

**¿ÁRBITRAJE Y REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS?
EL CASO DE OSITRAN**

Volumen 17 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**¿Arbitraje y regulación de
servicios públicos?
El caso de OSITRAN**

Mario Castillo Freyre
Rita Sabroso Minaya



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

¿ARBITRAJE Y REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS? EL CASO DE OSITRAN

Primera edición, diciembre 2011

Tiraje: 1,000 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, RITA SABROSO MINAYA, autores

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2011

Av. Arequipa 2327, Lince

Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2011

Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú

Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627

palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los autores.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2011-16024

ISBN: 978-612-4047-70-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Páginas
INTRODUCCIÓN	11
ORGANISMOS REGULADORES	13
1. EL ESTADO Y SUS FUNCIONES	15
2. ASPECTOS GENERALES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES	21
3. ORGANISMOS REGULADORES EN EL PERÚ	24
3.1. <i>Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones</i>	33
3.2. <i>Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería</i>	38
3.3. <i>Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento</i>	41
3.4. <i>Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público</i>	43
4. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO Y LOS ORGANISMOS REGULADORES	46
5. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	47
MARCO LEGAL SOBRE LA ARBITRABILIDAD	59
1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE MATERIA ARBITRABLE	61
2. ARBITRABILIDAD OBJETIVA	64

2.1. <i>Libre disposición y patrimonialidad</i>	64
2.2. <i>Criterio positivo y criterio negativo</i>	68
3. MATERIA ARBITRABLE EN EL DECRETO LEGISLATIVO n.º 1071 QUE REGULA EL ARBITRAJE	69
4. ¿LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES —DERIVADAS DEL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES Y FUNCIONES OTORGADAS POR LEY Y CUYA COMPETENCIA ES EXCLUSIVA DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO POR LA LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO— PUEDEN SER MATERIA ARBITRABLE?	76
4.1. <i>¿Los tratados bilaterales o multilaterales convierten en arbitrables las funciones de competencia exclusiva de los organismos reguladores?</i>	82
5. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA: ALCANCES DEL ARTÍCULO 14 DEL DECRETO LEGISLATIVO n.º 1071	90
5.1. <i>¿OSITRAN puede participar en los arbitrajes sobre temas regulatorios?</i>	99
5.2. <i>¿Es posible que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios o que los Consejos de Usuarios participen en los arbitrajes sobre temas regulatorios?</i>	102
EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL CONTRATO LEY	105
1. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	107
2. CONTRATO DE CONCESIÓN	113
2.1. <i>Clases de concesión</i>	117
2.2. <i>Naturaleza jurídica del contrato de concesión</i>	119
2.3. <i>Partes en el contrato de concesión</i>	125
3. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ESTADO	131

4. ¿UN CONTRATO DE CONCESIÓN PUEDE INCLUIR VÁLIDAMENTE UN CONVENIO ARBITRAL QUE ESTABLEZCA QUE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES (DERIVADAS O RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES OTORGADAS EXPRESAMENTE POR LEY) SON MATERIA ARBITRABLE? 144
5. ¿CUÁLES SON LAS CONTROVERSIAS QUE SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE? 147
6. ¿LA CELEBRACIÓN ENTRE EL CONCESIONARIO Y EL ESTADO DE UN CONTRATO DE SEGURIDADES Y GARANTÍAS IMPLICA QUE DEBA ENTENDERSE QUE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES (DERIVADAS O RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES OTORGADAS EXPRESAMENTE POR LEY Y DE COMPETENCIA EXCLUSIVA) SON MATERIA ARBITRABLE? 148
7. LOS CONVENIOS ARBITRALES CONTENIDOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO 158
 - 7.1. *¿Las exclusiones previstas en los convenios arbitrales (relativas a que no son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley), cumplen efectivamente con evitar que dichas decisiones sean sometidas a arbitraje por parte del concesionario?* 164
8. ¿EL DECRETO LEGISLATIVO n.º 1071 ESTÁ PENSADO PARA REGULAR EL ARBITRAJE REGULATORIO (EN DONDE SE DISCUTEN LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES QUE NO SE DERIVAN O NO TIENEN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES

OTORGADAS EXPRESAMENTE POR LEY, ES DECIR, DE LA MATERIA REGULATORIA ARBITRABLE) O ES NECESARIA LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY ESPECIAL SOBRE MATERIA ARBITRABLE EN TEMAS REGULATORIOS?	170
---	-----

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES	175
-------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	183
--------------	-----

INTRODUCCIÓN

En el año 2007 la *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio publicó sus volúmenes 3 y 4, titulados *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, obra que reunió importantísimos aportes de profesores europeos y en donde se ponía en evidencia cómo el arbitraje estaba penetrando diversos sectores de la sociedad y de la economía.

Ello no significa, sin embargo, que los ámbitos del arbitraje sean infinitos y que el Estado no reserve para sus propios fueros, determinados ámbitos que son ajenos al arbitraje.

A partir del año 2010, mi Estudio de Abogados tuvo la oportunidad de conocer profesionalmente acerca de la existencia de distintos procesos arbitrales en los cuales empresas particulares cuestionaban indirectamente decisiones de uno de los organismos reguladores, el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

Durante los primeros meses del año 2011, este tema fue objeto de nutrido debate, ya sea en seminarios, conferencias y publicaciones especializadas.

En ese sentido, esta obra, el volumen 17 de la *Biblioteca de Arbitraje*, se nutre de las experiencias profesionales adquiridas en la materia y constituye una reflexión, lo más objetiva y desapasionada posible, sobre el arbitraje y la regulación de servicios públicos y, específicamente, desarrollamos nuestra posición con respecto al caso concreto de OSITRAN.

Este libro se divide en tres partes.

En la primera de ellas tratamos acerca de los organismos reguladores; en la segunda, abordamos el marco legal relativo a la arbitrabilidad; y en la tercera parte, desarrollamos el contrato de concesión y el contrato ley.

Por lo demás, finalizamos nuestro trabajo con las respectivas síntesis y conclusiones.

Tanto los autores como la *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio, esperan que esta obra contribuya al debate y al enriquecimiento teórico de un tema tan importante y tan controversial como el que es objeto de tratamiento en el libro que presentamos.

Lima, septiembre del 2011

MARIO CASTILLO FREYRE^{*}

RITA SABROSO MINAYA^{**}

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

** Rita Sabroso Minaya, Abogada en ejercicio. Profesora de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre c.

ORGANISMOS REGULADORES

ORGANISMOS REGULADORES

1. EL ESTADO Y SUS FUNCIONES

Según Cabanellas,¹ la denominación *Estado* tiene diversas acepciones. Así, podría considerarse como una sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y de afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares exteriores.

Otra acepción es aquélla que contempla al *Estado* como un conjunto de poderes públicos, acepción que se asimila a la denominación *gobierno*, de la cual se diferencia por constituir éste la encarnación personal y el órgano ejecutivo de aquél.²

Por su parte, para Cassagne,³ la acepción *Estado* adquiere su máxima expresión como una institución necesaria y fundamental que deriva de la naturaleza social del hombre, destacando como su finalidad, el establecer el buen orden de la vida.

Por ello, al Estado es a quien le corresponde constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.⁴

¹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, tomo III, p. 567.

² CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, p. 567.

³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2010, tomo I, p. 72.

⁴ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., 2005, tomo I, p. 82.

Así, el principio que unifica y otorga coherencia a la organización estatal es el de la «autoridad», que se mantiene por intermedio del «poder», el cual actúa con el fin de asegurar el orden social, fundamentalmente a través de la ley, que siempre debe ser justa, conforme a la naturaleza, y apropiada a las costumbres del país.⁵

En efecto, la concepción del llamado «poder estatal» no ha variado de la idea romanista que consideraba al *imperium* como el poder de mando o supremacía sobre todos los individuos, no obstante, los distintos sistemas políticos que se han sucedido y las doctrinas que los han sustentado. En tal sentido, puede advertirse que el poder del Estado es omnipotente.⁶

En consecuencia, podemos decir que la principal característica del Estado es el *ius imperium* que puede ejercer entre los individuos, a fin de poder alcanzar el bienestar general.

Otra característica es que el gobierno del Estado es unitario, conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución Política del Perú, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 43.- «Estado y el Gobierno de la Nación

[...]

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

Como bien señala Bernales,⁷ el citado artículo establece, en primer lugar, que el Estado es uno e indivisible, lo cual significa que es íntegro en su totalidad y en sus partes; vale decir, una unidad absoluta. Esta

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 73.

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 76.

⁷ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993*. Lima: Rao, 1999, p. 310.

característica es particularmente aplicable cuando se discuten temas de regionalización y descentralización, toda vez que no todo el poder de decisión reside en el nivel nacional del Estado, sino que también hay organismos de gobierno que tienen competencias propias y exclusivas, que ejercen sin consultar al Gobierno Central.

Esta característica, está relacionada con el carácter unitario, representativo y descentralizado del Estado, mencionado en el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución, en el que se pone más en evidencia el principio de separación de poderes, que tiene como postulado fundamental que el poder público de un determinado nivel o ámbito territorial no recaiga en manos de una o de pocas personas, sino que sea distribuido entre órganos, de manera que cada uno de éstos tenga una cuota de poder —esto es, de competencias— y al propio tiempo la posibilidad de controlar efectivamente a los otros poderes; evitándose de esta manera la tiranía, es decir, el ejercicio exclusivo por parte de una persona o un grupo de personas.⁸

Así, existe una dimensión gubernativa del Estado que tiene alcance nacional, que se conoce como Gobierno Central, conformado por los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a los que hay que añadir varios otros órganos de singular importancia, como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Defensoría del Pueblo, los Organismos Reguladores, etc.; los cuales en conjunto y según sus especialidades y competencias, gobiernan el país.⁹

Las funciones del Estado han sido determinadas teniendo en cuenta la concepción doctrinal de la separación de poderes.

En efecto, como señala Cassagne,¹⁰ la separación de poderes constituye un alegato contra la concentración del poder a favor de los derechos

⁸ *Idem.*

⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Op. cit.*, p. 309.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 101.

individuales, hallándose orientada, fundamentalmente, a la separación entre los órganos Ejecutivo y Legislativo.

