- Convenio arbitral contenido en el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro<sup>44</sup>.

“Cláusula Vigésimo Segunda: Solución de Controversias. 22.1. Negociación. Cualquier controversia surgida con relación a la interpretación, ejecución, cumplimiento o cualquier aspecto relacionado a la existencia, validez o eficacia de este Contrato, será resuelta preferentemente mediante negociación directa y amistosa entre las Partes. La negociación entre las Partes podrá ser directa o asistida por el Centro de Con-

ciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, quien designará a un conciliador a dicho efecto. El período de negociación no podrá ser declarado fallido si no transcurren, al menos, quince días contados desde la notificación escrita de la controversia hecha por escrito de una de las Partes. (...)

22.4. Controversia No Técnica. Las Controversias No Técnicas serán resueltas mediante arbitraje nacional de derecho de tres árbitros. El Concedente deberá designar a uno de los árbitros y el Concesionario designará a otro; en caso alguno de ellos no cumpliera con designar a su árbitro dentro de los quince días siguientes a la fecha en que la otra Parte le comunicara la necesidad de recurrir a un arbitraje, incluyendo la designación de su árbitro, la Parte solicitante deberá enviar una nueva comunicación reiterando a la otra el pedido de designación de su árbitro, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que reciba esta segunda comunicación. Si transcurriera este último plazo sin que se produjese la designación del segundo árbitro, éste será designado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a quien por este acto las Partes facultan expresa e irrevocablemente para ello.

Los árbitros designados conforme a lo previsto en el párrafo anterior, procederán a designar el tercer árbitro quien, además, presidirá el Tribunal Arbitral. En caso los árbitros designados por las Partes no logran acuerdo respecto del tercer árbitro, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que cualquiera de ellos comunicó por escrito al otro la necesidad de proceder a la designación del tercer árbitro, este último será designado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

El arbitraje se regulará por el Reglamento del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, bajo cuya administración se desarrollará. El arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima y en castellano. Las partes acuerdan que la decisión tomada por el Tribunal Arbitral será final e inapelable, renunciando al derecho de apelación u oposición, en cuanto sea permitido por las Leyes Aplicables.

<sup>43</sup> Se trata de un convenio arbitral mucho mejor elaborado que muchos otros celebrados por el Estado peruano. La sumisión al CIADI, gracias al tratamiento del consorcio firmante del contrato de concesión como nacional de otro Estado contratante, es correcta.

Sin embargo, nos preocupa el pacto arbitral subordinado de sometimiento al arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), ya que, como hemos indicado en anterior oportunidad, el artículo 63 de la Constitución y el numeral 17 del Decreto Supremo 059-96-PCM, obligan a la aplicación de la Ley General de Arbitraje, la que condiciona el acceso del Estado peruano al arbitraje internacional cuando la otra parte sea un nacional o extranjero no domiciliado, que no sería aquí el caso, ya que en el convenio arbitral consta que se le ha dado a la empresa concesionaria, para efectos del CIADI, la calidad de nacional de otro Estado, lo que significa que ha sido constituida y domicilia en el Perú.

Aquí creemos que ha existido una equivocación al momento de pactar el arbitraje, ya que una cosa es que esta empresa tenga la calidad de “no nacional” para acceder al CIADI, y otra muy distinta es que tenga la calidad de “no domiciliada”, para acceder a un arbitraje internacional al amparo de lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje peruana.

Sin embargo, con esto no queremos decir que el pacto de sometimiento a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) no sea razonable o aconsejable (porque lo es), sino simplemente que en nuestra opinión no existiría el marco legal para hacerlo.

<sup>44</sup> Parte pertinente de la cláusula 22 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro, celebrado por el Estado peruano con la firma Ferrovias Central Andina S.A. El mismo pacto arbitral se ubica en la cláusula 22 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y del Ferrocarril Sur-Oriente, suscrito entre el Estado peruano y la empresa Ferrocarril Transandino S.A.

En caso las Leyes Aplicables establecieran algún recurso irrenunciable cuya utilización permitiera la posibilidad de discutir judicialmente el laudo, la parte que deseara hacerlo deberá, como requisito para la admisión y procedencia de dicha reclamación, presentar conjuntamente con su demanda o primer recurso judicial una carta fianza bancaria solidaria, indivisible, irrevocable y de realización automática, extendida a favor de la otra parte, por un banco local o internacional que desarrolle actividades en el medio, incluido dentro del concepto Acreedor Permitido. La carta fianza bancaria deberá emitirse por la suma de US\$ 250,000.00 (Doscientos Cincuenta Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) y deberá mantenerse vigente durante todo el proceso de impugnación del laudo arbitral y será ejecutada a favor de la otra parte, en caso fuera rechazada o desestimada la demanda del impugnante<sup>45</sup>.

- Convenio arbitral contenido en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani<sup>46</sup>.

"17. Resolución de Controversias. 17.1. Negociación. Cualquier conflicto o controversia que surja entre las Partes, o entre el Concedente y un Inversionista Estratégico o el Operador Principal con relación a la interpretación, ejecución, cumplimiento o cualquier otro aspecto relacionado a la existencia, validez o nulidad del presente Contrato, será negociado directamente o en forma asistida ante un centro de conciliación entre las Partes o la Parte y el Inversionista Estratégico dentro de un plazo de treinta (30) días calendario contados a partir de la notificación de la controversia, hecha por escrito de una parte a la otra. (...)

