

“EL ESTADO SOY YO”

ARBITRAJE Y REGULACIÓN: ¿SON LOS ÁRBITROS LOS NUEVOS REGULADORES?

Alfredo BULLARD¹

Sumario. 1. “El Estado Soy Yo”. 2. Generando *accountability*. 3. El *accountability* de los organismos reguladores. 4. La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias. 5. La Relevancia de los contratos ley en la arbitrabilidad de controversias regulatorias. 6. La relevancia de los tratados internacionales en la arbitrabilidad de decisiones regulatorias. 6.1. La arbitrabilidad de decisiones regulatorias bajo el CIADI. 6.2. El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los tratados multilaterales. 7. Protección de la arbitrabilidad contra disposiciones de la legislación interna. 8. ¿Y qué, y quién es objeto de arbitraje en el caso de una resolución regulatoria? 9 El concepto de arbitrabilidad de temas regulatorios en la jurisprudencia peruana. 10. La Arbitrabilidad de Temas Regulatorios o de *ius imperium* en los Arbitrajes CIADI. 11. ¿Y quién decide sobre la *Arbitrabilidad de la Controversia*? 12. El Estado y Luis XIV.

1. “El Estado Soy Yo”

Así se definía Luis XIV, Rey de Francia. En su visión, el monarca y el Estado formaban una ecuación perfecta. Todo lo público dependía de él y él era todo lo público. Para el Rey Sol, bastaba decidir para que lo que decidiera se cumpliera.

Por supuesto que para que las cosas funcionen, las decisiones del soberano tenían que ser correctas. Debíamos confiar en que el déspota fuera un déspota bueno, bien intencionado, justo y que cumpliera sus compromisos. Mientras Luis XIV fuera un buen rey, no tendríamos problemas y todos viviríamos felices.

¿Pero qué ocurría si Luis no se portaba bien? ¿Qué ocurría si desconocía sus compromisos o no cumplía con la Ley? ¿Quién nos guarda de los guardianes?

Unos dirán que ello corresponde al Poder Judicial. Pero ¿qué ocurre en los reinos donde el Poder Judicial no nos da las garantías suficientes, sea porque es corrupto, o permeable a las presiones del poder, o simplemente porque no tiene la capacidad y eficacia suficiente? ¿Quién nos rescata de “El Estado soy Yo”?

El Derecho Público, y en general el Derecho administrativo, ha tenido la tendencia a asumir el cuento del “Rey Bueno”. Como diría el premio Nobel de Economía James M. BUCHANAN, se estaría

¹ El autor desea agradecer profundamente el apoyo de Andrés TALAVERA en la investigación realizada y en elaboración del presente trabajo. Sin dicho apoyo y compromiso su elaboración no hubiera sido posible. También desea agradecer los aportes de Alejandro FALLA, Huáscar EZCURRA, Christian CHÁVEZ y Juan CHANG a diversas secciones del mismo.

asumiendo una visión romántica de la política². Si bien hemos avanzado mucho en desarrollar esquemas garantistas que protejan a los administrados, lo cierto es que se suele partir de la premisa que el Estado, y sobre todo sus funcionarios, actuarán correctamente y son el “*ogro filantrópico*” del que nos hablaba Octavio PAZ.

La teoría del *Public Choice* ha desmitificado esa idea y ha demostrado que los individuos actúan reaccionando a los incentivos de manera similar cuando actúan en su esfera privada a cuando actúan como funcionarios públicos, es decir buscan maximizar sus beneficios³. En otras palabras los incentivos individuales que mueven a los políticos son los mismos que mueven a los comerciantes. Pero los límites y restricciones que enfrentan no son los mismos.

Como bien dice BUCHANAN, refiriéndose a lo que nos ha ayudado a describir la teoría del *Public Choice*:

“El romance se ha ido, quizás para no volver nunca. El paraíso socialista se ha perdido. Los políticos y los burócratas son vistos como personas comunes y corrientes como todo el resto de nosotros, y la política es vista como un conjunto de arreglos, un juego si quieren, en el que muchos jugadores cuyos muy diversos objetivos interactúan para generar resultados que podrían no ser ni internamente consistentes ni eficientes bajo cualquier estándar”⁴.

La actuación correcta de los funcionarios depende de la existencia de incentivos adecuados. John Stuart MILL decía que “La oficina pública perfectamente constituida es aquella en la que el interés del funcionario es enteramente coincidente con su deber”⁵. Y todo para constatar que eso no se cumple o se cumple en situaciones muy excepcionales. Mientras los comerciantes tienen como límites la propiedad y la libertad de contratar de sus contrapartes, los funcionarios públicos enfrentan límites ambiguos y criterios poco claros para limitar su poder de acción.

El problema no es solo uno de capacidad de los funcionarios. Todos somos testigos de cómo personas muy capacitadas, con estudios en el extranjero, con una trayectoria envidiable (como muchos de los funcionarios de los organismos reguladores), actúan equivocadamente cuando llegan a una oficina pública. El problema es principalmente uno de incentivos.

Siempre he repetido que el dilema sobre qué privatizar o qué no privatizar es un falso dilema. Ya todo está privatizado. Toda actividad humana, sea esta absolutamente privada, o sujeta a las mayores profundidades de lo estatal, está ya privatizada. El Presidente, sus Ministros, los funcionarios de los ministerios o de las municipalidades, los miembros de los consejos directivos de los organismos reguladores o de los órganos técnicos, los jueces y los congresistas, son privados. Son personas que tienen su propia vida, su familia y amigos, sus aspiraciones y sueños. Tienen sus necesidades y requieren de un patrimonio para satisfacerlas. Tienen relaciones y deben favores. Y tendrán la tendencia natural a actuar a favor de lo propio, a costa de lo ajeno. Por eso es tan difícil cumplir con el ideal de MILL de que el interés del funcionario coincida con su obligación.

² BUCHANAN, James M., “Politics Without Romance. A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications”, en *The Collected Works of James M. Buchanan*, vol. 1, Liberty Fund, Inc., 1999, pp. 45-58.

³ Para una revisión de los principios básicos de la teoría, se puede revisar BUCHANAN, *op. cit.* y TULLOCK, Gordon *et al.*, *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Cato Institute, 2002.

⁴ BUCHANAN, *op. cit.*, p. 57. (traducción libre).

⁵ MILL, John Stuart, “On Liberty”, en <http://oll.libertyfund.org/title/233> (generado el 3 de noviembre del 2010), p. 66.

Los funcionarios (y por tanto los organismos que éstos integran) manejan lo ajeno. Deciden sobre el patrimonio, los intereses y esperanzas de los ciudadanos. Al hacerlo pueden poner en riesgo sus propios intereses. Por la naturaleza humana, estos funcionarios, cuando tengan que optar entre el interés propio, y el ajeno, suelen actuar a favor del propio. A veces, en el supuesto más extremo, se corromperán. Pero no es necesario llegar tan lejos. Los funcionarios cuidarán su puesto, tratarán de quedar bien con sus amigos o con quienes les pueden ayudar a mejorar su carrera. Preferirán la decisión popular a la correcta. Tratarán de maximizar poder. En otras palabras, pueden recibir beneficios generando costos a los ciudadanos. Y las personas tienden a actuar para recibir beneficios y reducir sus costos. Trasladar los costos de los beneficios que recibe el funcionario a otros (los ciudadanos o las empresas reguladas) es una tendencia difícil de contrarrestar.

Justamente la teoría del *Public Choice* explica cómo se comportan los funcionarios bajo la lógica del individuo económico maximizador de su propio beneficio, y cómo tenemos que estructurar las instituciones para crear los correctivos necesarios. Es ahí donde entra a tallar, como veremos, el arbitraje de inversiones.

2. **Generando *accountability***

Algunas opciones para resolver el problema de los incentivos no alineados es crear premios y castigos; otra es contractualizar la función pública para generar un marco más claro de obligaciones.

Pero quizás la más evidente es crear algo que no tiene una traducción clara al español (lo cual quizás refleje no solo un problema de diferencia de idioma, sino de contraste con la cultura latina): *accountability*, muy mal traducido como “rendición de cuentas”. El *accountability* significa que tenemos que explicar y justificar frente a otro qué es lo que hicimos.

Los funcionarios pueden reaccionar o considerar como un costo que alguien revise lo que ellos hacen y que, eventualmente, les enmienden la plana. Con ese mecanismo se genera un costo (la enmendada misma) que puede motivar un cambio en el patrón de conducta. El funcionario sabe que si alguien lo enmienda, debe tener más cuidado. En otras palabras, si sabe que ya no es cierto que “El Estado soy Yo”, sino que su decisión estatal es revisable, se reducirá el riesgo de arbitrariedad que en las épocas de Luis XIV hubiéramos llamado despotismo y hoy llamamos abuso o desviación de poder.

Por supuesto que nos dirán que esa es la idea de la división de poderes en el Estado, y de las facultades que unos poderes tienen para enmendarles la plana a los otros. De allí se deriva el control judicial de los actos del ejecutivo o de la constitucionalidad de las leyes. También sale de allí la idea de que el Poder Judicial debe respetar la ley dictada por el Congreso y limitarse a aplicarla.

La idea no es mala, pero su realización concreta, en especial en ciertos países con débiles marcos institucionales, ha estado lejos de ser adecuada. Y es que los problemas denunciados por el *Public Choice* no solo afectan a los funcionarios del ejecutivo, sino que también afectan a los congresistas y a los jueces. Y entonces los jueces también actúan con una tendencia a privilegiar el interés propio cuando deben defender los intereses de los ciudadanos. Y con ello el sistema de control mutuo se llena de fallas.

El problema ha atormentado a la ciencia política desde sus orígenes y ha despertado el interés relativamente reciente de la ciencia económica. Si bien ciertas reformas institucionales han contribuido en ciertos países (en especial los desarrollados) a atenuar el problema, la verdad es que está lejos de estar resuelto, y es mucho más grave en países institucionalmente débiles como los nuestros.

3. **El *accountability* de los organismos reguladores**

Este problema, presentado en todo organismo estatal, tiene algunas aristas particulares en los llamados organismos reguladores. De orígenes relativamente recientes en Latinoamérica (en el Perú aún no cumplen 20 años) estos organismos nacen con la privatización, en particular de los servicios públicos. Son creados con un cierto grado de autonomía y supuesta independencia del Poder Ejecutivo. La razón es precisamente controlar la presión democrática sobre su actividad.

Sus decisiones afectan principalmente a empresas y pueden beneficiar a los consumidores. El problema es que los consumidores votan y eligen a los gobernantes. Las empresas no. Por tanto un funcionario elegido o uno cercano a un funcionario elegido, si busca maximizar su interés particular (que significa aumentar las posibilidades de ser reelegido), estará dispuesto a ganar popularidad con los consumidores a cambio de trasladarle costos a las empresas. Esa es una de las predicciones (verificada una y otra vez con evidencia empírica y con la experiencia del día a día) del *Public Choice*.

Por ello se crean organismos que se alejen de esos incentivos “demasiado democráticos” para evitar así afectar los derechos de los inversionistas. Sin embargo, los reguladores pueden proceder con una tendencia que maximiza su interés, actuando de manera populista o restringiendo los derechos de los inversionistas si la lejanía del poder democráticamente elegido no es suficiente. Queremos y necesitamos inversión. Y los inversionistas perciben este patrón de conducta de los funcionarios como peligroso (es un componente importante del llamado “riesgo regulatorio”). Por tanto invertirán menos si sospechan que los reguladores les trasladarán más costos que los que les corresponde asumir. El resultado de un marco débil y sin *accountability* suficiente es entonces antagónico con lo que se quiere lograr.

No es posible que derechos básicos como el de propiedad o la libertad de empresa o de contratar, puedan ser “derogados democráticamente”. Si la mayoría decidiera que tales derechos son incómodos porque, por ejemplo, no permiten bajar tarifas o usar las inversiones sin pagar por ellas, no podemos aceptar que tal derogación pueda ocurrir. Para evitarlo, sujetamos a la democracia a un control jurídico de manera que las mayorías no puedan afectar los derechos individuales y encargamos su protección a un sistema más tecnocrático (o aristocrático según como se le mire), como el Poder Judicial o Tribunales Constitucionales.

Así, las Cortes y Tribunales buscan impermeabilizar las decisiones legales de presiones políticas a fin de tutelar los derechos individuales. Es por ello que son las Cortes y Tribunales los llamados a proteger derechos como la propiedad, la libertad de comercio o la libre contratación.

El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, la distinta a la de contratante, la de regulador, es decir, la dibujada con el pincel del *ius imperium* se exagera y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara. Concede y cuando consigue la inversión que requería puede intentar expropiarla. Pacta una tarifa para un servicio pero luego usa a un regulador para reducirla o crear exigencias que no estaban en el contrato. Y los ejemplos para ilustrar este punto lamentablemente sobran.

Las “aristocracias” encargadas de velar por el balance entre la democracia y los derechos individuales, están lamentablemente muy desprestigiadas en Latinoamérica. La falta de Poderes Judiciales confiables convierte el balance entre democracia y derechos individuales en, paradójicamente, un desbalance. Los límites entre lo privado y lo público se vuelven tenues, o incluso inexistentes.