Sin embargo, la expresión división o separación de poderes, de uso habitual, no corresponde con exactitud al contenido, porque el poder es único, es decir, en estricto no es la división como tal, sino más bien una distribución de facultades de los órganos jerárquicos del Estado. No hay que seguir la falsa idea de desvinculación, aislamiento o antagonismo de poderes.¹¹

Entonces, se parte del reconocimiento de que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, por lo cual se hace necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de posiciones de poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas debe asegurar naturalmente la libertad del hombre.¹²

En este orden de ideas, Cassagne¹³ señala que esta doctrina procura la adjudicación de cada una de las funciones del Estado a órganos distintos y separados, dotándolos de independencia orgánica, sin que se deba aplicar del modo más estricto.

Por ello, partiendo de la idea de unidad del poder del Estado, puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes, pero nunca una separación que opere —con límites precisos y definitivos— una delimitación absoluta de las funciones.

Las funciones del poder constituyen distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se

¹¹ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 186.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 101.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 102.

canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.¹⁴

Entonces, es en base a la separación de poderes que nace la función gubernativa, de carácter superior y excepcional. Luego, las funciones del Estado pueden clasificarse desde un punto de vista material en: administrativa, legislativa y jurisdiccional.¹⁵

A entender de Dromi,¹⁶ la función gubernativa o política es la actividad estatal discrecional sin límites jurídicos, la cual es realizada en ejecución de una directa atribución constitucional por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundados en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política.

Así, el referido autor enseña que las técnicas jurídicas de transferencia de competencias como modos delegativos del ejercicio del poder, no afectan la indivisibilidad y unidad del poder público. La transferencia de competencias del Estado a entidades públicas —estatales o no— como procedimiento para la ejecución de «medios» en prosecución de «fines», y por cualquiera de sus formas (descentralización, desconcentración y delegación) no altera la unidad institucional del poder.

A entender de Cassagne,¹⁷ la función administrativa es una actividad permanente, concreta, práctica e inmediata; la legislativa consiste en el dictado de normas generales obligatorias; y, la tercera función (jurisdiccional) es una actividad que se traduce en la decisión de controversias con fuerza de verdad legal. Las tres funciones deben perseguir, primordialmente, en su orientación teleológica, la realización del bien común, ya sea en forma inmediata o mediata.

¹⁴ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 187.

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 102.

¹⁶ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 188.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 103.

Las principales características de las tres funciones son:¹⁸

- (i) Función administrativa: Es un complejo de órganos y sujetos encuadrados en el Poder Ejecutivo, que servirá para el estudio de la organización y del proceso histórico de ampliación de las competencias de los órganos y sujetos administrativos.

Esta función no sólo constituye la actividad que realiza el Poder Ejecutivo y los órganos y sujetos que actúan en su esfera, sino que, además, se incorporan las actividades que materialmente no son administrativas, como la actividad reglamentaria y jurisdiccional.

Ahora bien, las notas que caracterizan a la administración y que permiten diferenciarla de la legislación y de la jurisdicción son, principalmente, su carácter concreto, la inmediatez y la continuidad.

- (ii) Función legislativa: Es aquélla que traduce el dictado de normas jurídicas, que tienen como característica propia su alcance general y su obligatoriedad, destinadas para los administrados. En consecuencia, los diversos reglamentos que se emiten en el ámbito del Poder Ejecutivo, constituyen el ejercicio de funciones que no se diferencian de las leyes generales que sanciona el Congreso, aun cuando éstas poseen una jerarquía normativa superior. Cabe resaltar que no sólo el Poder Ejecutivo ejerce la potestad reglamentaria, toda vez que el Poder Judicial también la ejerce aunque en menor medida.
- (iii) Función jurisdiccional: Es la actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal, como por ejemplo, las decisiones del Tribunal Constitucional. Así, se advierte que esta función puede ser cumplida por órganos que se hallan encuadrados en el Poder Eje-

¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, pp. 103 a 114.

cutivo, por cuestiones de especialización y siempre que se cumplan determinados requisitos que impone el sistema constitucional.

Además, sólo si se respeta la teoría de la separación de poderes será posible aceptar la existencia de entes o tribunales administrativos realizando típicas funciones jurisdiccionales, aun cuando deba conservarse la potestad de los jueces para controlar su ejercicio, mediante un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba.

2. ASPECTOS GENERALES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES

La intervención del Estado en la economía ha sido causa de permanentes controversias. Así, en la práctica, muchos gobiernos justificaron su intromisión arguyendo causas estabilizadoras y distributivas, sin considerar la asignación eficiente de los recursos.¹⁹

Según Gallardo,²⁰ existen varias razones por las que, aun cuando la economía de mercado por sí misma es eficiente para controlarse, el Estado debe intervenir en determinados casos. De esta manera, el gobierno tiene que participar cuando se produzcan problemas de asimetría en la información, presencia de externalidades, predominio del poder monopólico y existencia de bienes públicos.

Sobre el particular, Kahn²¹ agrega que, en esencia, el objetivo de la regulación es tratar de simular la competencia, para lo cual emite órdenes administrativas y reglamentos, pues posee el poder para hacerlas cumplir.

¹⁹ S/N AUTOR. «¿OSI...qué? Los organismos reguladores y su razón de ser». En: *Business, negocios en el Perú*. Lima, abril 1998, n.º 43, p. 58.

²⁰ Citado en «¿OSI...qué? Los organismos reguladores y su razón de ser». *Op. cit.*, p. 58.

²¹ Citado en «¿OSI...qué? Los organismos reguladores y su razón de ser». *Op. cit.*, pp. 58-59.

Tal como afirma Tassano,²² muchos empresarios en el mundo a través de las gestiones de sus gobiernos de turno, han cambiado su rol de dueños y operadores de empresas de servicios, dando lugar al establecimiento de acuerdos regulatorios, con el fin principal de mejorar la prestación de diversos servicios considerados como esenciales para lograr un adecuado desarrollo económico.

La desregulación, la privatización y la reestructuración generan puntos políticos de difícil manejo. Por ello, el desempeño de las agencias reguladoras debe buscar la credibilidad en los inversionistas, la transparencia en sus procesos y la eficiencia de la economía en general.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que los organismos reguladores se crean para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión, aislados de los vaivenes políticos, más aún en un país con una institucionalidad débil.

Todo ello teniendo en consideración, como bien señala Tassano,²³ que el objetivo no es tener un ente regulador exitoso, sino que el regulador contribuya con su labor a tener un sector con un buen desempeño; para lo cual es necesario incrementar la credibilidad regulatoria, usar los recursos eficientemente, adoptar procesos transparentes, decisiones técnicamente sustentables y predecibles por parte del regulador.

De esta manera, el arte de la regulación —herramienta de los reguladores— consiste en el entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales.

²² TASANO VELAOCHAGA, Hebert. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos». En *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 4, pp. 89 y 90.

²³ TASANO VELAOCHAGA, Hebert. *Op. cit.*, p. 90.

Ahora bien, para que se puedan lograr los objetivos señalados, el Estado deberá proveer de herramientas necesarias al regulador, toda vez que lo que se desea es introducir una nueva estructura de mercado que requiere autoridad legal, técnica y recursos.

En este sentido, Tassano²⁴ establece tres factores determinantes para la efectividad del ente regulador, a saber:

- (i) Un marco legal que defina sus funciones y le provea autoridad.
- (ii) Recursos disponibles y de libre manejo para realizar sus funciones.
- (iii) Capacidad técnica y moral de sus funcionarios. (El subrayado es nuestro).

Es importante resaltar que el nivel de independencia que debe tener el regulador en sus relaciones con el entorno y con los objetivos de la actividad regulatoria, implica que debe guardar distancia en sus relaciones con las empresas y con los procesos políticos. Dado que su objetivo es mantener un equilibrio entre las empresas y sus accionistas, las autoridades políticas de turno y los consumidores; el regulador no puede permitirse ser capturado por alguna de estas partes.

En consecuencia, el citado autor señala que, a fin de lograr la independencia del regulador, se debe:

- Establecer claramente en la ley, sus funciones y competencias, excluyendo toda discrecionalidad gubernamental.
- Elegir sus cuadros laborales sobre la base de criterios profesionales, con restricciones por conflictos de intereses.
- Proteger contra remociones arbitrarias, durante períodos fijos de terminados.

²⁴ *Idem.*

- Buscar que las decisiones del regulador sean adoptadas desde un punto de vista profesional y tomando en cuenta lo establecido en las normas.

Teniendo claros los objetivos generales que todo organismo regulador de un Estado debe seguir, entraremos a analizar el caso específico de los organismos reguladores en el Perú.

3. ORGANISMOS REGULADORES EN EL PERÚ

En el Perú la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía, que se desarrolló durante la década de los noventa.

En el referido proceso se determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

Dichas reformas estructurales implicaron un drástico cambio en cuanto al rol que debía desempeñar el Estado, pasando de un ente gestor y empresario, a uno regulador.

Como consecuencia de la reorientación del papel del Estado en la economía, se crearon organismos reguladores de los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, saneamiento y para las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias).

Sin embargo, no todos los organismos reguladores fueron creados con anterioridad al proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales al sector privado y/u otorgamiento de concesiones a empresas

privadas. En consecuencia, al ser creados en diferentes momentos, los organismos reguladores tenían importantes diferencias entre ellos, tanto en funciones como en estructura.

Por ello, se emitió la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley n.º 27332 (en adelante, Ley Marco),²⁵ con el propósito de establecer normas básicas y comunes de organización y funcionamiento de dichas entidades.

En efecto, la Ley Marco precisó cuáles eran las entidades que formarían parte de los organismos reguladores: OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones), OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), SUNASS (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento) y OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público) y su ubicación en la estructura del Estado (adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros), precisando —además— que son organismos «con personería de derecho público y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera».

Cabe señalar que la Ley Marco no reemplazó a las leyes preexistentes que establecían el régimen legal de cada organismo regulador, las cuales siguieron vigentes, aunque su aplicación debió adecuarse al nuevo marco legal y, así, poder uniformizarlas.

Luego, el Poder Ejecutivo dictó progresivamente los nuevos Estatutos para cada uno de los organismos reguladores. Las normas posteriores —en términos generales— realizaron el esfuerzo de homogeneizar —en la medida de lo posible— el régimen básico de los organismos reguladores en orden a reforzar su autonomía y potenciar sus potestades.