17.4. Controversias No- Técnicas. Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea superior a Un Millón de Dólares (US\$ 1'000,000) o su equivalente en moneda nacional, o que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero, o aquellas en las que las partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa 26210,

a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Washington, D.C., o en la Ciudad de Lima, a elección del Concesionario, Operador Principal o Inversionista Estratégico involucrado y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los sesenta (60) días útiles siguientes a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada parte designará a un árbitro y el tercero será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal Arbitral. Si los dos árbitros no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro, el tercer árbitro será designado por el CIADI a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase al árbitro que le corresponde dentro de un plazo de diez (10) días calendario contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento, se considerará que hace renuncia a su derecho y el árbitro será designado por el CIADI a pedido de la otra parte.

Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Un Millón de Dólares (US\$ 1'000,000) o su equivalente en moneda nacional, serán resueltas mediante arbitraje de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria la Ley 26752, Ley General de Arbitraje.

El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, y el laudo arbitral se emitirá en un plazo de sesenta (60) días útiles contados a partir de la fecha en que el Tribunal Arbitral se instale. El Tribunal Arbitral estará formado por tres (3) miembros. Cada Parte designará a un árbitro, y el tercer árbitro será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez será miembro del Tribunal Arbitral. Si los dos árbitros no eligen al tercer árbitro dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a la designación del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima, a solicitud de cualquiera de las partes. Si una de las partes no cumple con elegir a su

<sup>45</sup> El pacto arbitral remite la controversia a la administración del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Por tanto, hubiera bastado para estos efectos copiar la cláusula modelo propuesta por esta institución (aunque tal vez aclarando el número de los árbitros y el tipo de arbitraje - de derecho). Es más, la exigencia contractual acerca de la fianza bancaria como requisito para poder interponer el recurso de anulación del laudo arbitral ante el poder judicial, se encuentra expresamente dispuesto en el artículo 68 del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro al que se han sometido las partes, el que además es mucho más exigente que el pactado por las partes, ya que requiere que la fianza sea "... por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo".

<sup>46</sup> Parte pertinente de la Cláusula 17 del Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Matarani, celebrado por el Estado peruano con la firma Terminal Internacional del Sur S.A.A.

respectivo árbitro dentro de los diez (10) días calendario de haberse solicitado, se entenderá que ha renunciado a su derecho de hacerlo y el árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima, a solicitud de la otra parte.

Las partes acuerdan que la decisión tomada por el Tribunal Arbitral será final e inapelable. Las partes renuncian al derecho de apelación u oposición, en cuanto sea permitido por las Leyes Aplicables (salvo cualquier apelación hecha al mismo Tribunal con propósito aclaratorio) a los jueces y tribunales del Perú o del extranjero<sup>47</sup>.

- Convenio arbitral contenido en un Contrato de Opción de Transferencia de Concesión Minera.

“Cláusula Décima: Arbitraje. Cualquier litigio, controversia, desavenencia, diferencia o reclamación que surja entre las partes relativos a la interpretación, ejecución o validez derivado o relacionado con el presente contrato que no pueda ser resuelto de mutuo acuerdo entre ellas, será sometido a arbitraje de derecho.

Los árbitros serán tres (3), de los cuales cada una de las partes designará a uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. Si una parte no nombra al árbitro que le corresponde dentro de los quince (15) días naturales de recibido el requerimiento escrito de la parte que solicita el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de quince (15) días naturales contados a partir del nombramiento del segundo árbitro, los dos árbitros

no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro, la designación de cualquiera de dicho árbitros será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el Instituto de Derecho de Minería y Petróleo.

En caso que por cualquier circunstancia deba designarse un árbitro sustituto, éste será designado siguiendo el mismo procedimiento señalado precedentemente para la designación del árbitro que se sustituye.

El arbitraje será administrado por el Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo y las partes se someten a las normas del Reglamento Arbitral de dicho Instituto, el cual se aplicará en todo aquello que no se oponga a lo convenido en la presente cláusula.

El arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima.

Las partes renuncian a la interposición del recurso de apelación del laudo arbitral que se emita.

Para cualquier intervención de los jueces y tribunales ordinarios dentro de la mecánica arbitral, las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los jueces y tribunales de la ciudad de Lima, renunciando al fuero de sus domicilios<sup>48</sup>.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Podríamos continuar con la cita de más cláusulas arbitrales<sup>49</sup>, aunque creemos que las transcritas son suficientes como para poder plantear algunas necesarias reflexiones:

<sup>47</sup> Respecto al pacto arbitral CIADI, llamamos la atención de que aquí estamos ante la presencia de una sociedad constituida en el Perú (así se declara expresamente en el Contrato de Concesión), y, a diferencia del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, no hay referencia alguna al tratamiento del concesionario como nacional de otro Estado contratante como exige el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

En el caso del convenio arbitral contenido en la Cláusula 15 del Contrato de Concesión del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, suscrito entre el Estado peruano y la empresa Norvial S.A., aunque es algo distinto al que estamos analizando, tampoco hace referencia en el pacto CIADI a la estipulación a la que hemos hecho referencia en el párrafo anterior (al mismo tiempo, comete la torpeza de fijar como plazo para laudar sesenta días desde la instalación del tribunal arbitral).