Una primera consecuencia (positiva) de esta incertidumbre ha sido la “contractualización de lo público”. Países hambrientos de inversión se han visto en la necesidad de generar la confianza que

sus Cortes no pueden generar, asumiendo compromisos contractuales que involucran incluso sus facultades públicas. Es decir, han tenido que aceptar “privatizar lo público”, reconociendo contractualmente la existencia de límites a sus potestades estatales. Así crean *accountability* a los funcionarios por medio de contratos. E incluso se llega al extremo de cambiar los modelos regulatorios para que se incorporen las reglas y principios de la regulación ya no en normas o disposiciones administrativas, sino en el texto mismo de los contratos y así reducir el riesgo regulatorio convirtiéndolo de discrecionalidad administrativa a compromiso contractual.

El asunto tomó dimensiones especiales durante los procesos de privatización en Latinoamérica en los 80s y 90s. En muchos países de Latinoamérica la debilidad de las Cortes no ponía a la vista de los potenciales inversionistas garantías de que sus derechos serían respetados. La sensación era especialmente peligrosa en áreas política y socialmente sensibles como los servicios públicos (telecomunicaciones, energía, agua y saneamiento y transporte), cuya privatización era urgente y necesaria, pero donde la tentación democrática de intervenir en los derechos de los inversionistas es mucho mayor. Y no se percibía un Poder Judicial capaz de frenar los excesos que se pudieran producir.

Esta circunstancia condujo a la creación de una serie de “sustitutos” a un Poder Judicial confiable. Dado que reformar al Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las presiones del sistema político sobre los agentes económicos y así generar un *accountability* que nos proteja contra los incentivos perversos que pueden afectar a los funcionarios. ¿Cuáles son estos mecanismos alternativos o “sustitutos”?

Uno primero fue la creación de agencias administrativas para resolver temas económicos, sustituyendo en buena parte a las Cortes en la labor del día a día en ese tema. Estas agencias, a las que llamamos organismos reguladores, cuentan con más recursos, mejor personal y mejor capacitación de la que cuentan las Cortes ordinarias.

La razón de crear estas agencias es darle al inversionista la sensación de que existe una “nueva aristocracia”, técnica y especializada, encargada de ponerle límites a la presión democrática de reducir los derechos de los individuos y de las empresas. Y de hecho en muchos países estas agencias gozan de una percepción más positiva en términos de confiabilidad que aquella de la que gozan las Cortes ordinarias.

Pero quizás el caso más claro de sustituto de un Poder Judicial confiable es la aparición de los llamados Contratos Leyes (y algunas de sus modalidades como los Contratos de Estabilidad Jurídica) que conceden a las empresas inmunidad frente a cambios legislativos o regulatorios. El Estado renuncia mediante estos mecanismos a cambiar la Ley y las reglas de juego. Así, de darse un cambio de la Ley en perjuicio de la empresa, dicho cambio no será oponible a quien cuenta con un convenio de estabilidad.

Por ejemplo, la Constitución peruana, establece en el segundo párrafo del artículo 62 que “Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, (...)”.

Bajo tal sistema los inversionistas podrían celebrar convenios de estabilidad jurídica inmodificables por Ley, garantizando que no se modificará el régimen tributario, la estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y el derecho a la no discriminación entre inversionistas. De ser modificado alguno de estos regímenes, su cambio no afecta a la empresa que goza del convenio. Es interesante ver cómo el Estado, en aras de generar la estabilidad del sistema, renuncia, incluso, a ejercer su poder de modificar la Ley.

Pero de nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos efectivos para hacerlo cumplir. No sirve decir que el Estado se comprometió contractualmente a algo si es que cuando acudimos a una Corte para exigir lo pactado esta desconoce el pacto o lo hace inefectivo. Y en temas de reconocimiento de las renunciaciones del Estado a cambiar las leyes, las Cortes domésticas suelen mostrarse escépticas.

Y entonces entra a tallar el arbitraje: el sometimiento del Estado a árbitros privados para que resuelvan las controversias sobre estos temas, y que incluyen pronunciarse sobre si un cambio legislativo o una decisión regulatoria afecta los derechos de los inversionistas. Y entonces algunos se rasgan las vestiduras por que unos árbitros privados, sin nombramiento público y sin *ius imperium*, les enmiendan la plana a los reguladores. Entonces el funcionario ya no puede salir a decir “El Estado soy Yo”, porque su decisión deja de ser todopoderosa. Hay alguien ante el cual debe rendir cuentas de manera efectiva.

En esas circunstancias el encuentro del arbitraje con la regulación ha generado reacciones radicales. ¿Cómo explicar que árbitros privados puedan resolver asuntos que atañen al interés público? ¿Puede el Estado renunciar a su inmunidad soberana y aceptar que estas controversias sean decididas por un tribunal arbitral privado, sustrayendo el tema del conocimiento de las Cortes Ordinarias? ¿Cómo explicar el reforzamiento de la autonomía privada en una rama como la regulación? El encuentro aparece entonces como uno “*contra natura*” en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias.

Indudablemente la posibilidad de usar el mecanismo arbitral pasa por la arbitrabilidad de los problemas derivados de las decisiones regulatorias. Sin embargo, han surgido voces contrarias a esa posibilidad y que desconocen el sentido y alcances del marco legal aplicable, como veremos a continuación.

Algunos, incluso, señalan que el diagnóstico que el *Public Choice* hace es también aplicable a los árbitros. Sin embargo, la estructura de control es distinta. Los árbitros están sujetos a una serie de incentivos vinculados contractuales y reputacionales que tienden a funcionar mejor que los incentivos que enfrentan los funcionarios públicos, como ya hemos analizado en otro trabajo⁶.

4. La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias

Son varias las posiciones que han reaccionado frente al presunto debilitamiento del “Estado soy Yo”. La mayoría tienen en común: (1) partir de una posición excesivamente publicista del problema; (2) omiten analizar los alcances particulares del tipo de contratos involucrados; (3) desconocen el marco internacional aplicable a este tipo de arbitrajes en los supuestos que el sometimiento sea a un arbitraje internacional; (4) confunden quién debe ser parte en el arbitraje y (5) desconocen cuál es el objeto sobre el que los árbitros tienen que pronunciarse.

Sólo a título de ejemplo podemos analizar un reciente artículo publicado por Mario CASTILLO FREYRE y Rita SABROSO MINAYA⁷, que de manera, muy ilustrativa recoge los típicos errores que suelen cometerse cuando se analiza la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias.

Quizás valga la pena citar su conclusión principal:

⁶ Para un análisis detallado de esta idea ver BULLARD, Alfredo, “Comprando Justicia ¿Genera el Mercado de Arbitrajes Reglas Jurídicas Predecibles?”, en *Themis* 53, 2007.

⁷ CASTILLO FREYRE, Mario / SABROSO MINAYA, Rita, “¿Las Funciones del OSITRAN son materia arbitrable?”, en *Revista de Regulación en Infraestructura de Transporte*, N° 5, 2010.

“(…) debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. En ese sentido, resulta evidente que *ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones -en su calidad de concedente- ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones otorgadas por Ley al OSITRAN.*

En otras palabras, ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN derivados precisamente de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, *por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (Tribunal Arbitral) la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas*”⁸.

Como se puede apreciar los autores referidos niegan la arbitrabilidad de cualquier asunto que se derive de una decisión regulatoria simplemente porque considera que ello contradice el principio de que no son arbitrables los temas que no son de libre disposición.

Como veremos, el error de fondo radica en leer el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje como si terminara en la referencia a los temas de libre disposición. Pero el artículo continúa y se refiere a aquellos casos que la Ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen⁹. Ello significa que la Ley o los tratados, partiendo del marco constitucional vigente en el Perú, pueden autorizar a que se arbitren temas que no serían en principio de libre disposición. Y en el Perú, como en muchos otros países, la ley y/o los tratados permiten precisamente que ello ocurra.

Llama la atención que en todo el artículo de CASTILLO y SABROSO no se encuentre una sola referencia a los contratos ley. Todo el análisis se hace como si dichos contratos no existieran. En el artículo en cuestión se analiza la arbitrabilidad de las decisiones de OSITRAN¹⁰ sobre los inversionistas, sin considerar que virtualmente todos los contratos de inversionistas en infraestructura de transporte o son contratos ley, o están amparados por otros compromisos que sí constituyen contratos leyes. Y el marco legal peruano permite la arbitrabilidad de los contratos leyes y de las obligaciones que de ellos se deriven.

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario / SABROSO MINAYA, Rita, *op. cit.*, p. 25.

⁹ “**Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje**

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

¹⁰ OSITRAN son las siglas que identifican al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Conforme al numeral 7.1 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo - Ley 26917: "Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito". Por su parte y respecto a las funciones que cumple todo organismo regulador, el artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores, aprobada mediante Ley 27332, establece que: "Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones: Función Supervisor: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas". En el presente artículo, lo que se analizará es la posibilidad de arbitrar las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) de los actos administrativos que generen los organismos reguladores en cumplimiento de las funciones antes mencionadas, cuestionando por tanto lo argumentado por CASTILLO y SABROSO en el artículo bajo comentario.

En segundo lugar, llama poderosamente la atención que tampoco hay una sola mención en el artículo referido a la existencia del CIADI ni de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones ni Tratados de Libre Comercio que recogen compromisos internacionales, que priman incluso sobre la ley peruana en caso de conflicto, y que establecen la arbitrabilidad de actos de imperio que puedan estar afectando las inversiones.

Lo cierto es que escribir un artículo sobre la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias sin mencionar los términos “contrato ley” y “tratados internacionales” es como escribir un artículo sobre la diabetes sin usar el término “azúcar” o sobre Luis XIV sin usar el término “Francia”. El contrato ley y los tratados internacionales definen la clave de la arbitrabilidad de las decisiones de organismos públicos y en particular de las decisiones regulatorias.

En tercer lugar, confunden la arbitrabilidad de un asunto derivado de una decisión regulatoria con quién debe ser parte en el arbitraje. Que la decisión regulatoria sea adoptada por un organismo regulador no significa que el organismo regulador deba ser parte en el arbitraje. De hecho será parte quien haya suscrito los compromisos que permiten arbitrar y no necesariamente la entidad que emitió el acto que genera el arbitraje.

Y, en cuarto lugar, confunde qué es lo que es objeto de arbitraje. En realidad no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuales serían las consecuencias de dicha vulneración. Por tanto no es que el concedente pueda o no disponer de las funciones del OSITRAN. Según el contrato, el Estado peruano garantiza que la actividad de OSITRAN (y en general de cualquier organismo del Estado) no puede modificar ni limitar las obligaciones contractuales.

Como decíamos, estos errores son comunes y se cometen en todas las latitudes. Si bien los marcos legales nacionales pueden presentar algunas particularidades, lo cierto es que los errores conceptuales que suelen cometerse son los mismos y, por ende, las consecuencias que de estos se derivan son claramente contrarias al sentido de lo que efectivamente puede someterse a decisión de los tribunales arbitrales: las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo emitido por el regulador.

5. La Relevancia de los contratos ley en la arbitrabilidad de controversias regulatorias

Los contratos de inversión pueden tomar formas muy distintas: contratos de concesión, de licencia para exploración, de Asociaciones Público Privadas, de privatización, convenios de estabilidad jurídica o tributaria, etc. Llamaremos contratos de inversión a todo acto jurídico que tiene por objeto promover o desarrollar un proyecto de inversión y en el que, por alguna razón, una de las partes es el Estado, y la otra un inversionista privado.

Ahora bien, estos contratos suelen contar con cláusulas arbitrales que permiten arbitrar los incumplimientos que se den a las obligaciones en ellos contenidos.

Estos contratos se han presentado, con matices propios de los distintos marcos legales nacionales de los distintos países, bajo ciertos elementos comunes que les dan características especiales:

- a. Las inversiones han requerido garantías estatales que comprometen facultades de *ius imperium* (como estabilidad de regímenes legales, tributarios, cambiarios, o seguridades contra

expropiaciones o reglas regulatorias que van desde condiciones de acceso, cálculos de tarifas, estándares de calidad, etc.);

- b. Implican la entrega de facultades originariamente consideradas como estatales, como ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos en los que se entrega a un privado la prestación de un servicio originalmente reservado para el Estado, pero delegable a particulares de acuerdo al marco legal.

En estos casos el propio contenido del contrato recae o se vincula sobre facultades asumidas como inherentes al Estado, y que como tales suelen encontrarse dentro del ámbito de la doctrina de los actos del Estado. No estamos ante contratos en que uno se compromete simplemente a transferir un automóvil por el pago de un precio. Suelen contemplar el aseguramiento de un marco de reglas aplicables a la inversión, dotando de cierta estabilidad a la inversión garantizada por el Estado. Por ende y toda vez que el objeto del contrato consiste en brindar dicha garantía y estabilidad, su afectación constituye un incumplimiento contractual. En otras palabras se considera como un incumplimiento que puede generar responsabilidad, el cambio de las reglas fijadas por el propio Estado. El *ius imperium* se contractualiza.

Estos contratos contienen, como compromiso del Estado, el deber de respetar ciertas reglas en el uso de sus potestades públicas, que llegan incluso a establecer los estándares de cómo se calculan las tarifas, o de cómo se deben cumplir con los estándares de servicio o de cómo es que se establecen las reglas de acceso a competidores, entre otras. Hacen o recogen temas y reglas que suelen confiarse a los sistemas regulatorios regidos ordinariamente por el Derecho administrativo.

En otras palabras, muchos de estos contratos constituyen parte o casi todo el marco regulatorio al que queda sometido el inversionista, con una declaración expresa del Estado de que dicho marco no será modificado ni aplicado de manera diferente. Estamos pues frente a la denominada regulación por contrato, figura que se usa precisamente para crear marcos regulatorios *ad hoc* a ciertas inversiones y que sustituyen, precisan o ajustan los marcos regulatorios comunes.