²⁵ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 14 de julio de 2000.

Sobre el particular, Tassano²⁶ señala que la Ley Marco establece que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos, poseen las siguientes características:

- Actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y de la que se derive de los respectivos contratos de concesión.
- Su principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicios públicos y de los compromisos contraídos en los contratos de concesión.
- Ejercen potestades de regulación económica, principalmente en materia de determinación de tarifas.
- Promoción de la competitividad en los mercados.
- Determinación de niveles de calidad y cobertura del servicio.
- Garantías de las condiciones de acceso a la actividad y titulización de las redes.
- Solución de controversias y reclamos de usuarios.

Asimismo, la Ley Marco estableció —en su artículo 3.1.— las funciones que les corresponde ejercer a los organismos reguladores, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia; a saber: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de los reclamos de los usuarios.

A continuación, una breve referencia sobre cada una de las funciones contempladas por la Ley Marco:

²⁶ TASANO VELAOCHAGA, Hebert. *Op. cit.*, p. 94.

(i) *Función supervisora*

Regulada en el literal a) del numeral 3.1. de la Ley Marco. Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada.

Sobre el particular, Zambrano²⁷ señala que esta función reviste especial importancia, a efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras en la prestación de servicios públicos a sus usuarios. La importancia de contar con una función supervisora orientada para tal fin es elemental.

Por su parte, Guzmán²⁸ señala que la supervisión implica la verificación del cumplimiento de las obligaciones aplicables a los operadores del servicio público regulado. En general, estas obligaciones provienen de diversas fuentes, que pueden ser:

- (i) Legales: obligaciones provenientes de la Ley e incluso de la norma constitucional.
- (ii) Contractuales: Que provienen de los contratos celebrados entre el Estado y los prestadores del servicio, en particular los de privatización y concesión. Los organismos reguladores se convierten en los supervisores de la ejecución de los contratos

²⁷ ZAMBRANO COPELLO, Verónica. «Los usuarios de servicios públicos como fin último de la regulación». En *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 5, p. 125.

²⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. «Los entes reguladores en la Constitución». En *Revista Peruana de Derecho Público Administrativo y Constitucional*. Lima: Grijley, enero-junio de 2003, n.º 4, pp. 41 y 42.

antes referidos y de las actividades posteriores a la privatización.

- (iii) Técnicas: Obligaciones derivadas de normas reglamentarias generadas por el propio ente regulador, en uso de su facultad normativa. En general, dichas normas reglamentarias contienen reglas relativas a la calidad del servicio, a los mecanismos de prestación y a los procedimientos a seguir.

Asimismo, el ente regulador supervisa el cumplimiento de los actos administrativos emitidos por dicho organismo, resoluciones que operan con carácter más bien particular.²⁹

(ii) Función reguladora

Según el literal b) del numeral 3.1. de la Ley Marco, esta función comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

Sobre el particular, Guzmán³⁰ sostiene que esta función implica la determinación de tarifas, en general, a través de topes máximos. La fijación de tarifas permitiría asegurar el establecimiento de las mismas de manera acorde con el mercado, a través de criterios técnicos, de tal forma que el ente regulador establezca cuál sería la tarifa adecuada.

Así, se tiene que la función reguladora configura quizá la función más polémica de los entes reguladores, toda vez que no es razonable determinar precios administrativamente si es que el servicio se encuentra sometido al régimen de libre competencia, puesto que el mercado establecerá la tarifa más eficiente.

²⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, p. 30.

³⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, pp. 41 y 42.

En relación a este punto, Gaspar³¹ establece que desafortunadamente, en muchas oportunidades se emplea el control de precios por motivos políticos, sin que existan razones técnicas que lo justifiquen y cuando el mercado puede definir de manera adecuada el nivel de precios.

A entender de Guzmán,³² el procedimiento de fijación de tarifas, tal como está diseñado, presenta algunos defectos que deben ser subsanados, toda vez que en este ámbito, la información relevante dentro del referido procedimiento nunca se hace pública.

Por lo tanto, se necesita que las bases del estudio, la información utilizada y los procedimientos de cálculo se hagan públicos una vez finalizado el proceso, a través de todos los medios disponibles en la actualidad.

Finalmente, se señala que el proceso de fijación de tarifas no soluciona razonablemente el problema de información asimétrica entre empresas reguladas y la autoridad, el mismo que se ve exacerbado por la inexistencia de un sistema de contabilidad regulatorio que permita recabar continuamente información estandarizada.

Por todo ello, Guzmán³³ sostiene que queda claro que la regulación de tarifas debe establecerse de manera excepcional, siendo dicha regulación una tarea que debe asignarse fundamentalmente al mercado y no a un ente estatal.

(iii) Función normativa

Establecida en el literal c) del numeral 3.1. de la Ley Marco. Comprende la facultad de dictar —en el ámbito y la materia de sus res-

³¹ Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, p. 42.

³² GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, pp. 42 y 43.

³³ *Idem.*

pectivas competencias— los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Asimismo, comprende la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquéllas derivadas de los contratos de concesión, en su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

Tal como establece Guzmán,³⁴ la presente función permite dictar reglamentos y normas para regular la prestación del servicio. Los reglamentos de los organismos reguladores complementan la regulación económica efectuada por la Ley y, a la vez, complementan las obligaciones de los prestadores del servicio resultantes del contrato de concesión.

Las normas emitidas por los entes pueden ser técnicas o jurídicas, en virtud del enfoque que establezcan y se refieren fundamentalmente a la calidad y las modalidades de prestación de los servicios. Los reglamentos emitidos por los organismos reguladores conforman un clásico ejemplo de reglamentos autónomos, puesto que no reglamentan ley alguna.

Lo último no justifica que no exista una norma legal que autorice la emisión reglamentaria ni que la emisión de los mismos no se sujete a determinados parámetros.

Es evidente que los referidos reglamentos no pueden afectar situaciones jurídicas que se encuentran reservadas a la Ley. Ello tiene su origen en el hecho de que sólo por Ley puede restringirse derechos fundamentales. A ello hay que agregar el hecho de que la función

³⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, pp. 43 y 44.

supervisora y, por ende, la función fiscalizadora, se basan en las obligaciones que provienen de los reglamentos existentes, en particular respecto a los operadores del servicio.

(iv) Función fiscalizadora o sancionadora

Regulada en el literal c) del numeral 3.1. de la Ley Marco. Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia, por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

La actividad fiscalizadora implica imponer sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones materia de supervisión. Dichas sanciones están determinadas por las normas que regulan el servicio en cuestión y el funcionamiento del ente regulador del cual se trate.

A entender de Guzmán,³⁵ esta función genera también algunos inconvenientes, derivados del control que el ordenamiento jurídico debe realizar de la actividad sancionadora del Estado.

Existe un conjunto de garantías que son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, que pueden considerarse similares a las aplicables al proceso penal, como por ejemplo, el principio de legalidad, tipicidad, razonabilidad, *non bis in idem* y causalidad. Dichas garantías son también pertinentes respecto a las sanciones que aplica la Administración Pública, es decir, el ente regulador.

(v) Función de solución de controversias

Según el literal e) del numeral 3.1. de la Ley Marco, esta función comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre en-

³⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, p. 44.

tidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los usuarios, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

En efecto, como señala Guzmán,³⁶ los entes reguladores concilian intereses de las empresas o entidades y los usuarios, lo que ocurre en ejercicio de la función cuasijurisdiccional de la Administración Pública. Esta función es un mecanismo que permite la solución de los conflictos en el ámbito administrativo, a efectos de que lleguen de manera limitada al Poder Judicial; obteniendo como resultado el que los organismos reguladores asignen derechos, impongan deberes, modifiquen relaciones y situaciones jurídicas y establezcan sanciones.

Para ello existe un Tribunal de Solución de Controversias en cada organismo regulador, el mismo que se encuentra encargado de la solución de los conflictos que se generen. La resolución emitida por el tribunal agota la vía administrativa, es de obligatorio cumplimiento y genera precedentes de observancia obligatoria.

Sin embargo, los referidos tribunales no poseen carácter jurisdiccional, sino administrativo, siendo sus resoluciones susceptibles de ser impugnadas ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo.³⁷

(vi) Función de solución de los reclamos

Establecida en el literal c) del numeral 3.1. de la Ley Marco. Comprende la solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

³⁶ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, p. 45.

³⁷ Tema sobre el cual nos remitimos al punto 5 del presente capítulo.

Resulta natural que los entes reguladores resuelvan los reclamos de los usuarios respecto a los servicios que regulan y en relación con las empresas que los prestan.

Sin embargo, Guzmán³⁸ señala que es necesario que el usuario realice la acción previa, es decir, que presente el reclamo ante el prestador del servicio. Así, para efectos jurídicos, el procedimiento se inicia ante dicho prestador, sirviendo a su vez como mecanismos de filtro para que únicamente los reclamos realmente importantes sean tramitados por el organismo regulador.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 4 de la Ley Marco regula la función supervisora específica, a través de la cual —en los casos de privatizaciones y concesiones—³⁹ los Organismos Reguladores serán responsables de la supervisión de las actividades de postprivatización; mientras que el artículo 5 regula las facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas con las cuales contarán los Organismos Reguladores.

3.1. Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones

El artículo 79 del Decreto Legislativo n.º 702, que Declara de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueba normas que regulan la Promoción de Inversión Privada, crea el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.⁴⁰

³⁸ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Op. cit.*, p. 45.

³⁹ Realizados al amparo del Decreto Legislativo n.º 674, Ley de la Promoción de la Inversión Privada de las empresas del Estado.

⁴⁰ Mediante Decreto Supremo n.º 013-93-TCC, publicado el 6 de mayo de 1993, se publica el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 702, tomando la denominación de «Ley de Telecomunicaciones». En el Texto Único el artículo 79 se convierte en el artículo 76.