Como hemos explicado, el Convenio CIADI permite que aun cuando la persona jurídica se haya constituido en el Estado receptor de la inversión, si está bajo el “control extranjero” y las partes expresamente acuerdan tratar a esta empresa como una entidad extranjera, entonces le podrá alcanzar la jurisdicción del CIADI. Se requieren pues dos condiciones: “control extranjero” y un pacto.

Sobre el pacto, la jurisprudencia del CIADI ha sido bastante flexible, ya que en varios casos se ha considerado que el solo pacto de sometimiento al CIADI es indicativo suficiente de la voluntad de las partes de tratar implícitamente a la empresa como “extranjera”. Lo mismo puede decirse respecto al requisito del “control extranjero”, siempre y cuando la empresa constituida localmente sea de propiedad absoluta de inversionistas extranjeros.

En consecuencia, es probable que las empresas Norvial S.A. y Terminal Internacional del Sur S.A.A. no tengan problema en someter un potencial conflicto ante el CIADI, aunque lo óptimo hubiera sido la existencia de un pacto expreso sobre este particular (salvo que resultara de aplicación algún BIT suscrito por el Perú que tenga incorporado este pacto).

Por último, en lo que se refiere al pacto arbitral ante el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, nuestro comentario es similar al contenido en el primer párrafo de la cita 45.

<sup>48</sup> Verifiquemos que nuevamente nos encontramos ante un arbitraje nacional, de derecho e institucional. En ese escenario, ¿no hubiera sido mejor simplemente copiar el modelo de cláusula arbitral que propone este Centro?

<sup>49</sup> También podemos identificar convenios arbitrales que someten las controversias a arbitrajes *ad-hoc*, como las contenidas en muchos de los contratos de privatización de tierras, cuyo texto es el siguiente: “16. Solución de Controversias

16.1. Toda controversia o discrepancia respecto a la ejecución, interpretación o cumplimiento del presente Contrato que no pueda ser resuelta por las partes después de su negociación en buena fe, por un período no mayor de treinta (30) días calendario, será llevada a un arbitraje de derecho con la notificación escrita por una parte a la otra para acogerse a la presente Cláusula. Cada parte tiene la obligación de nombrar a su árbitro dentro de los diez (10) días calendarios siguientes de recibida la notificación de la otra parte. En caso que cualquiera de las partes no designe a su árbitro, el nombramiento de los árbitros recaerá en la Cámara de Comercio de Lima con arreglo al reglamento aprobado por dicha Cámara para el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

16.2. Luego del nombramiento de los dos árbitros, estos deberán designar a un tercer árbitro, el cual será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso no se pongan de acuerdo, en un plazo de quince (15) días calendario con respecto al nombramiento del tercer árbitro, éste será nombrado por la Cámara de Comercio de Lima. El Tribunal Arbitral tendrá un plazo de sesenta (60) días calendario desde su instalación para llegar a un acuerdo del laudo arbitral, el cual será inapelable y definitivo.

En primer lugar, la legislación peruana que regula las reglas referidas a las inversiones se encuentra compuesta por decenas de leyes y normas de menor jerarquía que hacen difícil su conocimiento y correcta aplicación. Aquí se requiere pues de una reingeniería legal que articule debidamente los requisitos, condiciones y seguridades aplicables a todos los inversionistas.

Pero, además, se necesita con urgencia una normatividad que regule con precisión los requisitos y condiciones para la intervención del Estado peruano en arbitrajes relativos a inversiones.

En efecto, en esta materia, como lo hemos venido afirmando, existen dos disposiciones constitucionales relevantes:

- "Artículo 62 (parte pertinente): Los conflictos derivados de la relación contractual sólo 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".

- Último párrafo del artículo 63: "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".

Nosotros entendemos que de conformidad con este marco constitucional, los contratos-ley que se celebren pueden establecer las reglas a las que se sujetará algún potencial arbitraje: desde arbitrajes en el Perú (sean ad-hoc o institucionales), pasando por arbitrajes en el extranjero (que deberían ser, por seguridad, institucionales), hasta la promoción de arbitrajes ante el CIADI (e inclusive otros arbitrajes supra-nacionales al amparo de convenios internacionales como el MIGA, el OPIC o los BITS).

Pero, cuando estemos ante simples relaciones contractuales (por ejemplo, muchos de los contratos de concesión), la Constitución habilita el acceso al arbitraje

condicionado a que exista un Tratado (por ejemplo, CIADI, BITS, MIGA u OPIC) o a que el arbitraje se sujete "...a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

Y aquí la única ley que regula los tipos de arbitraje (nacional, internacional y extranjero) y las condiciones en las que el Estado peruano participará en ellos es la Ley General de Arbitraje, la que como todos sabemos, ha sido dictada para regular el arbitraje en materia comercial y no de inversiones.