Así, por ejemplo, bajo este sistema, los contratos de concesión, en tanto expresan un acuerdo de partes, se utilizan en lugar de las normas administrativas precisamente para dar credibilidad a los compromisos del Estado y para limitar su actuación a determinados parámetros. El contrato de concesión, desde esta perspectiva, es un instrumento para reducir –no para ampliar– la discrecionalidad del Estado y sus agentes. En esta línea, GUASCH y SPILLER enfatizan que los contratos “están intencionados para limitar al gobierno, más que para otorgarle amplios poderes regulatorios”¹¹.

En efecto, el contrato como instrumento regulatorio exige que el concesionario esté de acuerdo con cualquier modificación de los términos del mismo. De este modo, por ninguna vía el Estado podrá modificar unilateralmente lo expresamente pactado. Ni siquiera podrá hacerlo a través de una norma posterior.

Tal como afirman GUASCH y SPILLER:

¹¹ GUASCH, J. Luis / SPILLER, Pablo, *Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story*, The World Bank, Washington DC, 1998, p. 38. Traducción libre.

“La ventaja de establecer marcos regulatorios a través de licencias es que, en la medida en que las licencias suelen tener la fuerza de un contrato entre el gobierno y las firmas, cualquier enmienda a las mismas suelen requerir el consentimiento de la compañía”¹².

Su uso se da precisamente para reducir el riesgo regulatorio y crear incentivos para que el Estado no desconozca con la mano derecha lo que reconoció con la mano izquierda.

Por ello es un contrasentido sostener que no es arbitrable precisamente aquello que explica la naturaleza particular del contrato. Esa es la razón de ser del mismo.

Por supuesto que la arbitrabilidad alcanza sólo a aquellos elementos recogidos directa o indirectamente por el contrato, y por tanto no alcanza aquellos temas que el contrato no regula. Si el contrato señalara, por ejemplo, que las normas de acceso no son arbitrables, entonces debe respetarse el acuerdo. Pero si el contrato lo regula, entonces es arbitrable, salvo que el propio contrato lo excluya como materia arbitrable.

No es extraño que, a los pocos años de creado y aplicado este marco, el Estado pretenda desconocer el carácter arbitrable de los aspectos regulatorios contemplados en estos contratos y surja la resistencia a la arbitrabilidad de estos casos, lo que se agrava con la existencia de una cláusula relativamente común en las Leyes de Arbitraje respecto a la no arbitrabilidad de asuntos vinculados con las facultades inherentes del Estado¹³ o que excluyen los temas que no son objeto de libre disposición¹⁴. El Estado reacciona y pretende que se reconozca la máxima del “Estado soy yo”, pretendiendo así privar de competencia a los tribunales arbitrales y retomar el poder sin los límites que caracterizaba las épocas anteriores a las políticas públicas de promoción de inversiones.

Por eso sostenemos que es un grave error de los Drs. CASTILLO y SABROSO pasar por alto la naturaleza particular de estos contratos, y sobre todo los marcos legales en que se sustentan, al extremo de siquiera mencionarlos en su análisis.

A efectos de ahondar sobre este tipo de regulación contractual, revisemos cuál es el marco constitucional y legal que la ampara. En ese sentido, el artículo 62° de la Constitución establece que:

“La 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”. (el subrayado es nuestro)

¹² GUASCH, J. Luis / SPILLER, Pablo, *op. cit.*, p. 45. Traducción libre.

¹³ A título de ejemplo tenemos el artículo primero de la antigua Ley General de Arbitraje del Perú (Ley 26572, publicada el 5 de enero de 1996), que establece:

“Artículo 1.- Disposición General.

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse, excepto:

(...)

4.- Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”.

¹⁴ Como por ejemplo el actual artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, actual ley de Arbitraje.

En relación a los contratos ley mencionados en el precitado artículo, el Tribunal Constitucional del Perú ha dado la siguiente definición:

“La segunda parte del artículo 62° de la Constitución, no precisa qué es lo que debe entenderse por contrato-ley y tampoco, en línea de principio, cuál puede ser su contenido. Se limita a señalar que ‘(...) mediante contratos-ley, *el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades (...)*’.

Pese a ello, puede precisarse que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. *Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste*”¹⁵ (el subrayado es nuestro).

Marcial RUBIO¹⁶ señala sobre este punto que:

“Los contratos ley tienen esta denominación, precisamente, porque una vez acordados y aprobados por el Estado, son inmodificables por el plazo que en ellos se establezca. *Su finalidad consiste en dar garantías a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas de mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan.* De esta manera, los inversionistas pueden hacer un cálculo de costos e inversión para el largo plazo. Por ello, estos contratos se llevan a cabo, principalmente, para obras de larga maduración o de alta inversión para explotación duradera (típicamente, contratos de explotación minera)” (el subrayado es nuestro).

La fortaleza legal de un contrato ley, permite que el Estado garantice que incluso no modificarán leyes, si estas leyes entran en contradicción con el texto del contrato. O que, en todo caso, si la modificación se realiza, esta no será oponible al inversionista. Y si ello es posible con una Ley, uno de los actos de imperio más importantes y con mayor jerarquía del Estado, la pregunta obvia es cómo esa garantía no puede aplicarse a una decisión regulatoria que contradice lo que señala el contrato o no respeta su texto o su espíritu.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 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.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley. La decisión se ubica en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI%20Admisibilidad.html.

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. III, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 294-295. De manera similar, MONTOYA ALBERTI, Ulises, “Medios de protección a la Inversión Extranjera”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, vols. 52, N° 2, 53 y 54, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1995-1997, p. 112, indica que el “...derecho adquirido en el contrato no puede ser afectado por una ley, aún más, teniendo en cuenta que en algunas legislaciones, como es el caso del Perú, estos contratos tienen rango constitucional, en este caso cualquier ley que se dicte modificando unilateralmente sus condiciones sería inconstitucional, pudiendo plantearse las acciones que la Constitución señala para tales casos. Además de existir la prohibición de no poder modificarse legislativamente”.

Por ejemplo, si un contrato ley contempla que serán exigibles a un inversionista en el mercado de telecomunicaciones determinados estándares de calidad en el servicio, y una ley establece luego estándares más exigentes a la industria, el cambio legislativo no será oponible al inversionista que esté amparado por su contrato. Ello no significa que se esté arbitrando el valor de la Ley y su conformidad con el ordenamiento jurídico peruano. Pero sí podrá el inversionista reclamar que ese cambio legislativo no le es exigible ni oponible, y que su aplicación constituiría una vulneración de su contrato. Si existe un convenio arbitral, tal conflicto será materia arbitrable.

Sin duda uno puede decir que la facultad de dictar y hacer cumplir leyes no es de libre disposición. Quién podría durarlo. Pero si la Ley lo autoriza, esa facultad puede ser arbitrable, no porque no sea de libre disposición, sino porque el marco legal autoriza su arbitrabilidad.

No se debe por tanto confundir que las leyes no sean de libre disposición con el hecho de que las consecuencias contractuales de esas leyes no sean arbitrables. Si el Estado se comprometió a que se cumpliría un determinado marco de reglas contractuales, no podrá modificarlo bajo la excusa que una ley modificó esas reglas. Justamente de ese problema se encargan los contratos leyes.

Si esto ocurre con una ley, con mayor razón con una decisión de un organismo regulador que contraviene o desnaturaliza el contrato. Si una tarifa se calcula en contra de las reglas pactadas en el contrato para su cálculo, más allá que la función de determinar tarifas de un regulador no sea en principio de libre disposición, la ley puede autorizar que el impacto contractual de dicha decisión sí sea arbitrable y por tanto se genere la responsabilidad por incumplimiento del Estado.

Esta función de los contratos leyes está claramente recogida en la Exposición de Motivos del artículo 1357° del Código Civil que señala:

“Por lo demás es válido que el Estado se someta a la esfera del Derecho privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo requiera. Esta es, en el fondo, la esencia del ‘contrato-ley’, en el cual y partiendo de la existencia de una regulación legal que confiera seguridades y garantías, quedan concretadas en una relación contractual de Derecho privado y de cumplimiento forzoso para los otorgantes”.

Como indica DE LA PUENTE “...pese a su *‘jus imperium’*, [el Estado queda] *sometido a una relación contractual* cuando se trate de otorgar garantías y seguridades a un particular (...) *Relación contractual que lo obliga a mantener tales seguridades y garantías en los términos del contrato*” (el agregado y subrayado son nuestros).

Así, la consecuencia principal es que suscrito el contrato, este transforma una relación típicamente pública/administrativa en una privada/contractual¹⁷, no resultándole de aplicación a este contrato las

¹⁷ Decisión sobre jurisdicción de 1 de febrero de 2006, en los seguidos por Duke Energy International Perú Investment N° 1, Ltd. c. República del Perú (Caso CIADI ARB/03/28): “31. ...pursuant to the investment laws of Peru, the main features of LSAs are that (i) the stabilized legal regimes cannot be changed unilaterally by the State, and (ii) the agreements are subject to private or civil law and not administrative law. As private-law contracts, the negotiation, execution, interpretation and enforcement of the provisions set forth in LSAs are subject to the general principles applicable to contracts between private parties under the Peruvian Civil Code. As such, the fundamental rights granted by Peru pursuant to an LSA are private contractual rights that are enforceable against the State as if it were a private party”. La decisión se ubica en www.investmentclaims.com/decisions/Duke-Jurisdiction.pdf.

Esta también es la opinión generalizada de los expertos peruanos: PINILLA CISNEROS, Antonio, *Los contratos-ley en la legislación peruana*, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999, pp. 139-140; ZEGARRA VALDIVIA, Diego, *El Contrato-Ley: Los contratos de estabilidad jurídica*, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p.

facultades de imperio o cláusulas exorbitantes del Estado. La Ley convierte de libre disposición, lo que en un inicio no lo era. Esa es la esencia y la razón de ser de los contratos ley.

Los contratos ley se rigen exclusivamente por el derecho privado, y por ello los convenios arbitrales contenidos en dichos contratos ordenan arbitrar una relación que se ha convertido en una de derecho privado. La discusión sobre el carácter disponible o no de la materia sobra. Estos esquemas legales se crearon precisamente para proteger un derecho del inversionista contra el uso de potestades públicas que, por definición, no son en principio disponibles. Por tanto si un acto estatal afecta el contenido del contrato, las consecuencias contractuales de ese acto resultan arbitrables.

Como veremos más adelante, en el caso del Perú, existen diversos regímenes de los que puede derivarse un contrato Ley. Sería muy engorroso analizar al detalle cada uno de ellos. Por eso vamos a utilizar uno en particular para explicar el funcionamiento, en términos generales, de este tipo de mecanismos.

Usemos como ejemplo el contrato de concesión para la explotación del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, celebrado entre el Estado peruano y Lima Airport Partners.

Mediante Decreto Supremo No. 022-2001-EF, el Estado peruano estableció lo siguiente:

“Artículo 1.- El Estado peruano garantiza, *mediante contrato celebrado al amparo del Artículo 1357° del Código Civil*, las declaraciones, *obligaciones y garantías a su cargo, contenidas en el contrato de concesión* para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional ‘Jorge Chávez’, que se celebra con LIMA AIRPORT PARTNERS SRL(...)” (el subrayado es nuestro).

Esta garantía se otorgó al amparo del artículo 4 de la Ley N° 26885, debidamente concordado con el artículo 2 del Decreto Ley N° 25570, conforme fuera sustituido por el artículo 6 de la Ley N° 26438, los cuales permiten “que el Estado otorgue a los titulares de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos incluidas en los alcances del Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, las garantías de las obligaciones, declaraciones y garantías asumidas por el Estado, en el respectivo contrato de concesión”.

Veamos qué dicen las normas que sirvieron de base al referido Decreto Supremo. El Artículo 6 de la Ley N° 26438, que sustituye el artículo 2° del Decreto Ley N° 25570 establece lo siguiente:

“Artículo 2°.- De acuerdo a lo señalado en el *Artículo 1357° del Código Civil*, el Estado queda autorizado para *otorgar mediante contrato*, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, *bajo cualquiera de sus modalidades previstas por el Artículo 2° de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente*” (el subrayado es nuestro).

Por su parte el artículo 1357° del Código Civil señala:

165; y, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Constitución, privatización y servicios públicos: El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú”, en BELAUNDE, Javier de / BULLARD, Alfredo / PIZARRO, Luis y SOTO, Carlos (eds.), *Libro homenaje a Jorge Avendaño*, t. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 578-588. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, vol. XI, t. I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 361.

“Por ley sustentada en razones de interés social, nacional o público pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

Asimismo, el artículo 4° de la Ley N° 26885 –Aprueban Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos–, señala:

“Artículo 4°.- *Son de aplicación* a los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas –PROMCEPRI, en lo que sea pertinente, *las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 674*, sus ampliatorias, complementarias y modificatorias” (el subrayado es nuestro).

¿Qué significa la aplicación conjunta de todas estas normas?

En principio el contrato de concesión del aeropuerto sería un contrato administrativo. Pero al establecer la Ley No. 26885 que se le puede aplicar las disposiciones del Decreto Legislativo N° 674 (que originalmente sólo resultaba aplicable a las transferencias de activos de empresas de propiedad del Estado), permite que el Estado pueda otorgar en esos contratos las garantías previstas en el artículo 1357 del Código Civil.