Los artículos 77 y 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo n.º 013-93-TCC, regulan las funciones de dicho organismo regulador, estableciendo lo siguiente:

Artículo 77.- «El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

- 1) Mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales de difusión y de valor añadido.
- 2) Proveer información y asistencia al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, cuando así lo requiera o cuando el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones lo considerara apropiado sobre cualquier materia relacionada a la competencia del Organismo.
- 3) Expedir directivas procesales para solucionar y resolver los reclamos de los usuarios de los servicios.
- 4) Resolver controversias por la vía administrativa entre prestadores de servicios portadores, finales de difusión y de valor añadido
- 5) **Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas, para su correcta aplicación.**
- 6) Asesorar al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción sobre el otorgamiento de autorizaciones, permisos y licencias.
- 7) Asegurar la correcta normalización y aprobación de equipos y aparatos de telecomunicaciones.
- 8) Administrar arbitrajes de acuerdo con lo previsto por esta ley y sus reglamentos.
- 9) **Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.**
- 10) Elaborar y administrar su presupuesto obtenido en base a las asignaciones conferidas por la presente Ley y sus reglamentos.

- 11) Administrar el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones, FITELE, de acuerdo a lo señalado por la presente Ley y sus Reglamentos.
- 12) Ejercer las funciones y atribuciones que le fueran delegadas por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- 13) Las demás que esta Ley señala o establezca su reglamento, cuya elaboración y aprobación mediante Decreto Supremo, le corresponde al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

El poder regulatorio que esta Ley concede a OSIPTEL en relación a materias de su competencia será ejercido a través de resoluciones expedidas por su Consejo Directivo». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Artículo 78.- «Además de lo señalado en el artículo precedente el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, en los siguientes casos:

- a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala.
- b) Las relacionadas con la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, incluyendo los aspectos técnicos y las condiciones económicas.
- c) Las relacionadas con las tarifas entre empresas.
- d) Las relacionadas con el aspecto técnico entre las empresas».

De conformidad con lo establecido por el artículo 22 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, Decreto Supremo n.º 008-2001-PCM (en adelante, el Reglamento de OSIPTEL), para el cumplimiento de sus objetivos, OSIPTEL cuenta con las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias.

Asimismo, cabe resaltar que el artículo 35 del Reglamento de OSIPTEL establece que en caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que dicho organismo realice de una regulación y/o de una disposición normativa, en un caso particular, por parte de una empresa operadora, ésta podrá cuestionar dicha interpretación ante el Consejo Directivo.

Por su parte, el artículo 40 del Reglamento de OSIPTEL establece que la función fiscalizadora y sancionadora permite al OSIPTEL imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Cada acto que OSIPTEL emite en ejercicio de sus funciones es un acto administrativo que se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado. En tal sentido, para impugnar las decisiones emitidas por OSIPTEL se debe acudir —luego de agotada la vía administrativa— a un proceso contencioso administrativo, de conformidad con lo establecido por los artículos 11 y 13 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley n.º 27584.⁴¹

⁴¹ Artículo 11.- «*Legitimidad para obrar activa*

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquélla produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa».

Artículo 13.- «*Legitimidad para obrar pasiva*

La demanda contencioso administrativa se dirige contra:

1. La entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada.

Así, por ejemplo, el artículo 41 del Reglamento de OSIPTEL establece que la función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL y, en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo de este organismo. En dicho supuesto, si alguna de las empresas operadoras o demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, no estuviera de acuerdo con el acto administrativo emitido por el OSIPTEL, corresponderá que acuda al proceso contencioso administrativo.

En otras palabras, en aquellos casos en los que no se esté de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo —en segunda instancia—, se deberá acudir al Poder Judicial, a efectos de que el mismo ejerza el control jurídico a que se hace referencia en el artículo 1 de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo.⁴²

-
2. La entidad administrativa cuyo silencio, inercia u omisión es objeto del proceso.
 3. La entidad administrativa cuyo acto u omisión produjo daños y su resarcimiento es discutido en el proceso.
 4. La entidad administrativa y el particular que participaron en un procedimiento administrativo trilateral.
 5. El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley.
 6. La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 11 de la presente Ley.
 7. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado están incluidas en los supuestos previstos precedentemente, según corresponda».

⁴² Artículo 1.- «Concepto de acto administrativo

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2. No son actos administrativos:

De esta manera, a través de la acción contenciosa administrativa se ejerce un control sobre la actuación de la administración pública (en este caso, sobre los actos administrativos emitidos por el OSIPTEL), de conformidad con la exclusividad del proceso establecida por el artículo 3 de la referida Ley.⁴³

3.2. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

El artículo 1 de la Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía, Ley n.º 26734 (en adelante, Ley de OSINERG), crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.⁴⁴

El artículo 5 de la Ley de OSINERG regula las funciones de dicho organismo regulador, estableciendo lo siguiente:

Artículo 5.- «Funciones

Son funciones del OSINERG:

- a) Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.

1.2.1. Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esa Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2. Los comportamientos y actividades materiales de las entidades». (El subrayado es nuestro).

⁴³ Artículo 3.- «Exclusividad del proceso contencioso administrativo

Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales». (El subrayado es nuestro).

⁴⁴ De conformidad con el artículo 18 de la Ley n.º 28964, publicada el 24 de febrero de 2007, se establece que toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN, es decir, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

- b) Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.
- c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.
- d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.
- e) Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Por su parte, el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, Decreto Supremo n.º 054-2001-PCM, (en adelante, el Reglamento de OSINERGMIN), regula el contenido de las diversas funciones de dicha Entidad.

Así, el artículo 20 del referido Reglamento señala que OSINERGMIN cuenta con las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios.

El artículo 36 del Reglamento de OSINERGMIN establece lo siguiente:

Artículo 36.- «Definición de la Función Fiscalizadora y Sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite a OSINERG imponer sanciones a las ENTIDADES que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquéllas derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por OSINERG.

Los procedimientos establecidos por OSINERG deberán regirse por los principios establecidos en la normatividad sobre Procedimientos Administrativos, y respetarán el derecho de las ENTIDADES de presentar sus descargos antes de la imposición de una sanción.

Las sanciones previstas en los Contratos de Concesión suscritos al amparo del Decreto Supremo n.º 059-96-PCM tienen el carácter de penalidades contractuales por lo que su imposición por parte de OSINERG se deberá entender realizada en nombre y representación del órgano concedente. Las penalidades contractuales serán cuestionadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto por el respectivo Contrato de Concesión. (...)». (El subrayado es nuestro).

El artículo 30 del Reglamento de OSINERGMIN establece que en caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación en un caso particular, de una regulación y/o disposición normativa dictada por OSINERGMIN, la entidad afectada podrá cuestionar dicha interpretación o aplicación ante el Consejo Directivo. Contra la decisión del Consejo Directivo sólo procederá recurso de reconsideración.

Por su parte, el artículo 37 del Reglamento de OSINERGMIN establece que la función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio, o por denuncia de parte. Las sanciones serán impuestas por la Gerencia General. Sus resoluciones podrán ser apeladas ante el Consejo Directivo, quien resuelve en segunda y última instancia administrativa.

Como se puede apreciar de las normas citadas, cada acto que OSINERGMIN emite en ejercicio de sus funciones es un acto administrativo que se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado. En tal

sentido, para impugnar las decisiones emitidas por OSINERGMIN se debe acudir a un proceso contencioso administrativo, de conformidad con los artículos 11 y 13 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley n.º 27584.

En otras palabras, en aquellos casos en los que no se esté de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo —en segunda instancia—, se deberá acudir al Poder Judicial, para ejercer control sobre la actuación de la administración pública (en este caso, sobre los actos administrativos emitidos por OSINERGMIN), de conformidad con la exclusividad del proceso establecida por el artículo 3 de la referida Ley.

Sin embargo, el propio Reglamento de OSINERGMIN establece que las sanciones previstas en los Contratos de Concesión suscritos al amparo del Decreto Supremo n.º 059-96-PCM tienen el carácter de penalidades contractuales, por lo que su imposición por parte de OSINERG se deberá entender realizada en nombre y representación del órgano concedente. Y, lo más importante, que las penalidades contractuales serán cuestionadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto por el respectivo Contrato de Concesión (a saber, arbitraje).

Una disposición como la contenida en el tercer párrafo del artículo 36 del Reglamento de OSINERGMIN, no la encontramos en la normativa de los otros entes reguladores, materia del presente estudio.

3.3. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento

El artículo 1 del Decreto Ley n.º 25965 (en adelante, Ley de la SUNASS), crea la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

El artículo 16 del Reglamento General de la SUNASS, Decreto Supremo n.º 017-2001-PCM (en adelante, Reglamento de la SUNASS), establece que dicho organismo ejerce las funciones precisadas en dicho

Reglamento sobre las actividades que involucran la prestación de servicios de saneamiento. Por su parte, el artículo 18 indica que para el cumplimiento de los objetivos de la SUNASS, la institución cuenta con las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora y, de solución de controversias y reclamos.

Asimismo, el artículo 31 del referido Reglamento establece que en caso de surgir una discrepancia sobre la interpretación o aplicación que la SUNASS realice de una regulación y/o disposición normativa en un caso particular, la empresa prestadora correspondiente podrá cuestionar dicha interpretación o aplicación ante el Consejo Directivo.

Según el artículo 35 del Reglamento, la función fiscalizadora y sancionadora permite a la SUNASS imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas prestadoras que realizan actividades sujetas a su competencia, por el incumplimiento de las normas aplicables, de las disposiciones y/o regulaciones dictadas por la SUNASS y, de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Finalmente, el artículo 36 señala que la función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General de la SUNASS y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo.

Al igual que en los organismos anteriores, cada acto que SUNASS emite en ejercicio de sus funciones es un acto administrativo que se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado. En tal sentido, para impugnar las decisiones emitidas por la SUNASS se debe acudir a un proceso contencioso administrativo.

De esta manera, en aquellos casos en los que no se esté de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo —en segunda instancia—, se deberá acudir al Poder Judicial.

3.4. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público

El artículo 2 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada de Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley n.º 26917 (en adelante, Ley del OSITRAN), crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público —OSITRAN—.

El artículo 7 de la Ley del OSITRAN regula las funciones de dicho organismo regulador, estableciendo lo siguiente:

Artículo 7.- «Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

- a) 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.
(...)
- c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.
(...)
- e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
(...)
- i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efec-

tuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.
(...)). (El subrayado y la negrita son nuestros).

Por su parte, el Reglamento de la Ley del OSITRAN, Decreto Supremo n.º 044-2006-PCM (en adelante, el Reglamento), regula el contenido de las diversas funciones de dicha Entidad.