Por eso es que justamente los artículos 2 y 92 de la Ley General de Arbitraje, entienden que cuando ambas partes domicilian en el país (en este caso el Estado peruano y la contraparte privada), el arbitraje deberá realizarse en el país aplicando para el efecto la Sección Primera -Arbitraje Nacional- de esa ley. En cambio, cuando exista diversidad de domicilios (obviamente el Estado peruano domicilia en el país, por lo que la contraparte privada debe domiciliar en el extranjero), en ese caso se podrá arbitrar en el Perú bajo las reglas contenidas en la Sección Segunda -Arbitraje Internacional- de la Ley General de Arbitraje o en el extranjero, pero siempre ante una institución arbitral.

Pero estas reglas razonables aplicables al intercambio comercial, no lo son cuando se trata de conflictos relacionados con inversiones, simplemente porque la legislación peruana obliga a que el inversionista constituya en el país una persona jurídica, la que, por obvias razones, tendrá su domicilio en el país, por lo que cualquier arbitraje tendrá forzosamente que realizarse en el país, bajo las reglas de un Arbitraje Nacional.

De esta manera, salvo cuando pueda resultar de aplicación algún Tratado o se traten de contratos-ley, la legislación peruana condena al inversionista a tener que arbitrar dentro del país, negando así la posibilidad de buscar foros neutrales.

Y este último, la falta de un foro neutral, ha quedado demostrado en unos recientes casos arbitrales conocidos como los "casos de las eléctricas".

En efecto, se trataron de tres procesos arbitrales iniciados por igual número de empresas concesionarias del servicio de distribución de energía eléctrica contra el

16.3. El arbitraje se llevará a cabo de acuerdo a las estipulaciones que los árbitros crean conveniente y, en su defecto, por las normas señaladas en la Ley General de Arbitraje - Ley 26572.

16.4. El laudo arbitral deberá señalar a quién le corresponde los gastos y costos correspondientes al arbitraje.

16.5. El lugar del arbitraje será en la ciudad de Lima, Perú, y el idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el castellano".

También tenemos este otro, contenido la Cláusula Vigésimo Sexta del Contrato de Suscripción de Acciones Clase "A" y Derechos del Proyecto de Generación de EGESUR, que dispone el sometimiento a un arbitraje, nacional, de derecho y *ad-hoc*, en el que los tres árbitros serán designados de común acuerdo y en defecto de acuerdo el nombramiento lo realizará el Colegio de Abogados de Lima. "según las Reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación del Perú (CEARCO)".

El pacto arbitral, como ya parece ser costumbre en estos casos, establece que "... el fallo se pronunciará dentro de los 45 días hábiles siguientes a la instalación del tribunal arbitral. Para este efecto, el Tribunal Arbitral reducirá equitativamente los términos consignados en el artículo 34 del Decreto Ley 26572, o podrá optar por las reglas correspondientes al proceso abreviado. Dentro del indicado plazo, deberá dictarse el laudo".



Estado peruano<sup>50</sup>, a efectos de que los respectivos tribunales arbitrales se pronunciaran acerca de cuál debía ser el marco legal aplicable a sus respectivos Convenios de Estabilidad Jurídica otorgados por el Estado peruano al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757, en lo referente a la estabilidad en el Impuesto a la Renta.

Mas precisamente, el conflicto fue acerca de la aplicación de ciertas disposiciones legales referidas al Impuesto a la Renta, que las empresas privadas afirmaban su procedencia y el Estado las negaba.

Sin embargo, aun cuando los procesos arbitrales se iniciaron al amparo de sendos pactos arbitrales contenidos en los Convenios de Estabilidad Jurídica<sup>51</sup>, cuya materia controvertida se refería a la estabilidad del Impuesto a la Renta (una de las expresas seguri-

dades otorgadas por estos contratos-ley)<sup>52</sup>, sendas comisiones del Congreso de la República evacuaron Informes en los que, entre otros, afirmaron que la vía arbitral no era la pertinente para resolver la materia controvertida<sup>53</sup>.

Los argumentos de estas Comisiones del Congreso en contra del arbitraje<sup>54</sup>, se pueden resumir así:

- Que, "... conforme lo establece el artículo 1, numeral 4, de la vigente Ley General de Arbitraje, Ley 26572 ... están exceptuados del arbitraje las materias ...directamente concernientes a las atribuciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público... Además, de manera concordante, el mismo artículo 1 de la Ley 26572 establece que las materias sometidas a arbitraje son "las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las

<sup>50</sup> Si bien no se publicaron los laudos arbitrales, se conoce que los casos fueron: Luz del Sur S.A.A. y el Estado peruano representado por CONITE; Edelnor S.A.A. con el Estado peruano, representando por el Ministerio de Energía y Minas; y, Edegel S.A.A. con el Estado peruano representado por CONITE.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, el convenio arbitral contenido en la cláusula octava del Convenio de Estabilidad Jurídica otorgado por el Estado peruano y la empresa Luz del Sur S.A., dispone lo siguiente: "Siendo la intención de las partes que los problemas que se presenten en relación con el cumplimiento del presente contrato se resuelvan de la manera más expeditiva posible, se conviene desde ahora que cualquier litigio, controversia o reclamación entre ellos, relativa a la interpretación, ejecución o validez del presente contrato, será resuelta mediante arbitraje de derecho. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima, mediante la constitución de un Tribunal Arbitral conformado por tres miembros, de los cuales cada una de las partes nombrará a uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercer árbitro. Los árbitros quedan expresamente facultados para determinar la controversia materia del arbitraje.