Es por ello que además del contrato de concesión mismo, con el sustento anotado del Decreto Supremo N° 022-2001-EF, se celebró un Contrato de seguridades y garantías que se suscribió el 16 de marzo de 2001, el cual dispone en su artículo 2.1. lo siguiente:

“Por medio del presente contrato EL ESTADO garantiza a EL CONCESIONARIO las *declaraciones, seguridades, garantías y obligaciones* asumidas por EL CONCEDENTE *en el Contrato de Concesión (...)*” (el subrayado es mío).

En otras palabras, el contrato de seguridades y garantías convierte el contrato de concesión en contrato ley, y con ello las obligaciones allí asumidas se vuelven verdaderas obligaciones de naturaleza contractual, incluso cuando las mismas se refieren a asuntos regulatorios que pueden ser decididos por un organismo regulador. Bastaría que el contrato contemple o reconozca en su texto un aspecto regulatorio para que pueda interpretarse que el tema regulatorio deberá ser asumido y ejecutado como esta en el contrato, salvo, claro está, que el propio contrato permite su modificación unilateral por el organismo respectivo.

Así, por ejemplo, si un contrato se ha ajustado al marco legal descrito, y por tanto es un contrato ley que establece la fórmula de ajuste de una tarifa, si el regulador (que no suscribe el contrato, pero es parte del Estado peruano) aplica una fórmula diferente a la pactada, estaría vulnerando el contrato.

Por supuesto que la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estaríamos frente a un tema arbitrable.

Lo mismo ocurriría si el regulador vulnera otros acuerdos, tales como la calificación del tipo de situaciones sujetas a una tarifa, los estándares de calidad contractualmente establecidos o las condiciones que deben cumplirse para dar acceso a un usuario al servicio, las reglas ambientales o de seguridad exigibles, entre muchos otros ejemplos.

En el caso del ejemplo del contrato de concesión del Aeropuerto, estamos frente a dos contratos: el de concesión y el de seguridades y garantías. El carácter de contrato ley del segundo convierte el contenido del primero en parte del contrato ley, y por tanto su contenido no puede ser modificado ni siquiera por una Ley. Menos aún puede ser modificado o desnaturalizado por un acto administrativo del regulador.

Como bien señala TRELLES¹⁸:

"A modo de ejemplo es posible imaginar un caso en el cual el Estado celebre un *contrato administrativo* por el cual otorgue la concesión de cierto servicio público a una persona jurídica y, posteriormente, *celebre un contrato-ley* por el cual establezca que lo estipulado en el contrato de concesión será inmodificable sin el consentimiento de la contratante privado. *En este caso tendríamos dos contratos administrativos, a saber, el contrato de concesión y el contrato-ley. Por el primero el Estado gozaría de poderes tales como el de modificar el contrato y el de resolverlo por motivos de interés público; por el segundo el Estado estaría estableciendo que no podrá hacer uso de tales poderes, con lo cual otorgaría una gran seguridad a los inversionistas.* Esta auto limitación del Estado de las prerrogativas que en situaciones normales gozaría *no podría ser modificada de modo alguno, salvo con la anuencia del contratante privado*, pues estaría bajo la protección del segundo párrafo del artículo 62º de la Constitución" (el subrayado es nuestro).

El Tribunal Constitucional peruano ha avalado este razonamiento que concluye en la renuncia al *ius imperium* estatal:

"...no existe una limitación [constitucional] para que el Estado, mediante el contrato-ley... extienda las garantías que se derivan de su suscripción..., dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, *a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo*, precisamente con el objeto de que, *con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados*"¹⁹ (el subrayado y agregado son nuestros).

Siguiendo con nuestro ejemplo, el propio Contrato de seguridades y garantías contiene una cláusula arbitral. Esta cláusula señala que en caso de controversia será de aplicación el convenio arbitral contenido en el contrato de concesión. En consecuencia cualquier controversia que surja en torno a las seguridades y garantías otorgadas será arbitrable. Y ello porque el contrato dejó de ser administrativo y se convirtió en uno de derecho civil.

De lo señalado se deriva que, por el mérito de un contrato ley:

- a. El Estado renuncia a su *ius imperium* de donde se deriva que lo que en un origen podría no haber sido de libre disposición, es hoy de libre disposición por mandato de la propia ley.
- b. Los términos del contrato solo pueden ser dejados sin efecto o modificados conforme a las reglas del propio contrato. Por tanto el Estado no puede modificar o afectar lo pactado unilateralmente, ni siquiera mediante una ley, y menos por un acto administrativo de un organismo regulador.
- c. Todas las controversias vinculadas al contrato, incluso aquellas que se deriven de una modificación legal, reglamentaria o de un acto administrativo de un organismo público, serán

¹⁸ TRELLES BELAUNDE, Oscar, "El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos", en *Themis*, Revista de Derecho, N° 44, Lima, 2002.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 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.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley.

arbitrables, salvo, claro esta, que el propio contrato excluya su arbitrabilidad de manera expresa.

Precisamente el no haber analizado este aspecto legal es la fuente del profundo error en el que incurrirían CASTILLO y SABROSO, pues como se puede notar de una lectura de su artículo, no hay una sola referencia al régimen de los contratos ley. El error los lleva a usar como base el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje que establece que no son arbitrables las materias que no sean de libre disposición. Ese análisis, como hemos visto, es claramente incompleto.

Como ya dijimos el artículo 62° de la Constitución establece que:

“La 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” (el subrayado es nuestro).

De la norma claramente se deriva que es posible someter a arbitraje los términos de un contrato, incluido un contrato ley, pues “...pese a su *jus imperium*, [el Estado peruano queda] sometido a una relación contractual”²⁰ de derecho privado. En otros términos, ha sido el propio Estado peruano quien, en ejercicio de su *ius imperium* ha decidido soberanamente mediante el Contrato de seguridades y garantías renunciar a éste y aceptar que las estipulaciones contractuales contenidas en el contrato ley sean de derecho privado y, por lo tanto, plenamente disponibles entre las partes, posibilitando así su acceso a la vía arbitral²¹.

En consecuencia, es la Constitución, antes que la Ley de Arbitraje, la que permite arbitrar estas controversias.

En ese sentido la propia Ley de Arbitraje no solo no prohíbe el arbitraje, sino que lo permite cuando en el artículo 2.1. dispone lo siguiente:

“Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje.

²⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General* - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, *op. cit.*, p. 368.

²¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 38, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 20. “(...) los convenios de estabilidad suscritos conforme a los Decretos Legislativos N°s 662 y 757 [como también el CONTRATO] 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*, N° 38, Gaceta Jurídica, 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”.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, *así como aquellas que la ley [o en este el artículo 62 de la Constitución]* o los tratados o acuerdos internacionales autoricen” (el subrayado y agregado es nuestro).

Así la Ley de Arbitraje reconoce que son materias arbitrables: a) Aquéllas de libre disposición; y, además, b) aquellas que la ley (y con mayor razón la Constitución) autoricen.

Como bien ha interpretado el Tribunal Constitucional peruano, la relación jurídica de inversión goza de la inmodificabilidad que se genera a partir de la naturaleza jurídica del contrato-ley, inmodificabilidad que no solo alcanza a las cláusulas del contrato mismo, “*sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, [la inmodificabilidad alcanza] tanto [a] la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como [a] las cláusulas de este último*”²².

Por ello la protección dada por el carácter de contrato ley protege al inversionista no solo de la inejecución de alguna obligación específica, sino de cualquier intento, directo o indirecto, de modificar los fundamentos legales del propio contrato, sea mediante un acto legislativo o, incluso, mediante un acto administrativo de naturaleza regulatoria.

Es importante anotar que el ejemplo que hemos señalado no es el único mecanismo legal previsto en el ordenamiento para generar los efectos de un contrato ley. Hay otros ejemplos tales como:

1) Los convenios de estabilidad jurídica que el Estado peruano celebra con particulares al amparo de los Decretos Legislativos N° 662 y 757²³. Mediante estos convenios el Estado peruano estabiliza

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 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.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley.

²³ Artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757: “Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

Por su parte, el artículo 24° del Decreto Supremo N° 162-92-EF –Reglamento de los Regímenes de Garantía a la Inversión Privada, establece que: “En mérito a lo prescrito en las normas legales a que se refiere el artículo 1° del presente Decreto Supremo, por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad.

La ultractividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables”.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 2003, en el Exp. N° 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.A. un contrato-ley de concesión y además se pretendía que se declarara inconstitucional dicho contrato-ley: “...como sucede con los denominados contratos-ley, a los que se refiere el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757... la expresión enfatiza la capacidad del contrato de no ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. Es decir, subraya la protección que se brinda a ciertos contratos para que éstos no sean modificados unilateralmente”.

esencialmente, entre otros, el régimen del impuesto a la renta, el régimen cambiario y de disponibilidad de divisas y el régimen laboral, por un período de tiempo.

2) En el sector de Telecomunicaciones, la Ley N° 26285 -Desmonopolización progresiva de telefonía fija local y de los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional, dispone en su artículo 3° que “[l]os contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley”.

3) En el sector de Hidrocarburos, el artículo 12° de la Ley Orgánica de Hidrocarburos -Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2005-EM, dispone que los “...Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas. Los Contratos de licencia, así como los Contratos de Servicio, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357° del Código Civil”²⁴.

4) En el caso de las concesiones reguladas por lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM - Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, resulta aplicable el artículo 6° de la Ley N° 26438, que posibilita que contratos de concesión sean considerados como contratos ley.

Lo importante es entonces tener en cuenta que, si la ley autoriza la arbitrabilidad de materias que en principio no son de libre disposición, esa autorización hace que las materias sean arbitrables. Y en el caso de muchos de los países de la región, el marco legal autoriza a que dicha arbitrabilidad sea posible, con las particularidades que puedan presentarse en cada uno de estos ordenamientos.

6. La relevancia de los tratados internacionales en la arbitrabilidad de decisiones regulatorias

El otro error común al discutir sobre el tema de la arbitrabilidad de decisiones regulatorias, es obviar lo que señalan los tratados internacionales. Ese es un error en el que también incurren CASTILLO y SABROSO, al no hacer ninguna mención en su ya citado artículo a los tratados internacionales que regulan el sistema de arbitraje de inversión.

De hecho una buena parte de los contratos de inversión gozan de lo que podríamos llamar una doble arbitrabilidad, porque no solo son las materias regulatorias arbitrables por la ley, sino por los tratados. Y en eso también la situación del Perú guarda similitudes con las de muchos otros países de la región.

Nótese nuevamente la redacción del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje vigente:

“Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje.

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

Como se ve no sólo la ley, sino además los tratados, pueden autorizar la arbitrabilidad de materias que en principio no son de libre disposición. Por tanto no analizar los alcances de los tratados para la arbitrabilidad de controversias de inversiones es una omisión bastante gruesa.

Varios contratos ley contemplan, por ejemplo, cláusulas de arbitraje CIADI. El CIADI (que no es otra cosa que un tratado) permite la arbitrabilidad de controversias sobre inversiones, que incluso

²⁴ Según modificatoria introducida por la Ley N° 27377.

pueden comprometer decisiones regulatorias. En esos supuestos, puede sostenerse, según la normatividad aplicable, que ni siquiera es necesario que el contrato sea un contrato ley. Dado que el Perú ha suscrito el CIADI, el pacto de arbitrar de un contrato que contemple contenido regulatorio, bajo el sistema CIADI, puede operar como un acuerdo arbitral válido para estas materias amparándose en el texto del tratado, que prevalecerá incluso sobre alguna disposición interna que lo prohíba.

Pero ahí no termina la historia. Existen numerosos tratados que contemplan la arbitrabilidad de actos de gobierno que afecten inversionistas, incluso sin la existencia de un contrato entre el inversionista y el Estado. Varios tratados de protección de inversiones permiten al inversionista someter a arbitraje una controversia por la simple violación, así no exista un convenio arbitral con el Estado.

A continuación analizamos estos aspectos.

6.1. La arbitrabilidad de decisiones regulatorias bajo el CIADI

En 1965, el Banco Mundial aprueba el texto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI o ICSID en sus siglas en inglés) que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966²⁵.

El objetivo del CIADI es crear un foro arbitral que resuelva controversias entre los Estados miembros y los particulares de otros Estados miembros a fin de dotar a la inversión de las seguridades que la hagan viable. Como ha señalado el propio CIADI, la creación de una institución designada para resolver disputas entre Estados e inversionistas extranjeros es un paso importante para promover una atmósfera de confianza mutua que estimule el flujo de capital internacional privado hacia aquellos países que deseen atraerlo²⁶. Precisamente aborda el problema de falta de alineación de incentivos en los organismos públicos y el tema del *accountability*.

Es de destacar que el CIADI fue creado precisamente para proteger a los inversionistas contra actos de gobierno que afecten las inversiones. Estos actos pueden ser leyes, decisiones administrativas e, incluso, decisiones judiciales.

El CIADI es único en su especie. Ha conseguido con inusual eficacia, sustraer del control de las legislaciones domésticas todo el proceso arbitral, incluida la anulación del laudo. Esto significa que tanto las legislaciones locales como las Cortes Ordinarias han visto mediatizado su rol. Casi se podría decir que el CIADI es un sistema arbitral “químicamente puro”, libre de influjos procesales de las legislaciones y Cortes de los países miembros. Ello lo hace tan particular, pues es la consolidación de un sistema arbitral que se coloca por encima de la justicia entendida como una facultad pública exclusiva del Estado Nación. El CIADI nos muestra un sistema arbitral que podríamos definir como originario, es decir, que muestra un desapego casi total a controles de jurisdicciones nacionales y que nace no como una delegación por parte del Estado, sino de un acuerdo entre las partes.