Las funciones normativa, reguladora, fiscalizadora y sancionadora (en segunda instancia) son ejercidas —de manera exclusiva— por el Consejo Directivo del OSITRAN.⁴⁵ Así, el artículo 10 de la Ley del OSITRAN señala que el Consejo Directivo es el máximo órgano de dicho ente regulador.

Respecto de las funciones que ejerce el Consejo Directivo, el artículo 53 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 53.- «Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

- d. Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.

(...)

- f. Resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos que le corresponda conocer de conformidad con lo establecido en la Ley y en el presente Reglamento.

(...)). (El subrayado es nuestro).

⁴⁵ Ver artículos 23, 28 y 40 del Reglamento.

Asimismo, el artículo 37 del referido Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 37.- «Opinión Previa y Supervisión de los contratos

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la Infraestructura. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la Infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como las demás materias de competencia del OSITRAN.

En ese mismo sentido, OSITRAN emitirá opinión previa de alguna renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para lo cual, el OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA.

(...).» (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar de las normas citadas, OSITRAN tiene entre sus funciones la de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadores realizan sus actividades, es decir, de interpretar los contratos de concesión.

Asimismo, OSITRAN tiene que emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a infraestructura. Dicho pronunciamiento incluirá los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión.

Cada acto que OSITRAN emite en ejercicio de sus funciones es un acto administrativo que se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado. En tal sentido, para impugnar las decisiones emitidas por OSITRAN se debe acudir a un proceso contencioso administrativo.

Así, por ejemplo, el artículo 40 del Reglamento señala que la función fiscalizadora y sancionadora corresponde en primera instancia a la Gerencia General del OSITRAN y, en segunda instancia, por vía de apelación, al Consejo Directivo. En dicho supuesto, si la Entidad Prestadora (concesionario) no está de acuerdo con el acto administrativo emitido por el OSITRAN, corresponderá que acuda al proceso contencioso-administrativo.

De esta manera, a través de la acción contenciosa administrativa se ejerce un control sobre la actuación de la administración pública (en este caso, sobre los actos administrativos emitidos por el OSITRAN), de conformidad con la exclusividad del proceso, establecida por el artículo 3 de la referida Ley.

4. LA LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO Y LOS ORGANISMOS REGULADORES

El inciso 2 del artículo VI del Título Preliminar de la Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece como principio de competencia que «el poder ejecutivo ejerce sus competencias exclusivas, no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ella». (El subrayado y la negrita son nuestras).

Por su parte, el artículo 4 de la referida Ley establece lo siguiente:

Artículo 4.- «Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

[...]

2. Ejercer, pudiendo desconcentrar **pero no delegar**, las funciones y atribuciones inherentes a la:

[...]

- h. Regulación de los Servicios Públicos de su responsabilidad;
- i. Regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional;

Los Ministerios y Entidades Públicas del Poder Ejecutivo ejercen sus competencias exclusivas en todo el territorio nacional con arreglo a sus atribuciones y según lo disponga su normatividad específica y están sujetos a la política nacional y sectorial. (...). (El subrayado y la negrita son nuestros).

Asimismo, el artículo 32 de la Ley bajo comentario contempla a los organismos reguladores como entidades públicas del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, resulta evidente que la Ley n.º 29158 es de plena aplicación a OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN.

Como se puede apreciar, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo señala que aquellas funciones y atribuciones que por Ley son otorgadas a los organismos reguladores no sólo son exclusivas para estas entidades y también son de alcance nacional, sino que además no pueden ser delegadas.

Dentro de tal orden de ideas, las funciones y atribuciones de los organismos reguladores son de competencia exclusiva de los mismos.

5. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El artículo 1 de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo, Ley n.º 27584 (en adelante, Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo), establece lo siguiente:

Artículo 1.- «Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso-administrativa se denominará proceso contencioso administrativo». (El subrayado es nuestro).

De acuerdo con el citado artículo, se tiene que la acción contencioso-administrativa puede interponerse para: (i) Ejercer un control sobre la administración pública; y, a su vez, (ii) Salvaguardar los derechos de los administrados. En ese sentido, el artículo 3 de la referida Ley establece lo siguiente:

Artículo 3.- «Exclusividad del proceso contencioso administrativo

Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso-administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales». (El subrayado es nuestro).

En este punto es importante diferenciar un proceso administrativo de un proceso contencioso-administrativo.

Así, según Dromi,⁴⁶ en el primer proceso, un particular es afectado en su derecho subjetivo o interés legítimo por un acto, hecho, contrato o reglamento administrativo, razón por la cual podrá interponer contra ellos, en sede administrativa, los recursos o reclamos que le permite el ordenamiento jurídico. En el caso peruano serían el artículo 29⁴⁷ y si-

⁴⁶ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, p. 531.

⁴⁷ Artículo 29.- «Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados».

guientes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444 (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General).

Sin embargo, en el proceso contencioso-administrativo, cuando la decisión administrativa es desestimatoria (contraria a las pretensiones del particular), al administrado le queda la posibilidad de acudir a la vía judicial. En el caso peruano se aplica lo dispuesto en la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo.

Por lo tanto, se podría señalar que el objetivo primordial para que se pueda ejercer el derecho de acción ante un proceso contencioso administrativo es que el administrado no esté de acuerdo con alguna actuación administrativa —dada dentro de un proceso administrativo— y que, por ello, requiera su impugnación.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo señala como requisito previo para acceder a un proceso contencioso-administrativo, que primero debe agotarse la vía administrativa:

Artículo 18.- «Agotamiento de la vía administrativa
Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento
de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General o por normas especiales». (El subrayado es nuestro).

La referida Ley también determina algunos casos excepcionales en los que no se requerirá del agotamiento de la vía administrativa; a saber:

Artículo 19.- «Excepciones al agotamiento de la vía administrativa
No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos:

1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 11 de la presente Ley.
2. Cuando en la demanda se formule como pretensión la prevista en el numeral 4 del artículo 5 de esta Ley. En este caso el interesado deberá reclamar por escrito ante el titular de la respectiva entidad el cumplimiento de la actuación omitida. Si en el plazo de quince días a contar desde el día siguiente de presentado el reclamo no se cumpliese con realizar la actuación administrativa el interesado podrá presentar la demanda correspondiente.
3. Cuando la demanda sea interpuesta por un tercero al procedimiento administrativo en el cual se haya dictado la actuación impugnada».

Ahora bien, ¿qué debemos entender por actuaciones o actos administrativos?

El artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

Artículo 1.- «Concepto de acto administrativo

- 1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
- 1.2 No son actos administrativos:
 - 1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esa Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.
 - 1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades». (El subrayado es nuestro).

Sobre el particular, Dromi⁴⁸ señala que tanto el sustantivo *acto* como el adjetivo *administrativo* son términos susceptibles de interpretación diversa, razón por la cual no existe un concepto ni doctrinaria ni legalmente unitario. Sin embargo, su conceptualización ofrece una serie de alternativas doctrinarias y legislativas en cuanto a sus acepciones.

En ese sentido, Morón Urbina⁴⁹ señala que, a efectos de definir qué es lo que se entiende por acto administrativo, se deberán estudiar los elementos del mismo:

(i) *Una declaración de cualquiera de las entidades*

El acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual que utiliza para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito y signos convencionales.

Este proceso de exteriorización intelectual, emanado de cualquiera de los órganos de las entidades, constituye una fuerza vinculante por imperio del derecho, al ser una manifestación del poder público.

Así, Dromi⁵⁰ afirma que las declaraciones que sirven de base al acto administrativo pueden ser:

- De decisión: cuando va dirigido a un fin, a un deseo o a un querer de la Administración. Por ejemplo: una orden, un permiso, una autorización o una sanción.
- De cognición: cuando certifica el conocimiento de un hecho de relevancia jurídica. Por ejemplo: certificaciones de nacimiento, de defunción e inscripciones en Registros Públicos.

⁴⁸ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 317 y 318.

⁴⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*, pp. 61-65.

⁵⁰ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 319.

- De opinión: cuando valora y emite juicio sobre un estado, situación, acto o hecho. Por ejemplo: certificados de buena conducta, salud, etc.

Cabe resaltar que la declaración debe emanar de una persona que posea la condición subjetiva de entidad, conforme al artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.⁵¹ Ello incluye a los otros poderes del Estado, diferentes al propiamente administrativo, e, incluso, a entes no estatales, como empresas privadas que asumen servicios públicos o funciones públicas, entre otros.

(ii) *Destinada a producir efectos jurídicos externos*

La actividad administrativa productora de efectos jurídicos externos, se caracteriza por dirigirse hacia afuera de la organización administrativa que la emita. No toda la actividad administrativa

⁵¹ Artículo I.- «Ámbito de aplicación de la ley

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;

El Poder Legislativo;

El Poder Judicial;

Los Gobiernos Regionales;

Los Gobiernos Locales;

Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía;

Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se considerarán sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia».

produce efectos jurídicos. Por ello, algunos autores clasifican el ejercicio de la actividad administrativa en actos y hechos no jurídicos, en contraposición a actos y hechos jurídicos.

La actividad administrativa productora de efectos jurídicos no sólo se manifiesta a través de los actos administrativos,⁵² sino también por medio de los hechos administrativos,⁵³ contratos administrativos,⁵⁴ simples actos de la administración y reglamentos administrativos.

Los efectos jurídicos que produce un acto administrativo, pueden ser actuales o futuros, pero siempre directos, públicos y subjetivos. Excluye el ámbito de la actuación pública que recae al propio interior de las entidades, que caracteriza a los actos de administración o actos internos de la administración.

⁵² Según el artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas del derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta [...].

⁵³ Los hechos administrativos están referidos a los establecidos en el punto 1.2 del artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, donde se señala que no son actos administrativos:

- (i) los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General; y,
- (ii) los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

En efecto, tal como lo establece Dromi, un hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. (DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 311).

⁵⁴ La Ley del Procedimiento Administrativo General no establece el concepto de Contrato Administrativo; sin embargo, según Dromi, es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. (DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 456).

(iii) Recae en derechos, intereses y obligaciones de los administrados

El administrado, o sujeto pasivo, es calificado como tal porque sobre sus intereses o derechos de relevancia pública recae el efecto del acto, y van a verse alterados, sea en contra o a favor.

En consecuencia, resultan excluidos los actos que están dirigidos a producir efectos indirectos en el ámbito externo, tales como los informes aun cuando sean vinculantes o se expresen bajo forma de resolución.