Si una parte no nombra árbitro dentro de los quince días de recibido el requerimiento de la parte o partes que soliciten el arbitraje o si dentro de un plazo igualmente de quince días, contado a partir del nombramiento del último árbitro por las partes, los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación del árbitro faltante será hecha, a petición de cualquiera de las partes por la Cámara de Comercio de Lima.

El plazo de duración del proceso arbitral no deberá exceder de sesenta (60) días hábiles, contado desde la fecha de designación del último árbitro y se regirá por lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, aprobada por la Ley 26572 y/o las normas que la sustituyan o modifiquen.

Los gastos que se generen por la aplicación de lo pactado en la presente Cláusula serán sufragados por las partes contratantes en igual medida". Los otros dos pactos arbitrales tienen una redacción similar.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, la cláusula tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado entre el Estado peruano y la Empresa de Distribución Eléctrica de Chancay S.A. (hoy Edelnor S.A.A.), dispone lo siguiente: "EL ESTADO en virtud del presente Convenio y mientras éste se encuentre vigente, se obliga a garantizar la estabilidad jurídica para EDECHANCAY en los siguientes términos:

1. Estabilidad del régimen tributario referido al Impuesto a la Renta, conforme a lo prescrito en el artículo 40 del Decreto Legislativo 757, que implica que el Impuesto a la Renta que le corresponda abonar a EDECHANCAY, no será modificado mientras se encuentre en vigencia el presente convenio de estabilidad jurídica, aplicándose en los mismos términos y con las mismas alícuotas, deducciones, reglas para el cálculo de la renta imponible y demás características conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 774 - Ley del Impuesto a la Renta, vigente al momento de celebración del presente convenio".

<sup>53</sup> Informe sobre "Sometimiento a arbitraje del diferendo entre la SUNAT y EDELNOR y LUZ DEL SUR sobre las acotaciones por S/. 41'000,000.00 y S/. 28'000,000.00, respectivamente, por Impuesto a la Renta del ejercicio gravable de 1999 y otros, de Javier Diez Canseco y otros de 18 de octubre de 2001, dentro del marco de la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001 (en adelante "Informe Diez Canseco"); y, Comisión de Fiscalización y Contraloría, "Informe sobre cobranza tributaria a las empresas eléctricas", 2001 (en adelante "Informe Fiscalización").

<sup>54</sup> No vamos a entrar a analizar el fondo de la controversia, porque no es un tema de nuestra especialidad. Sin embargo, podemos resumir el problema citando parte del Informe Diez Canseco, pp. 1-3. "En el caso de LUZ DEL SUR, se celebró el contrato de estabilidad jurídica con el Estado peruano el 18 de agosto de 1994. Entonces se encontraba vigente la Ley 26283, la cual exoneraba de todo tributo, incluido el Impuesto a la Renta, a los actos de formación, contratos y transferencias patrimoniales derivados de acuerdos de fusión o división de toda clase de personas jurídicas, mercantiles, civiles o cooperativas... (...) [e]l 21 de setiembre de 1994, más de un mes después, se dicta una norma ... se trata del Decreto Supremo 120-94-EF, Reglamento de la Ley 26283, el cual no regula la exoneración prevista en la Ley, sino que modifica el régimen del Impuesto a la Renta de las empresas, al establecer la revaluación voluntaria de activos, no prevista en la ley, con lo cual se permitía un nuevo valor contable a ser considerado como costo computable para fines tributarios, reduciendo el impuesto a la renta a pagar que no procedía de la fusión o la división ... esta [norma] no era aplicable al caso, por haberse dictado con posterioridad al convenio suscrito con LUZ DEL SUR. (...)

Es el caso que en 1996, EDECHANCAY, que también tenía celebrado convenio de estabilidad tributaria con el Estado y que pertenecía a los mismos accionistas de EDELNOR, se fusionó con ésta última, absorbiendo aquella ... Pero previamente la empresa absorbida había revaluado sus activos para que la absorbente pudiera deducir como gasto para determinar su renta imponible la mayor depreciación producto de la revaluación, a partir del ejercicio 1996 y los subsiguientes... (...)

La SUNAT considera ... que habiéndose derogado por la Ley 27034, a partir del ejercicio de 1999, el beneficio de poder deducir como gasto la mayor depreciación, producto de la revaluación voluntaria de sus activos en el caso de las empresas fusionadas o escindidas bajo la Ley 26283 ... tanto EDELNOR como LUZ DEL SUR adeudan al Fisco ... en concepto en Impuesto a la Renta ... toda vez que, han seguido haciendo uso del beneficio pese a que éste ya había sido dejado sin efecto.

(...)

La posición de EDELNOR y LUZ DEL SUR, es que, por el mérito de los convenios de estabilidad jurídica ... les asiste el derecho a seguir gozando del beneficio ... hasta que expire el plazo de diez años de vigencia ... toda vez que dicho beneficio estaría comprendido dentro de la estabilidad tributaria concedida ...".

partes tienen facultad de libre disposición” (Informe Diez Canseco, p. 3)<sup>55</sup>.

- Que, “... al momento de la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica estaba vigente el Decreto Ley 25395, cuyo artículo 1 establecía expresamente que en el caso del Estado, el arbitraje sólo procedía sobre sus obligaciones ‘siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual’” (Informe Diez Canseco, p. 4).