²⁵ El texto del Tratado puede ubicarse en www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/icsid-Spanish.pdf Puede encontrarse información sobre los antecedentes de este Tratado en BROCHES, Aron, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some observations on Jurisdiction”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 5, Nº 2, 1966, pp. 263-280; y, AMERASINGHE, C.F., “The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 9, 1976, pp. 793-816.

²⁶ Reporte del CIADI citado por AMERASINGHE, C.F., “The International Centre for Settlement of Investment Disputes and Development through the Multinational Corporation”, p. 794.

Así, un arbitraje CIADI se desarrolla sólo bajo sus propias normas, sin la intervención de la legislación arbitral y del poder judicial del lugar donde físicamente se lleve a cabo el proceso, como de cualquier otro Estado²⁷.

El resultado de ello es una mediatización casi absoluta de la capacidad de los Estados de desconocer el arbitraje y el laudo que de él se derive. El reconocimiento del CIADI como un sistema auspiciado y acogido por el Banco Mundial hace además muy poco recomendable desconocer sus decisiones sin que un Estado corra el riesgo de ser castigado en los flujos de inversión futura por el efecto “ostracismo” que podría generar. Y todo ello en un contexto que facilita la ejecución de lo resuelto, liberándose de los problemas de ejecución de fallos de Cortes extranjeras, gracias a la presunción de que el arbitraje es un sistema privado aceptado por ambas partes.

El sueño de los internacionalistas de crear un órgano omnímodo supranacional de solución de controversias se comienza entonces a realizar por un camino insospechado, es decir, a través del sometimiento de los Estados a un sistema arbitral donde los casos son resueltos por tribunales privados, liberados de los límites que suele imponerse las jurisdicciones ordinarias para decidir sobre los asuntos de otro Estado.

Un antecedente puede ayudarnos a comprender el cambio de paradigma y los límites que enfrenta un Estado para liberarse del compromiso de arbitrar.

En 1968 la empresa norteamericana *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. (Alcoa)* celebró un contrato con el Estado de Jamaica para invertir en la construcción de una planta de aluminio. El compromiso de inversión tenía como contrapartida un acuerdo de estabilidad tributaria, lo que implicaba una renuncia del Estado de Jamaica a ejercer su facultad de cambio del régimen tributario, potestad evidentemente pública. Se pactó que cualquier conflicto sería resuelto bajo el sistema CIADI. Jamaica no formuló ninguna reserva en relación al Convenio de 1965 a propósito del tipo de inversión que podía caer bajo su ámbito. No había por tanto mayor discusión sobre la arbitrabilidad de los conflictos derivados del contrato con Alcoa.

Luego de algunos años Jamaica intentó renegociar el contrato, en particular el compromiso de estabilidad tributaria. Alcoa se resistió a cambiar el régimen contractual, lo que motivó una modificación legislativa que afectaba directamente el contrato. Jamaica sostuvo que estando involucrados recursos naturales (el contrato contemplaba una concesión de bauxita) que eran de potestad exclusiva e irrenunciable del Estado jamaicano, no podía arbitrarse la controversia.

Alcoa demandó a Jamaica ante el CIADI por violación del contrato de estabilidad tributaria. Jamaica nunca se apersonó, creyendo que ello era consistente con su posición de no arbitrabilidad del conflicto.

Constituido el Tribunal Arbitral, éste consideró que de acuerdo al artículo 25 del Tratado del CIADI “(...) el consentimiento dado por las partes no (...) [podía] ser unilateralmente retirado” por lo que el CIADI tenía competencia²⁸.

²⁷ Ver VAN DEN BERG, Albert Jan, “Some recent problems in the practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions”, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, N° 2, 1987, p. 441.

²⁸ Para un análisis completo de este caso leer a SCHMIDT, John T., “Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica*”, en *Harvard International Law Review*, vol. 17, N° 1, 1976, pp. 93-103.

¿Cómo funciona el CIADI? Los países miembros han aceptado que sean arbitrables aquellas situaciones en las que haya un consentimiento del Estado. Este consentimiento debe ser prestado de alguna de las maneras previstas en el artículo 25 del tratado:

“Artículo 25°

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante *y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro (...)*”.

Tal y como señala CANTUARIAS²⁹ y conforme a la jurisprudencia del CIADI, el Estado que es parte del CIADI tendrá que aceptar la arbitrabilidad de una controversia, si ha prestado consentimiento (1) mediante un contrato; (2) mediante una ley que reconozca la arbitrabilidad; o (3) mediante un tratado.

En el caso del Perú, por ejemplo, numerosos contratos contienen cláusulas de arbitraje CIADI. Nótese, como ya se indicó, que esa inclusión permitirá arbitrar un problema de inversiones, incluso si el contrato no fuera un contrato ley. Además numerosos tratados reconocen la arbitrabilidad de controversias de inversiones con inversionistas. Por tanto una decisión de un regulador podría incluso ser arbitrable así no exista un contrato entre el inversionista y el Estado.

Así, el CIADI es voluntario para el Estado. Ello significa que la simple ratificación del Tratado no hace arbitrables las controversias entre los Estados miembros y los nacionales de otros Estados miembros. Se requiere de un acuerdo posterior, sea a través de un convenio arbitral con el inversionista (similar a como ocurrió en el caso Alcoa que hemos reseñado) o por medio de tratado suscrito entre dos países miembros. También puede operar cuando una Ley interna de un país miembro reconoce la arbitrabilidad de controversias con controversias para determinados supuestos.

Todas las ventajas señaladas, las que benefician tanto a los Estados como a los inversionistas, explican el gran éxito del CIADI, éxito que se ha profundizado en los últimos años, lo que se refleja en la cantidad de Estados signatarios³⁰ como en la cantidad de arbitrajes llevados a cabo bajo el sistema³¹.

La distribución de casos y problemas son de los más variados. Como veremos, algunos ni siquiera se refieren a la existencia de contratos (es decir, el caso de los tratados) pero una buena parte tienen que ver precisamente con contratos administrativos.

²⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, UPC, Lima, 2007, pp. 594 y ss.

³⁰ Ello explica porqué al año 2003, 140 Estados forman parte del CIADI, dentro de los que están incluidos un buen número de países Latinoamericanos: Argentina (1994), Bahamas (1995), Barbados (1983), Bolivia (1995), Colombia (1997), Costa Rica (1993), Chile (1991), Ecuador (1986), El Salvador (1984), Granada (1991), Guatemala (2003), Guyana (1969), Honduras (1989), Jamaica (1966), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Paraguay (1983), Perú (1993), San Vicente y las Granadinas (2003), Trinidad y Tobago (1967), Uruguay (2000) y Venezuela (1995). Ello constituye un cambio significativo de la reacción inicial de estos países que interpretaron en sus orígenes al CIADI como un sistema creado para perjudicar a los países en desarrollo. Esta actitud originalmente reticente se agudizó con la existencia de las llamadas “cláusulas Calvo” ya analizadas y que obligaban a los inversionistas a someterse a las Cortes del Estado receptor de la inversión.

³¹ Al año 2003 se habían recibido un total de 133 solicitudes de arbitraje, y se ha llegado a un número importante de transacciones que gira alrededor de la mitad de las solicitudes de arbitraje presentadas. Ver FRY, Jason, “Enforcement of the Award”, *op. cit.*, p. 10. RIGO SUREDA, Andrés, “ICSID: An Overview”, en *World Arbitration & Mediation Report*, vol. 13, N° 6, June 2002, p. 168. En www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm, puede identificarse la información actualizada.

Delaume, precisa que, de acuerdo al Tratado, podrán arbitrarse ante el CIADI conflictos sobre incumplimiento contractual, inclusive alegaciones sobre casos fortuitos o de fuerza mayor, la violación de cláusulas de estabilidad, la interpretación de los contratos y de la ley aplicable, y la terminación de los contratos, incluyendo la expropiación o nacionalización y el tema de la compensación. No pueden arbitrarse conflictos de intereses, como son la renegociación de un contrato o de determinadas cláusulas contractuales³².

Así el artículo 25° el CIADI establece que pueden ser arbitrables diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. Así, se señala:

“Artículo 25°

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las *diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión* entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes *hayan consentido por escrito en someter al Centro (...)*”.

Respecto a los temas no arbitrables, Omar E. GARCÍA BOLÍVAR refiere que:

“Disputas de naturaleza técnica, por ejemplo dimensiones de un terreno, especificaciones técnicas de un equipo, entre otras, aunque puedan estar relacionadas con la inversión, no están cubiertas por la Convención ni están dentro de los límites de la jurisdicción del CIADI. Igualmente disputas comerciales o políticas tampoco entran dentro del terreno del Centro”³³.

Lo cierto es que las decisiones de un regulador son perfectamente arbitrables bajo este esquema, dependiendo de las circunstancias del caso.

6.2. El arbitraje sin convenio arbitral: Legislación interna, los BITs y los tratados multilaterales

Pero quizás el aspecto más interesante en relación a los tratados es el llamado arbitraje sin convenio o *arbitration without privity*. Bajo este supuesto no existe estrictamente hablando un convenio arbitral entre el inversionista y el Estado. Sólo existe una oferta unilateral de un Estado a que ciertas inversiones, que cumplan los requisitos establecidos en una Ley o en un tratado, pueden solicitar el sometimiento a arbitraje, sin que el Estado en cuestión pueda resistirse a ir al mismo alegando la inexistencia de un acuerdo escrito. En esos casos sí, por ejemplo, existe un BIT entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversionista, y el tipo de conflicto es de aquellos que justamente está contemplado en el tratado bilateral como arbitrable, el inversionista puede pedir el arbitraje y el Estado no puede resistirse a la instalación del Tribunal arbitral. Y si según la definición del BIT, el acto violatorio del trato es una decisión regulatoria, el tema será arbitrable.

Por ejemplo, imaginemos un caso hipotético en el que una empresa concesionaria de accionariado mayoritario proveniente de Estados Unidos (que efectivamente controla la empresa) ha obtenido la concesión para la construcción de una carretera de trascendental importancia en el país. En dicho Contrato, se han establecido una serie de pagos a favor de dicha empresa en contraprestación por una serie de servicios que debe cumplir durante la construcción de la carretera. Dichos pagos están

³² DELAUME, Georges R., “ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects”, en *Pace Law Review*, Papers 195, 1985, p. 567.

³³ GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E., “La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, noviembre de 2003; *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, La Ley, Buenos Aires, Año 8, N° 1, 2004, p. 2.

sujetos a la evaluación previa que debe realizar el Regulador de dicho ámbito, aplicando lineamientos técnicos de cumplimiento del servicio contractualmente establecidos.

Sin embargo, el Regulador al momento de realizar la evaluación previa para proceder al pago de dichos servicios, no aplicó los lineamientos del Contrato y, por el contrario, en sus pronunciamientos administrativos aplicó nuevos lineamientos, que según su parecer consideró eran “más justos y razonables dada la importancia del servicio”: Es decir, el pronunciamiento del regulador ha generado consecuencias adversas para la empresa concesionaria, afectando los derechos que le corresponden de acuerdo a su inversión.

Ante dicho hecho, la empresa concesionaria podría recurrir al Tratado de Libre Comercio (TLC) firmado entre Perú y Estados Unidos (y que cuenta con un capítulo de protección de inversiones) a fin de resolver dicha controversia. Para tales efectos, dicha empresa concesionaria podría alegar que el Estado peruano ha violado un acuerdo de inversión a través del pronunciamiento del Regulador, afectando el disfrute y los ingresos que debería obtener por la inversión realizada³⁴. En consecuencia, siendo dicha controversia una controversia relativa a la inversión realizada por dicha empresa en nuestro país, que supuestamente infringe lo regulado en el TLC, podría someterla – previo cumplimiento del procedimiento de consultas y negociación establecido en el tratado - al mecanismo del CIADI³⁵. Para efectos prácticos el TLC opera como un BIT.

Tal y como se puede apreciar en nuestro ejemplo anterior, sin duda, el caso más interesante de *arbitration without privity* es el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs en sus siglas en inglés - *Bilateral Investment Treaties*) y el de varios tratados multilaterales.

No es fácil conocer el número real de BITs existentes a la fecha, pero Parra afirma que durante la década de los 60s habían 65 BITs, luego se suscribieron otros 86 BITs en la siguiente década y, a la fecha de su trabajo (año 2000), habían aproximadamente entre 1,400 a 1,800 BITs³⁶. Y el número viene creciendo exponencialmente.

Debe quedar claro que no todos los BITs contienen cláusulas de una oferta unilateral de arbitraje. Sin embargo es común encontrar un marco que autoriza a suscribir convenios arbitrales, sin que el simple hecho de ser nacional de un Estado parte autorice a solicitar un arbitraje con el otro Estado. Se estima que cerca de la mitad de los BITs contienen cláusulas de este tipo. De hecho no es posible referirse a una práctica usual. Cada BIT es un mundo aparte y su aplicación no está regida necesariamente por ningún patrón común. Hay que leer cada BIT para entender sus alcances y ver cómo se aplica.