(iv) En una situación concreta

Referido a que los efectos subjetivos que produce son concretos, de alcance individual, lo que los diferencia de los actos reglamentarios.

(v) En el marco del Derecho Público

La actuación pública que constituye un acto administrativo debe estar sujeta al ejercicio de la función administrativa, toda vez que no se trata de calificar al acto por el órgano que es su autor, sino por la potestad pública que a través de ella se ejerce.

En consecuencia, no resulta necesario para ser calificado como acto administrativo que la actuación pública sea expresión de una potestad exorbitante, ya que la misma capacidad ejecutiva y vinculante del acto, lo convierte en acto administrativo.

En tal sentido, se excluye de la posibilidad de calificar como acto administrativo, las actuaciones de las entidades, que bajo el marco legal específico y habilitante, se sujetan al derecho común, despojándose la entidad de sus potestades públicas, como, por ejemplo

cuando una entidad pública concreta un contrato de estabilidad jurídica con un particular o se somete a arbitraje.⁵⁵

Por otro lado, Dromi⁵⁶ menciona que la función administrativa constituye la nota calificadora del Derecho Administrativo. Por ello no puede estar ausente del concepto del acto administrativo, que es una de las formas jurídicas por las que se expresa la voluntad estatal y pública no estatal.

En efecto, el acto administrativo es dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar qué órgano la ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo y judicial), e incluso de entes públicos no estatales.

El afirmar que un acto administrativo produce efectos jurídicos significa que crea derechos u obligaciones para ambas partes: la Administración y el administrado.

Entonces, cuando los efectos jurídicos se agotan dentro de la propia Administración, se trata de simples actos de administración, que no proyectan sus efectos jurídicos hacia el exterior.

De otro lado, Dromi⁵⁷ afirma que los efectos jurídicos deben ser actuales, aunque sean futuros. No se trata de una actividad destinada a producir efectos como si éstos pudieran ser potenciales. Los efectos jurídicos no se aprecian exclusivamente con relación a la voluntad del agente, sino que pueden llegar a producirse con independencia de ella y tienen que estar contenidos y previstos en la propia emisión del acto.

⁵⁵ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 63.

⁵⁶ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 320.

⁵⁷ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 323.

Teniendo clara la diferencia entre los dos procesos mencionados y el concepto que constituye un *acto administrativo*, se debe establecer quiénes pueden ser parte en un proceso contencioso-administrativo.

Sobre el particular, nos remitimos a lo establecido por los artículos 11 y 13 de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo, preceptos que establecen lo siguiente:

Artículo 11.- «Legitimidad para obrar activa

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo vulnerada por la actuación administrativa impugnada materia del proceso.

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquélla produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa».

Artículo 13.- «Legitimidad para obrar pasiva

La demanda contencioso-administrativa se dirige contra:

1. La entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada.
2. La entidad administrativa cuyo silencio, inercia u omisión es objeto del proceso.
3. La entidad administrativa cuyo acto u omisión produjo daños y su resarcimiento es discutido en el proceso.
4. La entidad administrativa y el particular que participaron en un procedimiento administrativo trilateral.
5. El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 11 de la presente Ley.
6. La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugna-

da en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 11 de la presente Ley.

7. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que presten servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado están incluidas en los supuestos previstos precedentemente, según corresponda».

Resulta evidente que las partes de un proceso se establecen en base a una relación bilateral entre administrado y administrador.

En efecto, tal como lo señala Dromi,⁵⁸ el proceso administrativo —refiriéndose a los dos tipos de proceso analizados en el presente estudio— contiene una relación jurídica bilateral sustancial entre una entidad administradora y un administrado. Esa relación de poder y deber impone siempre, en el caso concreto, una situación individual en cada una de las partes, de derecho subjetivo (para el actor) y de deber jurídico (para el demandado).

El citado autor continúa señalando que los administrados (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas), pueden ser accionantes en el proceso administrativo, cuando se les hubieren afectado sus derechos subjetivos públicos, pretendiendo la anulación total o parcial de la disposición administrativa impugnada, el restablecimiento o reconocimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido, y el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

Dentro de tal orden de ideas, en un proceso contencioso-administrativo, participan de un lado el administrado que alega la vulneración de sus derechos subjetivos públicos por parte de la administración pública, y, del otro, la Administración Pública en cualquiera de sus representaciones que haya infringido algún deber jurídico.

⁵⁸ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo II, pp. 548 y 549.

Finalmente, un tema que debe mencionarse, son las actuaciones que el administrado puede impugnar, para lo cual regirá el artículo 4 de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 4.- «Actuaciones impugnables»

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública».

MARCO LEGAL SOBRE LA ARBITRABILIDAD

MARCO LEGAL SOBRE LA ARBITRABILIDAD

1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE MATERIA ARBITRABLE

El arbitraje es un método de solución de controversias, cuya característica fundamental es que las controversias son resueltas por un tercero imparcial.

Como señala Caivano,⁵⁹ el arbitraje nace mediante una declaración de voluntad común de las partes. Esa estipulación implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios.

El arbitraje tiene ciertos límites y, a entender del citado autor,⁶⁰ ellos son de dos órdenes.

Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen.

Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que

⁵⁹ CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 111.

⁶⁰ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 116.

ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

De esta manera, Zuleta⁶¹ señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

Por su parte, Silva⁶² señala que la doctrina precisa que la expresión «alcance del acuerdo arbitral» puede recibir dos significados: alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo.

El primer alcance hace referencia a aquellas materias o controversias que se encuentran cubiertas por la voluntad de las partes, tal y como ella ha sido expresada en el pacto arbitral.

El segundo alcance hace referencia a las partes que estarían obligadas por el pacto arbitral.⁶³

Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:⁶⁴

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);

⁶¹ ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 223.

⁶² SILVA ROMERO, Eduardo. «Introducción». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. xxii.

⁶³ SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*, p. xxiv.

⁶⁴ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 117.

- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);
- Obligatorio en sentido material: debe hacer identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y
- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

A entender de Salcedo,⁶⁵ en la teoría del arbitraje se denomina arbitrabilidad a la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometido a ellos a través del pacto arbitral.

Tenemos entonces, a entender de la citada autora, que el término arbitrabilidad puede entenderse de manera objetiva cuando se refiere a una materia susceptible de ser resuelta por medio del arbitraje, mientras que se entiende de manera subjetiva en función de la capacidad de la persona para someterse al arbitraje.

De acuerdo a lo anterior, existe una estrecha relación entre estas dos condiciones que las hace indispensables para que un litigio pueda resolverse por medio del arbitraje. En efecto, si un sujeto capaz no tiene el poder de disposición del derecho objeto del litigio, no puede —por ende— habilitar a un árbitro para resolver dicho conflicto. Ni tampoco podría hacerlo si la materia que se somete a dicho arbitraje no es susceptible de ser juzgada por este medio.

⁶⁵ SALCEDO CASTRO, Myriam. «La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 113.

2. ARBITRABILIDAD OBJETIVA

No cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros. En la base de este principio existe una decisión de política legislativa, ya que es el legislador quien determina qué es lo que se puede arbitrar o qué no.

Tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.⁶⁶

2.1. Libre disposición y patrimonialidad

A entender de Caivano,⁶⁷ en términos generales se define el ámbito de «lo arbitrable», diciendo que pueden someterse a decisión de árbitros aquellas cuestiones que involucran derechos «disponibles». De esta manera, la disponibilidad de un derecho es definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él, la cualidad que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción y de renuncia. Si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciando a él), no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho.

Sobre el particular, Suescún⁶⁸ señala que uno de los principios universales en materia de arbitraje es que las cuestiones que las partes someten a decisión de los árbitros deben ser «arbitrables». El concepto de

⁶⁶ ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

⁶⁷ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 118-119.

⁶⁸ SUESCÚN MELO, Jorge. «De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 256.

arbitrabilidad se relaciona con la naturaleza de los derechos en disputa y se identifica con el de «disponibilidad». Se dice que un derecho es disponible cuando sobre él ejerce total dominio su titular, de tal modo que puede hacer todo lo que desee en relación con él.

Hay quienes señalan que hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito, porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.⁶⁹

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,⁷⁰ comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988, que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*».

Afirma Gaspar que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la citada autora considera —acertadamente— que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje.

⁶⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009, p. 42.

⁷⁰ GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 89.

Por su parte, Matheus⁷¹ señala que la «libre disposición» implica asumir materias que pueden hallarse en diversas y específicas regulaciones sustantivas. Asimismo, esta libertad ha de ser además «conforme a derecho», sin quedar establecida tal conformidad a través de un sistema de lista, sino tan sólo una relación binómica entre disponibilidad legal y arbitrabilidad.

A su vez, Campos Medina⁷² sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la de la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscosillas,⁷³ la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en torno a la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado se hallaría literalmente

⁷¹ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Comentarios al decreto legislativo que norma el arbitraje». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., agosto 2008, n.º 177, p. 38.

⁷² CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 319.

⁷³ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

Al respecto, Yáñez Velasco⁷⁴ señala que, desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador en un principio o el intérprete de la ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como de libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que evoca el absurdo y el inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matizaciones en algunos de esos temas o materias.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales⁷⁵ señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina, establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.

Por su parte, Campos Medina⁷⁶ señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

Ahora bien, como señala Caivano,⁷⁷ en un sistema jurídico de Derecho Privado, sustentado primordialmente en la autonomía de la voluntad, la disponibilidad es la condición «natural» de un derecho, por lo que no corresponde comprobar esa condición, sino, en todo caso, que

⁷⁴ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 160.

⁷⁵ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Op. cit.*, p. 139.

⁷⁶ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 320.

⁷⁷ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 120.

ella no se verifica. Dicho de otro modo, por tratarse de una condición excepcional de los derechos de naturaleza privada y contenido patrimonial, una cuestión sólo podrá calificarse como indisponible cuando esté involucrado en ella el interés público o general.

2.2. *Criterio positivo y criterio negativo*

Sin embargo, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no es menos cierto que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento de revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann⁷⁸ dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —*criterio positivo*—, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la auto-

⁷⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, pp. 61-68.

mía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas —*criterio negativo*—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

Para López Menudo,⁷⁹ es inapropiado utilizar un sistema de lista en el que casuísticamente se enumeren las materias susceptibles o no de solución arbitral.