- Que, “[e]n el presente caso lo que se pretende es someter los alcances de una norma legal en materia tributaria y desviar de la competencia administrativa tributaria de la SUNAT, la decisión sobre el cumplimiento o no de una obligación tributaria” (Informe Diez Canseco, p. 4)<sup>56</sup>.

En otras palabras, según el análisis realizado por estas dos Comisiones del Congreso, el arbitraje no procedía, fundamentalmente, por cuanto: La materia sometida a arbitraje no era de libre disposición de las partes según lo exige el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje; y, no se podía arbitrar acerca de las atribuciones de imperio del Estado, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo de la Ley General de Arbitraje<sup>57</sup>.

Empecemos por la segunda: No se pueden arbitrar controversias “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público” (artículo 1(4) de la Ley General de Arbitraje).

Los antecedentes de estos casos, indican que los arbitrajes se iniciaron debido a sendas acotaciones tributarias realizadas por la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), la cual tenía una opinión distinta a la

de los agentes privados acerca de los alcances del marco estabilizado del impuesto a la renta.

Sin embargo, los procesos arbitrales no pretendían discutir acerca de la atribución o competencia de la SUNAT para fiscalizar los tributos, sino acerca de si tal o cual disposición tributaria formaba parte o no del marco estabilizado del impuesto a la renta contenido en los Convenios de Estabilidad Jurídica pactados entre el Estado peruano y las empresas privadas<sup>58</sup>.

Justamente por ello, la SUNAT no fue emplazada en los arbitrajes, sino que lo fue el Estado peruano suscriptor de los convenios.

En consecuencia, este primer argumento de las Comisiones del Congreso para pretender bloquear los arbitrajes no era válido<sup>59</sup>.

El primer argumento en contra del arbitraje sí requiere de un mayor análisis, por las implicancias negativas que tendría para el desarrollo de esta importante institución.

Si uno revisa los Informes de las Comisiones del Congreso citadas, encontrará que se reconoce que las empresas involucradas “... adquirieron las acciones de propiedad del Estado en las empresas dedicadas al servicio de distribución de energía eléctrica...al amparo de los Decretos Legislativos 662 y 757, [y] celebraron convenios de estabilidad jurídica y pactos de sometimiento a arbitraje sobre cualquier litigio, controversia o reclamación que surgiera sobre la interpretación de dichos convenios con el Ministerio de Energía y Minas, en el caso de EDELNOR y con...CONITE, del Ministerio de Economía y Finanzas”<sup>60</sup>.

Sin embargo, a la hora de analizar la pertinencia del arbitraje para resolver cualquier conflicto derivado de

<sup>55</sup> Informe Fiscalización, p. 20. “El Arbitraje es un medio alternativo a la solución de conflictos destinado a la solución de controversias que se encuentran enmarcadas dentro de un campo de libre disposición de las partes”.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 19-20. “Las prestaciones contenidas en el citado Contrato Ley, no pueden bajo ningún motivo significar, que el Estado abdique de sus facultades inherentes a la función pública o al ejercicio de sus funciones. De este modo, no podría pactarse el acuerdo sobre la imposibilidad que el Estado pueda ejercer sus facultades de cobranza coactiva del tributo. Pues ello atentaría contra el ejercicio mismo de la potestad tributaria consagrada en el artículo 74 de la Constitución Política del Perú”. Informe Fiscalización, p. 24. “... el numeral 4 del artículo 1 de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, prohíbe someter a arbitraje las controversias concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de Derecho Público”.

<sup>57</sup> Se esgrimieron muchos otros argumentos poco relevantes para el caso. Es más, en varias oportunidades estas Comisiones se pronunciaron sobre el fondo de la controversia (como si el Congreso tuviese competencia para ello), llegándose a afirmaciones tan inverosímiles, como aquella referida a que como las normas legales alegadas por las empresas privadas no habrían sido estabilizadas en los Convenios de Estabilidad Jurídica (justamente el tema de fondo a decidir), entonces, no cabía el arbitraje (Comisión Fiscalización, p. 8. “... tratándose de normas que manifiestamente no forman parte del Convenio de Estabilidad Tributaria, como el caso del D.S. 120-94-EF, la institución arbitral no puede considerarse un medio idóneo para resolver el conflicto”).

<sup>58</sup> Sin embargo, tenemos conocimiento que al menos en dos de los casos arbitrales, las empresas propusieron entre sus pretensiones que el tribunal arbitral ordenara a la SUNAT que paralizara los procesos administrativos de acotación tributaria, lo que efectivamente se trataba de un tema no arbitrable de conformidad a los Convenios de Estabilidad Jurídica. También tenemos entendido, que ambos tribunales arbitrales declararon (como correspondía) improcedente estas pretensiones.

<sup>59</sup> Nadie discute que cualquier decisión arbitral indirectamente afectaría las acciones de la SUNAT, ya que como cualquier entidad pública, la SUNAT se encuentra regida por el principio de legalidad, que implica que sólo puede hacer lo que la ley le ordena y nada más.