Los BITs suelen ser más difíciles de modificar que la legislación interna por lo que ofrecen mayor seguridad que una Ley. Finalmente los Tratados solo pueden ser modificados mediante el procedimiento previsto en el propio Tratado. Y ese procedimiento suele ser más exigente que el que se pide para modificar una Ley. Ello explica el tremendo éxito de los BITs en los últimos años como mecanismo para generar confianza y estabilidad jurídica.

Como resulta obvio, el reconocimiento en un BIT de la arbitrabilidad de una controversia primará sobre la norma de la Ley de Arbitraje que dice que no son de arbitrables las materias que no sean de libre disposición. Ello no solo porque el artículo 2 de la Ley de Arbitraje lo dice expresamente, sino porque incluso si no lo dijera, el tratado primará sobre la Ley interna. Para determinar la arbitrabilidad de una decisión regulatoria, habrá que revisar cómo define el BIT las controversias arbitrables

³⁴ FTA Perú - USA, Art. 10.1.2.

³⁵ FTA Perú - USA, Art. 10.15. y 10.16.

³⁶ PARRA, Antonio R., “ICSID and Bilateral Investment Treaties”, en *ICSID News*, vol. 17, N° 1, 2000, pp. 1-3.

(definición de inversión, definición de garantías concedidas por el tratado y de actos que pueden vulnerar la inversión, contenido del pacto arbitral, etc. Y para ello la legislación interna no será relevante. Por ello si el regulador vulnera con un acto el BIT, su decisión podrá quedar sujeta a arbitraje.

7. Protección de la arbitrabilidad contra disposiciones de la legislación interna

Pero incluso, en supuestos donde no se han previsto constitucional o legalmente excepciones al principio de no arbitrabilidad de los actos de *ius imperium*, los límites que se intentan a veces poner a ciertas materias, usando como base la legislación interna del Estado, suelen fracasar frente a los principios de Derecho Internacional aplicables, principalmente el principio de buena fe. Así no es extraño que los tribunales arbitrales e incluso las cortes ordinarias rechacen pretensiones para impedir el arbitraje basadas en limitaciones establecidas por la legislación doméstica de la parte estatal.

Ello convierte al arbitraje en un remedio muy efectivo frente a intentos de desconocer el sometimiento expreso a un medio de solución de conflictos distinto a las cortes del propio Estado.

Así, una vez que el Estado ha pactado el arbitraje, es difícil que pueda renunciar a él. En efecto, Ulises MONTOYA señala sobre este particular, que "(...) una vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable"³⁷.

RAGNWALDH comenta sobre el particular:

“No es la incapacidad o la falta de facultades para someterse a una cláusula arbitral lo que es contrario al orden público internacional, sino por el contrario el acto del Estado para entrar en tal acuerdo sin revelar su incapacidad o falta de facultades para hacerlo y subsecuentemente invocar su ley interna para escapar de su obligación contractual a ir a arbitraje”³⁸.

DELAUME comparte también la opinión de que un Estado no puede repudiar un acuerdo arbitral en base a supuestas omisiones formales o sustantivas que se debieron observar según la legislación de su propio país, y agrega que:

"(...) Un número impresionante de precedentes indican que tales prácticas tienen pocas posibilidades de ser exitosas. Incluso en casos en los que se demostró que no se siguieron todos los procedimientos previstos bajo la Ley del propio Estado, los tribunales arbitrales, de manera consistente han sostenido que el Estado involucrado tienen un deber en buena fe de revelar la situación a la otra parte y que la omisión en hacerlo impide al Estado para posteriormente cuestionar la invalidez de su compromiso"³⁹.

³⁷ MONTOYA ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 72.

³⁸ RAGNWALDH, Jakob, “A State’s Plea to decline Arbitration -the inapplicability of the internal law of the State”, en *Revue de Droit des affaires Internationales*, 1998, N° 1, p. 25. (traducción libre). En una línea similar Jan PAULSSON, (“May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?”, en *Arbitration International*, vol. 2, N° 2, 1986, pp. 90 y ss.) menciona un famoso fallo arbitral preliminar, en los seguidos por dos ciudadanos alemanes contra el gobierno de Bélgica, en el que se declaró sin lugar la alegación del Estado belga, en el sentido de que el pacto arbitral era nulo, porque sus normas domésticas no le autorizaban a pactar el arbitraje.

³⁹ DELAUME, Georges R., “The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments”, en *Arbitration International*, vol. 5, N° 1, 1989, p. 26 (traducción libre).

Este tema es claramente abordado por la Ley de Arbitraje peruana y por la Ley de Arbitraje española. Así, la Ley de Arbitraje peruana señala:

“Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje.

(...)

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

La Ley española, que sirvió de fuente a la peruana, tiene un texto idéntico.

Como se puede ver, no es extraño que en el marco de un arbitraje, los árbitros descarten los argumentos de la parte estatal que pretende evitar el arbitraje señalando límites o prohibiciones en la legislación interna para someter a este medio de solución de conflictos una determinada controversia. Así, sin perjuicio de la eventual responsabilidad frente a su Estado de los funcionarios que aceptaron el arbitraje, el Estado no puede contradecir sus propios actos y por tanto queda sometido a la voluntad expresada, sin perjuicio del análisis de su legitimidad a la luz de la legislación doméstica. Ello no es sino el traslado de los principios del Derecho Internacional Público que no permiten a un Estado liberarse de la fuerza vinculante de un tratado alegando problemas en su derecho interno para su exigibilidad⁴⁰.

8. ¿Y qué, y quién es objeto de arbitraje en el caso de una resolución regulatoria?

El tema de este acápite es muy discutido en la doctrina. Si bien algunos sostienen que, dependiendo del marco legal (leyes y tratados aplicables) puede ser arbitrable el contenido mismo de la decisión regulatoria, e incluso puede ser dejada sin efecto, otros sostienen que la decisión se limita sus efectos contractuales. Por tanto, para esta última posición, el arbitraje no es una suerte de contencioso administrativo que deja sin efecto la decisión. Pero sí puede derivar la responsabilidad del Estado por haber incumplido con los términos del contrato.

El tema fue abordado por un laudo CIADI en el que fue parte el Gobierno del Perú. Así, en su decisión sobre competencia de fecha 1 de febrero de 2006, en los seguidos por *Duke Energy International Peru Investment N° 1 Ltd. c. República del Perú* (Caso N° ARB/03/28). El caso se sustentaba en unas acotaciones tributarias efectuadas por la Superintendencia de Administración Tributaria - SUNAT que, a criterio del inversionista, vulneraban su convenio de estabilidad tributaria, el que tenía la naturaleza de un contrato ley. Si bien la decisión administrativa objeto de discusión fue tributaria, y no regulatoria, los principios deberían ser los mismos, pues son actos de *ius imperium* que conformarían supuestamente materias no disponibles.

“Lo que el Tribunal debe determinar no es si la decisión del Tribunal Fiscal es correcta o incorrecta como una cuestión de Derecho Tributario peruano, pero cuando la interpretación de la Ley en el 2004, confirmando la opinión de SUNAT de noviembre del 2001 es consistente con los derechos estabilizados para DEI Bermuda bajo su *Convenio de Estabilidad Jurídica*”⁴¹ (el subrayado es nuestro).

⁴⁰ El Dr. Juan José RUDA, profesor de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú me hizo notar este aspecto en una conversación sobre el particular. En ese sentido, es interesante apreciar que se confirma lo señalado respecto a una suerte de privatización de la justicia, basada en la conjunción de principios de Derecho Internacional Público y de Derecho Comercial, incluso para temas considerados inicialmente como de Derecho Público.

⁴¹ Decisión de Jurisdicción de 1º de febrero de 2006.

Entonces lo que se discute no es el carácter administrativo de la decisión, sino sus consecuencias contractuales.

En realidad se está asumiendo un esquema en la que la obligación del Estado es una de garantía. El esquema puede interpretarse como uno en que, efectivamente, el Estado no renuncia a aplicar sus potestades y ejercer sus funciones de manera general. Puede cambiar la Ley y las regulaciones en los temas garantizados en el contrato. Por ejemplo puede cambiar las leyes tributarias o establecer nuevas reglas para calcular, por ejemplo, la tarifa eléctrica cuya fórmula esta en un contrato. Pero con una mano el Estado asegura que dicha actuación, más allá de su legitimidad o no, no va a afectar el inversionista.

Se parece mucho a la situación generada por un contrato de promesa del hecho o de la obligación de un tercero, solo que en el caso de un contrato ley o de un tratado que establece garantías a la inversión, el tercero es el propio Estado que nos garantiza contra sus propios actos. Ello es entendible además porque por más que el Estado es uno solo, está formado por numerosas entidades y organismos que actúan con relativa independencia unos de otros.

La promesa, que sería objeto de arbitraje, sería análoga a una expresada en los siguientes términos: “El Estado asegura al inversionista que cualquier acto de cualquier entidad que lo conforme que afecte las seguridades y garantías concedidas, obligará a reparar los daños que sufra el inversionista, al margen de la legitimidad general del acto”. Por supuesto que esta frase deberá ser puesta en contexto de lo que se establezca en cada contrato, en cada tratado y en cada marco legal, para definir la extensión de la protección.

Un caso que muestra este problema es el reseñado por CANTUARIAS (al que denomina “el caso de las eléctricas”). Muestra como muchas veces la no arbitrabilidad referida a que el conflicto es uno relacionado con funciones o atribuciones de imperio del Estado suele ser desenfocada o mal comprendida⁴².

Al igual al caso Duke ya citado, el tema es uno de naturaleza tributaria. Sin embargo, para efectos de la arbitrabilidad de temas de *ius imperium* el problema es análogo al de la arbitrabilidad de una decisión regulatoria.

Se trató de tres procesos arbitrales iniciados por empresas concesionarias del servicio eléctrico contra el Estado peruano⁴³, 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 Nos. 662 y 757. La controversia giró en torno a la estabilidad del régimen de Impuesto a la Renta. La SUNAT, organismo a cargo de la administración Tributaria, intentó aplicar una interpretación que a juicio de las concesionarias acogía una modificación al régimen estabilizado. En esto, los casos en cuestión son muy similares al caso Duke antes reseñado.

Al iniciarse los arbitrajes al amparo de los convenios arbitrales contenidos en los Convenios de Estabilidad Jurídica, se crearon Comisiones en el Congreso de la República que elaboraron informes dirigidos a cuestionar la arbitrabilidad del conflicto. Estos informes afirmaron que la vía arbitral no era la pertinente para resolver la materia controvertida, usando los típicos argumentos que se usan

⁴² Para mayor detalle, ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, pp. 873 y ss.

⁴³ 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.

para cuestionar la arbitrabilidad de controversias con el Estado⁴⁴ lo que convierte los casos en un excelente ejemplo para graficar el problema y sobre todo la falta de rigurosidad con el que suele ser abordado. Nótese las similitudes con los argumentos que sirven de base a la posición de Castillo y Sabroso en el artículo ya citado⁴⁵.

Los argumentos de estas Comisiones del Congreso en contra del arbitraje, se pueden resumir así:

“(…) conforme lo establece el artículo 1º, numeral 4, de la vigente Ley General de Arbitraje, Ley N° 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 1º de la Ley N° 26572 establece que las materias sometidas a arbitraje son ‘las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición’” (Informe Diez Canseco, p. 3).

“(…) al momento de la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica estaba vigente el Decreto Ley N° 25395, cuyo artículo 1º 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).

“[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).

CANTUARIAS analiza los argumentos señalados por el Congreso de la siguiente manera:

“(…) 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 1º 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.

Empecemos por la segunda: (…)

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

⁴⁴ 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”).

⁴⁵ CASTILLO y SABROSO, *op. cit.*

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.

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”⁴⁶.

En efecto, debe distinguirse la existencia o no de una facultad pública con la declaración que haga el laudo sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales. Si las empresas (como ocurrió) ganaban el arbitraje, la SUNAT debía cumplir con la legislación que el laudo declarara aplicable en su calidad de entidad del Estado. Por el contrario, si el Estado ganaba, la SUNAT debía actuar en consistencia con tal decisión. Es claro que no era arbitrable qué es lo que le corresponde a la SUNAT administrar los tributos. El problema se hubiera presentado si la cláusula arbitral hubiera encargado a los árbitros convertirse en administración tributaria y sustituir a SUNAT en esa función. Pero la situación es distinta. SUNAT tiene que cumplir la Ley y la Ley establece que son los árbitros los que determinan cuál es el principio legal aplicable según el compromiso del Estado. En este caso el rol de los árbitros se limitaba a determinar si la normatividad invocada por las empresas era o no parte del compromiso contractual de estabilización del régimen tributario. Hecho ello, corresponde a la SUNAT administrar los tributos en base a tal determinación. Y si este principio es aplicable a la administración tributaria, no vemos por qué no sería aplicable a un organismo regulador.

Luego CANTUARIAS aborda el otro argumento de los informes, el que según su dicho requiere de un mayor análisis por las implicancias negativas que podría tener para el arbitraje:

“(…) a la hora de analizar la pertinencia del arbitraje para resolver cualquier conflicto derivado de estos contratos-ley, se afirma que ‘...no es posible someter a arbitraje los aspectos tributarios de los contratos de estabilidad jurídica (...), ya que la Ley General de Arbitraje en su artículo 1º, 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 sólo lo puede otorgar un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas. En efecto, sólo 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 es de libre disposición.

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

En efecto, el artículo 62º 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

⁴⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, pp. 876 y ss.

y no el 63º, 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.