A nadie escapa pues que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto porque sin criterio negativo (es decir, sin lista cerrada de prohibiciones), cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

3. MATERIA ARBITRABLE EN EL DECRETO LEGISLATIVO n.º 1071 QUE REGULA EL ARBITRAJE

En el Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 2.- «Materias susceptibles de arbitraje

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

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

⁷⁹ Citado por BUSTILLO BOLADO, Roberto O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 365.

El inciso 1 del artículo 2 regula lo que se denomina «arbitrabilidad objetiva», es decir, las cuestiones que son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje e, indirectamente, el referido inciso sirve de guía respecto de la llamada «arbitrabilidad subjetiva», es decir, de quiénes pueden acudir al arbitraje. Ello, habida cuenta de que al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que sólo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o jurídicas, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquél que se encuentre en una situación de *capitis diminutio*.⁸⁰

Como se puede apreciar, la nueva Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje.⁸¹

⁸⁰ MANTILLA SERRANO, Fernando. «El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, n.º 2, pp. 47 y 48.

⁸¹ En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de arbitrabilidad estaba regulado por el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje, precepto que acogía la teoría de la libre disposición y el criterio negativo.

En efecto, el artículo 1 de Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establecía lo siguiente:

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 aquéllas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquéllas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».

En efecto, de manera novedosa,⁸² la Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones —APPRI—; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión —TBI o BIT—; así como los multilaterales en los que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

En tal forma, a entender Matheus,⁸³ la ley posibilita una hermenéutica amplia y no listada de lo que puede entenderse por disponibilidad conforme a derecho la cual asume el *favor arbitralis* al establecer un control *ex post* de la indisponibilidad a través de la anulación del laudo.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje no nos brinda una razón sobre el porqué se prescindió del criterio negativo.

A entender de Yáñez Velasco,⁸⁴ desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje, como de libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que evoca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o

Como se puede apreciar, el criterio positivo se encuentra claramente expresado en el primer párrafo del citado artículo 1, y el criterio negativo en la lista taxativa del referido artículo.

⁸² Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

⁸³ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁴ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 160.

materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

Eliminado el criterio negativo en la actual Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es o no arbitrable.

Ello ha sido acertado, pues el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.⁸⁵

De ahí la necesidad de pensar muy en serio sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar⁸⁶ y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la fenecida Ley General de Arbitraje.

En este sentido, la actual Ley de Arbitraje ha dado un paso muy importante, pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados⁸⁷ dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

⁸⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Op. cit.*, p. 47.

⁸⁶ Ver: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, tomos III y IV, Lima: Palestra Editores S.A.C., 2007.

⁸⁷ Cabe señalar que los tratados bilaterales y los tratados de libre comercio, tienen como propósito promover un ambiente favorable para los inversionistas, ya que el inversionista extranjero deberá tener en cuenta la existencia de este tipo de trata-

Por su parte, el inciso 2 del artículo 2 es una innovación, y una muy importante, al otorgar preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cobija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones. También se aplica a las empresas o aun a las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte.⁸⁸

Asimismo, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 2 se aplica tanto para los arbitrajes que se desarrollan en el Perú como para aquéllos que tengan lugar en el extranjero.

La idea es que el Estado sea tratado como un particular, evitando que haga uso de algún tipo de prerrogativa, a fin de evitar acudir a la vía arbitral.

Sobre el particular, Carballo Piñeiro⁸⁹ sostiene que es un mandato dirigido a las autoridades judiciales para impedir la invalidez del convenio arbitral por causa de incapacidad del Estado para disponer sobre la materia controvertida. Este precepto entronca con la práctica jurisprudencial tendente a interpretar restrictivamente cualquier prohibición de someterse a arbitraje, referida a cuestiones en las que intervenga un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado.

dos al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar. (ERIZE, Luis Alberto. «La protección de inversiones y el arbitraje internacional» En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, julio-diciembre 2009, n.º 11, p. 62).

⁸⁸ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 48.

⁸⁹ CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Materias objeto de arbitraje». En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 80.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina⁹⁰ señalan que el precepto en cuestión constituye una regla material del arbitraje internacional que ha sido reconocida en muchas ocasiones por los árbitros internacionales en relación a asuntos relativos a los denominados «*State contracts*», que ha sido progresivamente diseñada por los tribunales judiciales, y ha sido asimilada por la práctica internacional del «*estoppel*», traducción inmanente del principio de la ilicitud de actuar contra los propios actos y que se ha incorporado al derecho convencional y, finalmente, a los diversos derechos nacionales.

En efecto, como bien señala Yáñez Velasco,⁹¹ desde hace años viene apreciándose como práctica común el que un Estado o un organismo que le sea dependiente, alegue incapacidad para asumir los efectos de un convenio arbitral inicialmente pactado, sirviéndose para ello de la denominada inmunidad de jurisdicción propia o características de la soberanía estatal. En este campo de estudio han existido normativas que impiden ese tipo de oposición, justificada en el Derecho interno pese a la arbitrabilidad del objeto de la controversia.

Según el citado autor, primordialmente se alude a la buena fe y la doctrina del Estoppel,⁹² pues ese Estado u organismo dependiente actuaría contra los propios actos si alegase con éxito la mencionada inmunidad.

La doctrina anglosajona establece una amplia clasificación del *Estoppel*⁹³ y en dicha clasificación encontramos el *Estoppel by represen-*

⁹⁰ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.^a Ed., pp. 166-167.

⁹¹ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 201.

⁹² Sobre las principales características de esta figura recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La Teoría de los Actos Propios*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006.

⁹³ Tenemos las siguientes clases:

- *Estoppel by record*
- *Estoppel by deed*

tation, que es un subtipo del *Estoppel by fact in pais*, pero es la forma más importante y característica del *Estoppel* en el moderno Derecho inglés.

La idea fundamental del *Estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la intención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en otra, ya que existe el deber de tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.

La *representation* puede originarse por medio de una declaración (*Estoppel by words*) o por medio de una conducta (*Estoppel by conduct*). Sin embargo, si bien la conducta o la declaración deben ser voluntarias, ello no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa, ni conocida, ni intencionalmente falsa; ya que basta que la persona destinataria de la representación haya obrado, a su vez, modificando la situación anterior en base a la confianza depositada en aquella primera manifestación de voluntad.

Por ello, en el caso del arbitraje internacional, si una de las partes es un Estado (o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado), no puede invocar válidamente las prerrogativas de su pro-

- *Estoppel by fact in pais*: los casos más significativos de esta clase son:

- (i) *Tenancy*
- (ii) *Bailment*
- (iii) *Patentes*
- (iv) *Estoppel by representation*
- (v) *Estoppel by acquiescence* y
- (vi) *Laches*.

Sobre el particular recomendamos ver PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En: *Estudio de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951, pp. 108-111; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 71-85; BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 32-40; LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F., 2005.

pio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral, ya que ha quedado vinculado por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en la otra parte.

En otras palabras, si el Estado (o sociedad, organización o empresa controlada por un Estado) suscribió un convenio arbitral, no podría desconocer válidamente los efectos del referido convenio, argumentando inmunidad de jurisdicción propia o características de la soberanía estatal.

4. ¿LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES —DERIVADAS DEL EJERCICIO DE LAS ATRIBUCIONES Y FUNCIONES OTORGADAS POR LEY Y CUYA COMPETENCIA ES EXCLUSIVA DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO POR LA LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO— PUEDEN SER MATERIA ARBITRABLE?

Una singularidad de la Constitución peruana es la habilitación para el arbitraje con el Estado que está contenida en su artículo 63, precepto que establece lo siguiente:

«63 El Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional e internacional, en la forma en que disponga la ley».

Así, la Constitución contiene una habilitación general para que el Estado y las dependencias que lo integran, sin distinción, puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales.⁹⁴

⁹⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., agosto 2008, n.º 177, p. 21.

En tal sentido, las entidades reguladoras —en tanto organismos públicos descentralizados— pueden someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales.

Ahora bien, como señala Santistevan,⁹⁵ dado que el Estado se rige por normas de Derecho Público y su actuación está enmarcada en el principio de legalidad (sólo lo que la ley autoriza le está permitido al Estado y sus funcionarios), resulta fundamental conocer los alcances de la habilitación que la Constitución y la Ley brindan a las partes estatales para comprometerse a arbitraje.

Sobre el particular, Salcedo⁹⁶ sostiene que las entidades públicas, requieren tanto como los particulares, de una habilitación legal previa para poseer la capacidad jurídica para actuar. Pero, en el Derecho Público dicha habilitación debe ser expresa, puesto que las entidades públicas no pueden hacer sino lo que está expresamente permitido por la ley y, por ende, en materia de arbitraje la ausencia de dicha habilitación conlleva a la invalidez del pacto arbitral.

Adicionalmente, la libre disponibilidad, criterio clave en la determinación de la arbitrabilidad objetiva de los litigios, se presenta en abierta contradicción con el principio de legalidad que rige la actuación de las entidades públicas.⁹⁷

Dentro de tal orden de ideas, debemos diferenciar los actos *ius imperii* de los actos *ius gestionis*, a efectos de catalogar las decisiones vinculantes de los organismos reguladores y ver si pueden o no ser materia arbitrable.

Bullard⁹⁸ señala que se ha acuñado la distinción entre actividad soberana y actividad comercial o, lo que es lo mismo, entre actos *iure im-*

⁹⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 23.

⁹⁶ SALCEDO CASTRO, Myriam. *Op. cit.*, p. 122.

⁹⁷ SALCEDO CASTRO, Myriam. *Op. cit.*, p. 116.

⁹⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, pp. 178-179.

perii y actos *iure gestionis*, distinción que permite excluir estos últimos de cualquier pretensión de inmunidad por parte de un Estado cuando actúa como un particular.⁹⁹

Por su parte, Salcedo¹⁰⁰ señala que se puede apreciar al Estado de dos maneras: como (i) sujeto de derechos y obligaciones, o como (ii) el soberano que está dotado de *imperium* (o poder de ejercicio de la fuerza legítima), manifestado de diferentes maneras (tratándose de los poderes ejercidos por los diferentes órganos del Estado).