*En estos casos, si el arbitraje era ganado por el Estado, la SUNAT en base al mencionado principio se encontraba válidamente habilitada para cobrar los tributos acotados. Pero, si ganaban los inversionistas, la SUNAT no podía reclamar tales tributos, simplemente porque el principio de legalidad le impedía reclamar el cobro de tributos inexistentes.*

Pero, este efecto derivado de una decisión arbitral en nada afectaba las atribuciones o funciones de la SUNAT, ya que esta entidad, para ejercer válidamente tales atribuciones, requería que la autoridad designada por las partes (los árbitros), definieran cuál era el ámbito preciso de la ley del impuesto a la renta que se encontraba estabilizado.

<sup>60</sup> Informe Diez Canseco, p. 1.

estos contratos-ley, se afirma que "... no es posible someter a arbitraje los aspectos tributarios de los contratos de estabilidad jurídica ..." <sup>61</sup>, ya que la Ley General de Arbitraje en su artículo 1, sólo autoriza esta vía tratándose de "...controversias ... sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición ...".

En buen castellano, para estas Comisiones congresales, tratándose de Convenios de Estabilidad Jurídica sólo se podría someter a arbitraje cuestiones de "libre disposición de las partes".

¿Qué materia de un Convenio de Estabilidad Jurídica puede considerarse de libre disposición de las partes? Pues simplemente ninguna, ya que un acuerdo como éste solo lo puede otorgar un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas. En efecto, solo un Estado puede, en ejercicio de su *ius imperium*, otorgar a los inversionistas garantías y seguridades como las contenidas en estos Convenios de Estabilidad Jurídica y, por lo tanto, ninguna de sus disposiciones son de libre disposición <sup>62</sup>.

Sin embargo, esto no significa que no puedan ser arbitrables.

En efecto, el artículo 62 de la Constitución vigente autoriza expresamente la posibilidad de que el Estado suscriba contratos-ley y que las materias allí contenidas puedan someterse al arbitraje, por lo que es ese artículo constitucional y no el 63, el que habilita el acceso al arbitraje cuando estamos ante la presencia de estos contratos-ley.

Como hemos indicado, las materias contenidas en un contrato-ley en puridad no son de libre disposición, ya que no se tratan de cuestiones que los particulares (agentes privados) pueden celebrar libremente (como

es una compra-venta u otra relación jurídica típicamente privada). Sin embargo, lo que aquí sucede es que mediante los contratos-ley, el Estado renuncia a su *ius imperium* y acepta darle a esa relación Estado-inversionista, la calidad de un contrato privado, a efectos de posibilitar, entre otros, su acceso a la vía arbitral <sup>63</sup>.

Por tanto, es totalmente equivocado el preguntarse si tal o cual tema relacionado con un Convenio de Estabilidad Jurídica es de "libre disposición de las partes" para efectos de considerar si puede ser arbitrable, ya que aquí todo el contenido de dicho Convenio que en principio sería de orden público ha sido, por decisión soberana de Estado, sometido *de iure* al ámbito privado y se ha previsto su conocimiento por los árbitros <sup>64</sup>.

Es más, como bien indica Lohmann <sup>65</sup>, "[s]i se aceptara que el Estado no tiene poder de libre disposición para autolimitar su facultad legislativa y sus actos de administración, con el objeto de garantizar a la contraparte una estabilidad legal determinada, estamos negando la posibilidad misma de celebrar esta clase de contratos-ley. Lo que es tanto como decir que sería inconstitucional el precepto constitucional que los autoriza".

Entendidas así las cosas, la materia que fue sometida a conocimiento de los árbitros en estos tres casos fue absolutamente válida <sup>66</sup>, ya que justamente se refirió a un problema de interpretación y ejecución de los Convenios de Estabilidad Jurídica, como fue el ámbito de estabilidad del régimen del impuesto a la renta.

Al final, se conoce que en los tres casos se le dio la razón a los inversionistas <sup>67</sup>, aunque seguidamente muchos políticos presionaron para que los laudos

<sup>61</sup> DIEZ CANSECO CISNEROS, Javier. "El caso 'Luz del Sur y Edelnor'. La imposibilidad de someter a arbitraje el 'ius imperium' estatal en materia tributaria". En: Diálogo con la Jurisprudencia No. 38, Lima, 2001. p. 39.

<sup>62</sup> Entendemos que esta es una de las razones principales en las que se basó el Informe Fiscalización (p. 26), al momento de arribar a la equívoca y absurda propuesta de "... que la CLAUSULA ARBITRAL contenida en los Contratos de Estabilidad Jurídica, es NULA IPSO IURE, por lo que es necesario disponer las acciones que correspondan de conformidad con la Ley General de Arbitraje a fin que los árbitros declaren la Nulidad del Arbitraje ...".

<sup>63</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales". En: Diálogo con la Jurisprudencia No. 38, Lima, 2001. p. 20. "... los convenios de estabilidad suscritos conforme a los Decretos Legislativos 662 y 757 tienen expresamente asignada naturaleza civil, y no administrativa. De ello se colige el refuerzo que el legislador quiso otorgarles, abdicando el Estado de todo atributo de imperio que normalmente hubiera tenido como parte de Derecho Público". VÁSQUEZ LAZO, Ricardo. "Análisis tributario de los convenios de estabilidad jurídica con relación a las empresas eléctricas". En: Diálogo con la Jurisprudencia No. 38, Lima, 2001. p. 27. "... desde el momento en que ese Estado forma parte de un Contrato-Ley se despoja de ciertas atribuciones. Su libre disposición está contenida en dos Decretos Legislativos, el 662 y el 757, leyes sobre inversión privada y extranjera, en donde el Estado ha dispuesto dotar a los inversionistas, es decir a la contraparte del contrato-ley, de ciertas garantías, garantías que son de libre disponibilidad del Estado por lo que mal podría decirse que el asunto de controversia carece de libre disponibilidad".