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 del Estado, sometido de iure al ámbito privado y se ha previsto su conocimiento por los árbitros”⁴⁷.

Guillermo LOHMANN se pronuncia en sentido similar:

“[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”⁴⁸.

Es importante destacar que el propio CANTUARIAS señala que si bien su argumento es aplicable a la existencia de los llamados contratos-ley, el tema no es muy distinto, al menos en la legislación peruana, para los contratos de concesión:

“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 63º, 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 1º 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”⁴⁹.

Compartimos la opinión de CANTUARIAS sobre este particular.

En primer lugar, como ya vimos, el Artículo 62 de la Constitución Política establece que:

⁴⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, pp. 877 y ss.

⁴⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Convenios de Estabilidad Jurídica y cláusulas arbitrales”, p. 23.

⁴⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, pp. 879.

“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” (el subrayado es nuestro).

Una simple lectura del texto constitucional deja en claro que los conflictos que se generen de un contrato ley pueden ser sometidos a arbitraje, si así se ha pactado en el propio Contrato Ley.

En consecuencia, es la propia Constitución Política (disposición normativa de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico) la que habilita expresamente el acceso al arbitraje cuando estamos ante la presencia de contratos ley.

Y esto es así porque, como ya se expuso anteriormente, uno de los principales efectos de un contrato ley es someter una relación contractual en la que el Estado es parte, al derecho privado. En simple, es el propio Estado quien, en válido ejercicio de su *ius imperium*, decide renunciar a él y aceptar que los acuerdos contractuales suscritos sean de derecho privado, posibilitando así el acceso a la vía arbitral. Un efecto similar se produce con la existencia de un tratado que admite la arbitrabilidad de un tema administrativo o regulatorio.

9. El concepto de arbitrabilidad de temas regulatorios en la jurisprudencia peruana

La jurisprudencia peruana, tanto arbitral como judicial, ya se ha pronunciado en reiteradas veces sobre el problema de arbitrabilidad y ha sido favorable a la posición planteada en el presente artículo.

Sin ir muy lejos, la falta de definición de los parámetros utilizados para la determinación del “Factor de Productividad” y su impacto en las tarifas de un servicio público incluido en el Contrato del Estado peruano con Telefónica del Perú parece no haber sido un obstáculo para la arbitrabilidad de las controversias surgidas alrededor del mismo⁵⁰.

Es de destacar que, a partir de lo que se conoce del referido caso, el criterio expuesto parece haber sido la interpretación en uno de los primeros arbitrajes en los que se analizó el cálculo de un factor de productividad en relación al contrato de concesión de Telefónica del Perú. Como se sabe el factor de productiva es un elemento esencial en la revisión tarifaria que efectúa el regulador sectorial OSIPTEL.

De lo que se conoce por Telefónica del Perú (TdP) su demanda se vinculaba con:

⁵⁰ Como ya hemos mencionado, si bien el proceso no es público se sabe que Telefónica demandó al OSIPTEL, entre otras cosas, por haber utilizado una metodología de cálculo que no se ajustaba a los estándares internacionales que la empresa consideraba aplicables. En efecto, si bien el Contrato de Telefónica del Perú contaba con un nivel de desarrollo del procedimiento aplicable para la determinación del factor de productividad, lo cierto es que existían ciertos aspectos indeterminados que fueron establecidos por el OSIPTEL.

De hecho, es por ello que en dicho proceso Telefónica del Perú planteó no solo que se declare que la actuación del OSIPTEL constituía una violación al Contrato de Concesión, sino que incluso se solicitó al Tribunal que determine el factor de productividad en base a los criterios que, de acuerdo con su interpretación, resultaban razonables. Como se explicará más adelante, entendemos que este aspecto fue declarado improcedente por el Tribunal Arbitral, por considerar que si bien resultaba competente para determinar si la decisión del OSIPTEL implicaba una vulneración al Contrato, no resultaba competente para determinar –en sustitución del regulador– el factor de productividad aplicable.

- (a) el procedimiento aplicado en la determinación del factor de productividad (se habría negado a TdP acceso a información tomada en cuenta por el regulador para determinar el factor, y se le habría negado la posibilidad de formular comentarios respecto de los criterios utilizados para el cálculo del factor de productividad),
- (b) la información de base tomada en cuenta por el regulador para el cálculo del factor (se habría utilizado indebidamente el número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil prestadas por la empresa),
- (c) la estimación de algunos de las variables que intervienen en la determinación del factor de productividad (se habría adoptado una metodología para calcular el costo del patrimonio de la empresa que no se ajustaría a los estándares internacionales);
- (d) la extensión y forma en la que debía ser aplicado el factor de productividad a las tarifas de los distintos servicios prestados por la empresa (se discutía la aplicación del factor a planes tarifarios establecidos por la empresa tarifas y no a los componentes desagregados de los mismos, las tarifas de partida a ser consideradas en la aplicación del factor);
- (e) el factor que correspondía aplicar en defecto del determinado por el regulador (en la demanda se postuló un factor determinado distinto al calculado por el regulador y , en su defecto, se solicitó a los árbitros que determinen uno); y
- (f) la forma en que debía recuperarse las pérdidas generadas por el inadecuado cálculo del factor hecho por el regulador (se solicitó se declare el derecho a reajustar las tarifas tope promedio de conformidad con el nuevo Factor).

Como se puede ver, se discutió un tema claramente regulatorio. Así, en ese caso los árbitros resolvieron que si bien el tema técnico tarifario le correspondía a OSIPTEL, y que el regulador tenía un margen de discrecionalidad que los árbitros no podían calificar, sí eran competentes para declarar la existencia de una actuación arbitraria o no razonable que alejara el cálculo de lo que las partes habían pactado en el contrato. En ese caso se declaró la arbitrabilidad de la controversia vinculada a la determinación del RPI-X.

Otro antecedente que resulta también relevante es el del arbitraje iniciado por Telefónica del Perú en contra del Estado peruano por el incumplimiento a su Contrato de Concesión, derivado de la decisión adoptada por el OSIPTEL respecto de la determinación de los cargos de terminación, decisión que a su criterio habría sido contraria a lo establecido en el referido contrato⁵¹. En dicho proceso el OSIPTEL planteó una excepción de falta de competencia por considerar, fundamentalmente, que:

- (i) De acuerdo con la normatividad vigente OSIPTEL contaba con facultades para establecer los cargos de interconexión;
- (ii) Los Contratos de Concesión no pueden modificar las facultades legalmente concedidas a OSIPTEL;
- (iii) La Ley General de Arbitraje establece que no son arbitrables las materias concernientes a atribuciones o funciones del Estado, y la demanda de Telefónica se refería a actos administrativos emitidos por el OSIPTEL.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral declaró *infundada* la referida excepción de incompetencia por los siguientes argumentos:

- (i) “(...) la interpretación literal del Convenio Arbitral lleva a considerar (a) que éste alude a cualquier tipo de controversia entre las partes, sin excluir de sus alcances ninguna en particular (...) la primera conclusión a la que se llega es que, la intención de las partes al

⁵¹ Cabe señalar que este proceso arbitral, a diferencia del anteriormente citado, es público, toda vez que fue objeto de un proceso judicial de anulación de laudo, el cual fue finalmente declarado infundado.

incorporar el Convenio Arbitral a los Contratos de Concesión fue someter todas sus discrepancias al fuero arbitral, independientemente de si con ello se involucraba el *ius imperium* (...)

- (ii) Si bien “se ha sostenido que de interpretarse las cláusulas con la amplitud que resulta de la interpretación literal, se trataría de un pacto *contra legem* (...) no es eso, sin embargo, lo que se discute en el presente proceso arbitral, pues ninguna de las pretensiones de Telefónica cuestiona las funciones o atribuciones regulatorias de OSIPTEL ni objeta el hecho que los mandatos tengan naturaleza de actos administrativos sujetos al Derecho Público. Lo que cuestiona Telefónica es, más bien, el efecto que dichos mandatos –sin duda expedidos como consecuencia de las funciones y atribuciones de *ius imperium* de OSIPTEL– sobre los Contratos de Concesión que ella ha celebrado con el Estado (...). En otras palabras, Telefónica no pone en cuestión la potestad regulatoria de OSIPTEL, sino la supuesta violación de los Contratos de Concesión por efecto del ejercicio de dicha función o atribución, lo que no puede ser considerado como un asunto directamente concerniente a una atribución del Estado (...).”
- (iii) “(...) de interpretarse el Convenio Arbitral en el sentido que quedan excluidos aquellos actos en los cuales se encuentran involucradas potestades de *ius imperium* de OSIPTEL o del MTC, dicho convenio terminaría siendo inaplicable, pues la totalidad de su contenido concierne al interés público. En efecto, si por funciones o atribuciones de *ius imperium* se entiende la “potestad de mandato que, como tal (el Estado) ejerce siempre sobre las personas si se considera que dichas potestades de mando encuentran sustento en el interés público, que “sirve de justificación de toda actividad administrativa” (...) puede decirse que el contenido íntegro de los Contratos de Concesión es de interés público y se encuentra, por tanto, vinculado al *ius imperium* del Estado (...)”. Asimismo, se indicó que si “OSIPTEL y el MTC se expresan normalmente –y podría decirse que casi exclusivamente- a través de actos administrativos y reglamentos que importan el ejercicio de *ius imperium* del Estado, ningún acto administrativo expedido por OSIPTEL o por el MTC vinculado a los Contratos de Concesión podría ser cuestionado por la vía del procedimiento arbitral, deviniendo nuevamente el Convenio Arbitral en un pacto existente, aunque inaplicable por falta de objeto”.

Es de particular relevancia considerar que este pronunciamiento fue objeto de un posterior recurso de anulación de laudo ante el Poder Judicial. Uno de los fundamentos de esta solicitud fue precisamente la falta de competencia de los árbitros para conocer de la controversia, por tratarse supuestamente de una materia referida a facultades de *ius imperium* del Estado. Lo importante de este hecho es que la decisión del Tribunal Arbitral fue confirmada en el Poder Judicial, en donde se declaró infundado el recurso de anulación planteado en contra del Laudo. El argumento utilizado por la Corte Superior en su decisión fue el siguiente⁵²:

“Al haber invocado Telefónica del Perú S.A.A en el proceso arbitral que los mandatos de interconexión que tienen naturaleza de actos administrativos y constituyen funciones de *ius imperium* de OSIPTEL infringen los Contratos de Concesión a causa de dicha potestad regulatoria, corresponde el conocimiento de la controversia al fuero arbitral, por lo que no se ha incurrido en la causal antes referida”.

⁵² Resolución N° 47 expedida por la 5ª Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Expediente N° 598-2003.

Como se puede apreciar, el criterio utilizado por la Corte Superior es similar al utilizado por el Tribunal Arbitral: la materia resulta arbitrable en la medida que lo que se discute no es en sí misma la facultad legalmente concedida al regulador, sino el impacto que una decisión de éste puede tener respecto de las obligaciones contractuales asumidas por el Estado frente a un inversionista. Es decir, lo que se discute es finalmente si la decisión viola o no un derecho contractualmente reconocido al inversionista, más allá de las facultades con que pueda contar el regulador para emitir la decisión.

Este criterio ha sido reconocido en un tercer arbitraje seguido por Telefónica del Perú y el Estado peruano. Si bien este arbitraje no es público, se sabe que Telefónica demandó al Estado por considerar que una norma emitida por el MTC (Resolución Ministerial) en la que se posibilitaba a cualquier particular prestar el servicio público de teléfonos monederos, implicaba una violación a su Contrato de Concesión.

En dicho caso el MTC formuló una excepción de falta de competencia por considerar que la materia no era arbitrable, ya que se refería a aspectos relacionados con la actividad normativa del Estado. Nótese que en este caso incluso la alegación resultaba siendo más fuerte, toda vez que la actuación cuestionada era una vinculada a la función normativa del Estado, quizá aquella en la que más claramente se puede apreciar una función de *ius imperium* del Estado.

De lo que se sabe, dicha excepción fue declarada infundada por el Tribunal Arbitral, por considerar que Telefónica no habría cuestionado las facultades normativas del MTC ni habría solicitado la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma en cuestión, sino únicamente que el Tribunal se pronuncie respecto del efecto que esta norma tenía en relación a su Contrato de Concesión (incumplimiento). Esto, a criterio del Tribunal, sí era un tema arbitrable.

Es importante señalar que en dos de los casos de TdP (casos "factor RPI-X" y "cargo de terminación") los Tribunales Arbitrales derivaron que el carácter arbitrable de las controversias resultaba mucho más claro para el caso de TdP debido a que su Contrato de Concesión era un Contrato - Ley, lo cual implica necesariamente: (i) una renuncia del Estado a su *ius imperium*; (ii) que el contrato en cuestión tenga carácter civil; y, (iii) que el contenido del contrato no pueda ser modificado por la actividad normativa del Estado.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que el Tribunal Arbitral que resolvió el caso del "cargo de terminación" señaló expresamente que la arbitrabilidad de la materia no se desprendía exclusivamente del hecho que nos encontrásemos ante un Contrato - Ley, sino que este hecho solo hacía que la arbitrabilidad fuera aún más clara. En efecto, el argumento principal utilizado por el Tribunal Arbitral era que en el caso no se cuestionaban las facultades regulatorias del OSIPTEL, sino el efecto que su decisión tenía sobre el Contrato de Concesión, lo cual hacía a la materia arbitrable. Adicionalmente a ello se señaló que resultaba aún más clara la arbitrabilidad por el hecho que el contrato de TdP fuera un Contrato Ley (por los motivos antes señalados), pero que aún cuando no lo hubiera sido, la materia habría seguido siendo arbitrable.

Como veremos en el numeral siguiente, en el caso de un arbitraje CIADI, es posible derivar un argumento similar al de la calificación del contrato de concesión como Contrato Ley, del hecho que siendo el CIADI un tratado internacional, contiene una renuncia o limitación al *ius imperium* o soberanía y que por tanto es arbitrable cualquier incumplimiento, incluso si involucrara aspectos que atañen a las potestades del Estado.

10. La Arbitrabilidad de Temas Regulatorios o de *ius imperium* en los Arbitrajes CIADI

El criterio recogido en la jurisprudencia arbitral nacional citada es plenamente concordante con la práctica en el arbitraje nacional, en particular en los arbitrajes CIADI.

Así, por ejemplo, recientemente en un arbitraje CIADI un Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer si una Ley emitida por el Estado Ecuatoriano implicaba el incumplimiento de un Contrato de Concesión.

En efecto, en el caso *City Oriente Limited c. La República del Ecuador*⁵³, la empresa demandó un incumplimiento a su Contrato de Concesión derivado de la aplicación de una Ley en virtud de la cual se le exigía un pago no contemplado en su contrato. Si bien este caso aún se encuentra en trámite, el Tribunal Arbitral, en una decisión de jurisdicción, se declaró competente para conocer la controversia, aún cuando se derivase de una función normativa del Estado (*ius imperium*). Es más, en el marco del proceso el Tribunal Arbitral incluso emitió una medida cautelar a fin de evitar que se desplieguen los efectos de la norma en cuestión respecto del Contrato de Concesión de la demandante.

Así, en su Resolución de fecha 19 de noviembre de 2007, el Tribunal Arbitral ordenó que:

“La República del Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador [Petroecuador] se abstendrá de

-Iniciar o continuar, si ya hubiera iniciado, todo procedimiento o acción judicial, de cualquier naturaleza, dirigida contra o que involucre a City Oriente (...) y que tenga su origen o guarde relación con el Contrato de 29 de marzo de 1995, y/o con el efecto de la aplicación a dicho Contrato de la Ley N° 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos;

- Conminar o exigir a City Oriente Limited el pago de cualesquiera cantidades, derivadas de la aplicación al Contrato de 29 de marzo de 1995 de la Ley N° 2006-42 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos (...)”

Esta decisión fue cuestionada por el Estado Ecuatoriano precisamente por considerar que los Tribunales Arbitrales carecen de competencia para “suspender los efectos de un acto legislativo emanado del Congreso ecuatoriano”. En otras palabras, lo que el Ecuador alegó es que el Tribunal carecía de competencias para referirse a materias vinculadas con aspectos de *ius imperium* del Estado. Sobre este cuestionamiento, el Tribunal Arbitral señaló en su decisión de fecha 13 de mayo de 2008 lo siguiente:

“Un árbitro carece de competencia para suspender el poder legislador del Ecuador o actos legislativos emanados del Congreso ecuatoriano, y el Tribunal nunca lo ha pretendido, ni menos lo ha ordenado. Como ya dejó claro en la última frase del párrafo 43 de su Decisión, “[l]a función del Tribunal en este caso se circunscribe a resolver las disputas que surgen en relación al Contrato”. Y así ha ocurrido: lo que ha suspendido el Tribunal Arbitraje en sus Medidas Provisionales no son los actos legislativos del Ecuador, sino cualquier medida o acto conminatorio o de naturaleza coactiva de Petroecuador o de Ecuador, que tenga por resultado interferir en los derechos contractuales, incluido el derecho de la Demandante a demandar el cumplimiento del Contrato”.

Como puede apreciarse, la decisión del Tribunal en este caso resulta similar a la de los Tribunales locales en los tres casos de Telefónica: la materia en cuestión es arbitrable porque no se discuten las

⁵³ Caso CIADI N° ARB/06/21.

facultades del imperio del Estado, sino los efectos que respecto del contrato pueden tener las actuaciones del Estado sobre la base de tales facultades.

Debe destacarse que el criterio seguido por la jurisprudencia arbitral nacional, en nuestra opinión correctamente, encuentra un fundamento adicional cuando nos encontramos en un arbitraje internacional entre inversionista-Estado como es el caso del CIADI.

No debemos olvidar que el CIADI es un tratado internacional, suscrito entre Estados que han asumido, como consecuencia de dicha suscripción, obligaciones sujetas al ámbito del Derecho Internacional Público. Estas obligaciones, por las reglas y principios del Derecho Internacional Público, no pueden ser limitadas por reglas o normas del orden interno de alguno de los países que suscriben el tratado⁵⁴.

Justamente el mérito del CIADI ha sido extender esta característica particular del Derecho Internacional Público a favor de los nacionales de los países que suscriben el tratado (los inversionistas), dándoles un tratamiento asimilable, para estos efectos, al de los sujetos de Derecho Internacional (tradicionalmente limitados a los Estados y los organismos internacionales). Por ello, en caso de conflicto entre una norma de derecho internacional y un tratado, prima el tratado. Y en este caso el CIADI, como tratado internacional, favorece la arbitrabilidad de las controversias de este tipo, más allá de lo que diga la normatividad interna del país. De hecho son este tipo de controversias la que son la razón de ser del CIADI mismo, dando una garantía al inversionista contra los actos soberanos de los Estados que afectan los compromisos asumidos con dichos Estados con dichos inversionistas.

Así, en el supuesto negado que los laudos emitidos en el Perú sobre el particular estuvieran errados, igual existiría un argumento adicional que no afectaría la arbitrabilidad de este tipo de controversias en el CIADI.

Finalmente, es importante mencionar el caso *Duke Energy International Perú Investment N° 1 Ltd. c. República del Perú*⁵⁵, ya citado, en el que se discutió si una acotación efectuada por la SUNAT constituye o no un incumplimiento al Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito entre el Perú y la empresa demandante (definido en la cita siguiente con el término LSA, es decir, Legal Stability Agreement).

En este caso, el Tribunal señaló respecto de su competencia⁵⁶:

“The issue before the Tribunal is not a dispute about taxes but, rather, an investment dispute arising out of the imposition of taxes. Furthermore: (...)

- the Tax Court did not determine, not could it determine, the tax regime that was stabilized for Claimant’s investments under the DEI Bermuda LSA; (...)
- for the purpose of adjudicating DEI Bermuda’s claims, what the Tribunal must determine is not whether the decision of the Tax Court is right or wrong as a matter of Peruvian Tax Law, but whether that interpretation of the law in 2004, confirming SUNAT’s opinion of November 2001, is consistent with the rights stabilized for DEI Bermuda under its LSA”.

⁵⁴ Por ejemplo, un tratado de límites entre dos países hace irrelevante lo que el Congreso de uno de estos países diga sobre cuales son los límites. En ese caso prima el Tratado sobre la ley interna.

⁵⁵ Caso CIADI N° ARB/03/28.

⁵⁶ Resolución de fecha 01 de febrero de 2006.

Como se aprecia, en el caso en cuestión la decisión del Tribunal resulta similar: la materia es una arbitrable en la medida que lo que se discute no es la facultad en sí misma del ente administrativo en cuestión, sino el efecto que su decisión puede o no haber tenido en el Contrato. Es decir, si la decisión implicó una vulneración o no a un derecho contractualmente reconocido y, por tanto, un incumplimiento. Si uno cambia en el texto las referencias a *taxes* o *Tax law* por *economic regulations* verá que la conclusión del Tribunal es plenamente consistente con lo señalado en este artículo.

11. ¿Y quién decide sobre la *Arbitrabilidad de la Controversia*?

Sin embargo, más allá de la discusión conceptual sobre la arbitrabilidad, no debe dejarse de lado quién es el que decide si la controversia es o no arbitrable. Si se planteara una discrepancia respecto de la posibilidad de someter a arbitraje una controversia en relación a este tema sería definida por el propio Tribunal Arbitral que se conforme de acuerdo a las reglas establecidas.

El Estado no podrá resistirse al arbitraje simplemente alegando su no arbitrabilidad. Tendrá que esperar que, en aplicación del principio *kopetenz-kompetenz*, los propios árbitros definan si se consideran o no competentes. Por tanto el análisis de la arbitrabilidad debe hacerse no desde la perspectiva de lo que los funcionarios del Estado puedan creer, sino lo que los árbitros podrían pensar. Este principio está recogido tanto en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje⁵⁷ como en el artículo 41 del CIADI⁵⁸. Y la práctica y experiencia demuestra que los tribunales arbitrales en este tipo de controversias tienden a proteger su propia jurisdicción y competencia.

Como ya hemos visto, la posición en torno a este tema pareciera inclinarse en su mayoría a aceptar la arbitrabilidad de estos temas, más aún en el ámbito de CIADI.

En efecto, la facultad del Tribunal Arbitral de pronunciarse acerca de su propia competencia está expresamente reconocida en el artículo 41° del Convenio CIADI, el mismo que establece que:

“(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión”.

En ese sentido, incluso si se pretendiera cuestionar la arbitrabilidad de la disputa surgida sobre dichas materias, la autoridad competente para pronunciarse sobre el tema sería el propio Tribunal Arbitral que se conforme, lo que brinda garantías de un pronunciamiento técnico e imparcial sobre el particular. Cualquier decisión de las autoridades peruanas, incluso judiciales sobre esta materia, no sería oponible al inversionista.

Pero incluso si se cuestionara la decisión tomada por el Tribunal Arbitral en un arbitraje CIADI, esta decisión no será revisada por ninguna autoridad administrativa o judicial peruana, ni de ningún otro

⁵⁷ “**Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.**

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...)”.

⁵⁸ “**Artículo 41**

(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (...)”

país del mundo. De acuerdo a la Convención (artículo 52⁵⁹) la revisión de una decisión en la que el Tribunal Arbitral ha excedido sus facultades se ve en la anulación del laudo. Dicha decisión es adoptada por un Comité *Ad Hoc* nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones, es decir, el organismo del Banco Mundial a cargo de la aplicación del CIADI⁶⁰.

El Comité es integrado por tres árbitros distintos a los que resolvieron la controversia y solo puede declarar la nulidad del laudo si (1) el Tribunal no ha sido constituido adecuadamente, (2) el Tribunal ha excedido *manifiestamente* sus poderes, (3) ha existido corrupción de uno de los miembros del Tribunal, (4) se han alejado seriamente de una regla fundamental de procedimiento, o (5) el laudo no ha establecido las razones en que se basa la decisión.

Las causales, además de taxativas, son bastante restrictivas y en la práctica determinan que es sumamente inusual que se deje sin efecto un laudo. Por tanto, en caso los árbitros se declaren competentes, es muy poco probable que el Comité *Ad Hoc* modifique tal decisión.

12. El Estado y Luis XIV

⁵⁹ “Artículo 52.-

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo”.

⁶⁰ El Presidente del Consejo es el Presidente del Banco Mundial.

Históricamente no está muy claro si la frase “El Estado Soy Yo” fue de autoría de Luis XIV. De hecho, ni siquiera está claro que él la habría pronunciado. Algunos atribuyen la frase a sus enemigos, quienes tratando de retratar su tendencia a un poder sin límites, le endilgaban la frase al Rey para desprestigiarlo y calificarlo como despótico.

Lo cierto es que la misma frase, aplicada al Estado moderno puede dar lugar a la misma discusión. ¿Es el Estado el que se niega al arbitraje esgrimiendo que sus potestades públicas no deben quedar sometidas a ninguna revisión de naturaleza privada? O, por el contrario ¿Debe el Estado promover su propio *accountability* precisamente para atraer inversiones y autovacunarse contra el riesgo regulatorio aceptando que no hay ecuación perfecta entre funcionario y Estado? En ese segundo caso el funcionario estaría reconociendo que el valor y confiabilidad de sus decisiones significa colocarse y aceptar límites.

Creo que los últimos años muestran que nos hemos movido clara y frontalmente a favor de la segunda posición. El Estado está haciendo esfuerzos por mostrarse confiable, y por tanto ha generado marcos legales que escapan a la percepción de que “El Estado Soy Yo” para movernos hacia una visión más abierta, en la que se reconoce que se pueden cometer errores, que la visión romántica del Estado (y del funcionario) es equivocada y que lo mejor es someterse a un sistema imparcial e independiente que vigile las decisiones públicas y sus consecuencias.

Es de esperar que el inversionista, en especial el extranjero, desconfíe de las cortes nacionales del Estado con el que se vincula. Por su parte es de esperar que el Estado desconfíe de las cortes nacionales del país del inversionista. Por tanto la solución será el arbitraje.

En el Perú, como en varios países de la región (en los que además, coincidentemente los resultados económicos parecen mostrarse mejores) hemos roto el principio de que “Los funcionarios no van a repartir las lampas con las que los van a enterrar”. Y es que los funcionarios han entendido que permitir la arbitrabilidad de ciertas controversias no es la muerte de lo público, sino su dinamización y reformulación hacia una administración pública más moderna y *accountable*. El *accountability* no solo nos garantiza más inversión, sino que nos asegura una mejor administración pública. Una administración en la que como decía John Stuart MILL el interés del funcionario sea perfectamente coincidente con su deber.

Por ello creemos que no debemos retroceder. Reconocer la importancia de rendir cuentas es un principio de autoresponsabilidad que todo funcionario no solo debe aceptar, son incluso promover.