<sup>64</sup> Cuando no estemos ante la presencia de un contrato-ley, sino, por ejemplo, de un Contrato de Concesión que no tenga esa característica, el argumento es similar, aunque las disposiciones legales difieran. En efecto, en este último supuesto la norma constitucional aplicable es el artículo 63, que dispone el acceso al arbitraje "... nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley".

La ley que regula la forma de acceder al arbitraje es efectivamente la Ley General de Arbitraje, pero son las leyes que regulan los Contratos de Concesión las que habilitan en términos sustantivos el acceso de estos temas que no son de libre disposición a la vía arbitral. Por lo tanto, cuando existe una ley especial, no resulta de aplicación el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, ya que es esa ley especial la que deriva al arbitraje una materia que no es de "libre disposición de las partes", pero que el Estado ha decidido soberanamente someterla al conocimiento de los árbitros.

<sup>65</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Op. Cit. p. 23.

<sup>66</sup> Salvo lo indicado en supra cita 58.

<sup>67</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Constitución, Privatización y Servicios Públicos: El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú (artículo inédito)", pp. 19-20. "... cabe hacer mención a los laudos arbitrales expedidos en los procesos entre Edelnor S.A.A... (laudo por unanimidad); Luz del Sur S.A.A. ...y Edegel S.A. ... contra el Estado Peruano ... (laudos en mayoría) que disponen que el Estado Peruano debe respetar y cumplir las obligaciones pactadas con las citadas empresas en los convenios de estabilidad jurídica. En ellos se consagra el principio de inoponibilidad

arbitrales fueran llevados al poder judicial para que fueran anulados porque supuestamente la materia controvertida no podía arbitrase.

Felizmente, el Poder Ejecutivo no se dejó presionar y aceptó los fallos arbitrales. Sin embargo, el "ruido político" generado alrededor de estos casos demostró lo difícil que es arbitrar un tema sobre inversiones en el lugar donde estos conflictos se generan.

Por ello y retomando nuestras reflexiones, insistimos en la necesidad de que con urgencia se dicte una legislación expresa, en la que se identifique el ámbito de actuación del Estado peruano en los arbitrajes sobre inversiones.

La demostración más palpable de la falta de coherencia y dispersión existente, lo constituyen los contratos-ley que garantizan las inversiones en minería (sector importante de la economía peruana) que carecen de pactos arbitrales, simplemente porque los funcionarios encargados de redactar las normas pertinentes se olvidaron del arbitraje o simplemente decidieron que el arbitraje no les parecía útil, a diferencia del resto de sectores, en los que sí es posible pactar el arbitraje.

La nueva legislación deberá posibilitar, además, que se pueda arbitrar fuera del país, no solo con inversionistas extranjeros, sino, además, con nacionales.

En efecto, al haberse adherido el Perú a los más importantes Tratados Internacionales sobre Inversiones (CIADI, MIGA, OPIC), y persistir en su voluntad de suscribir Convenios de Protección de Inversiones (BITs) con diversos países, todos los cuales contienen disposiciones que remiten las controversias a arbitraje, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que nuestro país ha dado los pasos correctos para el desarrollo de la práctica arbitral en la solución de conflictos que se generen entre el Estado y los inversionistas extranjeros.

En cambio, en las condiciones actuales, los inversionistas de nacionalidad peruana que domicilian en el país, se encuentran condenados a arbitrar sus controversias sobre inversiones con el Estado peruano, únicamente al amparo de la Sección Primera de la Ley General de Arbitraje - Arbitraje Nacional<sup>68</sup>.

Una posible solución a este problema, sería establecer que como el artículo 1 del Decreto Legislativo 662 considera «... como inversiones extranjeras las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta...», los conflictos que se generen en materia de inversiones entre el Estado peruano y los inversionistas titulares de "inversiones extranjeras" (sin importar la nacionalidad o domicilio del inversionista), puedan someterse al arbitraje institucional fuera del país.

de la ley posterior a las relaciones regidas por los contratos-ley por los cuales el Estado garantiza durante diez años la estabilidad del régimen del impuesto a la renta. Las opiniones discrepantes minoritarias en dos de los mencionados laudos admitieron ese criterio aunque consideraron a favor del Estado que los efectos de operaciones extraordinarias como fusiones o escisiones de empresas se encontraban fuera del blindaje establecido por el contrato ley".

<sup>68</sup> Salvo el caso excepcional del MIGA que permite otorgar cobertura de seguros a inversionistas de nacionalidad peruana, todos los Tratados en vigor sólo se aplican a inversionistas nacionales de Estados diferentes al Perú.

Por su parte, al menos un inversionista de nacionalidad peruana que no domicilia en el país podría arbitrar fuera del Perú al amparo del artículo 92 de la Ley General de Arbitraje.0