Asimismo, Gaspar¹⁰¹ precisa que la Administración Pública, además de actuar conforme al Derecho Administrativo, también puede hacerlo con sujeción al Derecho Privado, renunciando a sus prerrogativas de Derecho Público. Ello tiene lugar, con carácter general, cuando interviene en el tráfico civil o mercantil como agente gestor o administrador de negocios privados. Así, pues, en este tipo de relaciones, la Administración, en cuanto sujeto de Derecho Privado, bien podría someter los conflictos suscitados con otros sujetos —también de Derecho Privado— al arbitraje.

Por su parte, Díaz-Candia¹⁰² sostiene que el *ius imperium* del Estado es importante y está sujeto a reglas especiales de Derecho Público y

⁹⁹ Sobre el particular, Bullard cita el caso *Société Anonyme des Chemins de Fer Liégeois Luxembourgeois vs. the Netherlands*, en donde se señaló que el Estado no se limita a desarrollar actos políticos. Muchas veces se dedica —por las necesidades colectivas— a comprar, adquirir, convertirse en deudor o acreedor, o involucrarse en el comercio. En estos actos el Estado no actúa como un poder público. Hace lo mismo que cualquier privado y como tal actúa en su capacidad civil o privada. Si negocia, se pone de igual con una persona, o asume responsabilidades no conectadas con el orden público. El litigio derivado de ello se regula por las reglas civiles y, como tal, es tratado como cualquier otra persona.

¹⁰⁰ Citado por SALCEDO CASTRO, Myriam. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁰¹ GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, pp. 262-263.

¹⁰² DÍAZ-CANDIA, Hernando. «La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009, n.º 10, p. 92.

los actos administrativos se emiten precisamente en ejercicio de ese *ius imperium*.

Sobre el particular, Santistevan¹⁰³ se pregunta ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad?

Al respecto, el citado autor señala que no puede ser cualquier decisión del Estado, pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera en los actos de gestión en la vida comercial (en que el Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente, pues también van a estar sujetos al principio de legalidad, que es lo contrario de la libre disposición.

Dentro de tal orden de ideas, es importante tener en cuenta que no todos los actos de la administración son el resultado del ejercicio de prerrogativas derivadas del *imperium* del Estado, que por supuesto no puede considerarse como materia de libre disposición. Por el contrario, muchas de sus actividades son consideradas como *iure gestionis*, particularmente aquéllas en las cuales el Estado actúa como agente económico (en las relaciones contractuales). Es entonces en estos supuestos que el arbitraje puede privilegiarse como método de resolución de controversias, a pesar de que se vinculen entidades de naturaleza pública.

Santistevan¹⁰⁴ reconoce que hay evidentemente un ámbito patrimonial en el que el Estado y sus entidades se relacionan con los particulares, precisamente a propósito de la satisfacción de necesidades públicas que le obligan a relacionarse contractualmente con ellos y que están sujetas al tráfico comercial y a las relaciones patrimoniales.

¹⁰³ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 23.

Resulta evidente que las decisiones vinculantes que los organismos reguladores emiten, en virtud de las funciones detalladas en el punto 3 del primer capítulo, se derivan del *ius imperium* del Estado.

Por el contrario, cuando el Estado interactúa contractualmente con los particulares, comprando, vendiendo o concesionando un servicio para que un particular lo explote, está realizando actos *ius gestionis*.

Asimismo, debemos recordar que, de conformidad con lo establecido en sus Reglamentos, los Consejos Directivos de los organismos reguladores tienen entre sus funciones la de resolver —en segunda y última instancia— los recursos impugnativos que les corresponda.

En dicho supuesto, si la Entidad Prestadora (concesionario) no está de acuerdo con el acto administrativo emitido por el organismo regulador, corresponderá que acuda al proceso contencioso-administrativo.

En otras palabras, en aquellos casos en los que no se esté de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo de alguno de los organismos reguladores —en segunda instancia—, se deberá acudir al Poder Judicial, a efectos de que ejerza el control jurídico a que se hace referencia en el artículo 1 de la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo.

En efecto, y siguiendo la clasificación de Dromi,¹⁰⁵ de los actos administrativos, podemos apreciar que los organismos reguladores emiten actos administrativos de decisión, ya que van dirigidos a un fin de la Administración, cuando, por ejemplo, se aplica una sanción.

Resulta evidente que este tipo de actos emitidos por los organismos reguladores, cumplen con los elementos descritos por Morón,¹⁰⁶ a saber: se trata de una declaración emitida por una de las entidades

¹⁰⁵ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 319.

¹⁰⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 61-65.

del Estado, que está destinada a producir efectos jurídicos externos, al recaer en derechos, intereses y obligaciones de los administrados (Entidades Prestadoras, por ejemplo), todo ello en el marco de una situación concreta de Derecho Público.

Ahora bien, sobre el particular, Herrera¹⁰⁷ diferencia dos supuestos; a saber:

- (i) El arbitraje y las controversias entre el Estado y un operador, referidas a la regulación; y
- (ii) El arbitraje y las controversias entre el Estado y un operador, referidas al contrato de concesión.

En el primer caso, estamos frente a un conflicto nacido u originado a partir de la decisión regulatoria que adopta un organismo estatal encargado de dictar la política pública en dicha materia y, en tal sentido, dicho acto posee una especial afectación a un operador que puede mostrarse renuente o en ciernes de controversia frente a la medida adoptada.

Se pregunta entonces, el citado autor, si este tipo de controversia podría someterse a conocimiento, trámite y decisión por parte de un tribunal arbitral. A entender de Herrera, es más que evidente que el ejercicio de regulación pública está amparado y supone la *summa potestas* del Estado; por tanto, se advierte fácilmente que las controversias surgidas entre un operador y un organismo regulador, no pueden ser objeto de pronunciamiento arbitral.

De esta manera, coincidimos con Herrera,¹⁰⁸ en el sentido de que el pacto arbitral que celebren las partes (concedente y concesionario),

¹⁰⁷ HERRERA MERCADO, Hernando. «El arbitraje en materia de telecomunicaciones». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 446.

¹⁰⁸ HERRERA MERCADO, Hernando. *Op. cit.*, p. 447.

no otorga competencia a la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales (es decir, los actos administrativos emitidos por los organismos reguladores en ejercicio de las funciones otorgadas por Ley).

Dentro de tal orden de ideas, se puede concluir en que el marco constitucional y legal peruano no permite que las decisiones de los organismos reguladores (derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley y cuya competencia la ejercen en exclusiva) puedan ser arbitrables.

Finalmente, hay quienes sostienen 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 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.

Sin embargo, en nuestro país no existe norma alguna que «autorice» que las funciones y atribuciones exclusivas de los organismos reguladores sean arbitrables.

4.1. ¿Los tratados bilaterales o multilaterales convierten en arbitrables las funciones de competencia exclusiva de los organismos reguladores?

Hay quienes sostienen que la materia regulatoria sí es arbitrable porque —a pesar de no ser de libre disposición— se debe recurrir a lo establecido por los tratados internacionales.¹⁰⁹

Así, se señala que «el CIADI fue creado precisamente para proteger a los inversionistas contra actos de Gobierno que afecten sus negocios.

¹⁰⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El Estado soy Yo». En: *Regulación económica de los servicios públicos*. Lima: ARA Editores, 2010, pp. 66 y 67.

Estos actos pueden ser leyes, decisiones administrativas e, incluso, decisiones judiciales». ¹¹⁰

Asimismo, se indica que «varios contratos 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 pueden comprometer decisiones regulatorias (...). 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 esas materias amparándose en el texto del tratado, que prevalecerá incluso sobre alguna disposición interna que lo prohíba». ¹¹¹

Al respecto, hay que recordar que el arbitraje de inversión es aquél que se halla contemplado dentro de un tratado multilateral de ámbito internacional o regional o bien en un acuerdo bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI o BITs).

En este contexto aparecen mecanismos de protección para dichas inversiones, representados por tratados bilaterales de inversión o de protección recíproca de inversiones que garantizan a los inversionistas de uno de los dos Estados suscriptores (cuando inviertan en el Estado del que no son nacionales), protección para sus inversiones. Estos tratados impiden que el Estado receptor de la inversión pueda abusar de su posición perjudicando al inversionista.

Dichos tratados por lo general incluyen disposiciones sobre solución de controversias, las mismas que comúnmente se enmarcan dentro del denominado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

¹¹⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El Estado soy Yo». *Op. cit.*, p. 68.

¹¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El Estado soy Yo». *Op. cit.*, p. 67.

Sobre el particular, Cremades y Cairns¹¹² señalan que un tratado bilateral es el tratado suscrito entre dos Estados, el cual establece entre ellos un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión. Crea derechos para los inversores de ambos, esto es, los llamados «derechos derivados de un tratado», mientras que las actuaciones legales procedentes de estos derechos pueden ser llamadas «reclamaciones derivadas de un tratado». Las partes intervinientes en una reclamación derivada de un tratado son: un inversor de un Estado parte —conocido como el «Estado nacional» del inversor— y el Estado en donde se llevó a cabo la inversión concreta —conocido como el «Estado receptor» de la inversión—.

La inversión extranjera implica también normalmente la celebración de contratos entre el inversor y entidades del Estado receptor. Estos acuerdos pueden revestir la forma de un contrato de concesión con el propio Estado, con una unidad territorial del mismo o con varias agencias estatales. Dichos contratos crearán, asimismo, derechos —y obligaciones— para los inversores, quienes podrán ser llamados «derechos derivados de un contrato o derechos contractuales» —que dan origen a actuaciones legales denominadas «reclamaciones derivadas de un contrato o contractuales»—.

Cabe recalcar que los tratados suscritos por el Perú no contemplan qué materias son o no arbitrables. Por lo tanto, no podemos afirmar que por el solo hecho de que el Perú haya suscrito dichos tratados, haya reconocido que los temas regulatorios son materia arbitrable.

Asimismo, cabe indicar que no todo concesionario es siempre un inversionista amparado por algún tratado suscrito entre su país de origen y el Perú. Incluso, el concesionario puede ser un nacional, por lo

¹¹² CREMADES, Bernardo M. y David J.A. CAIRNS. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004, n.º 1, p. 66.

que en este caso no tendrá tratado alguno al cual recurrir como protección de su inversión.

Asimismo, no debemos perder de vista que el inversionista cuando acude al CIADI es porque el Estado violó la cláusula de estabilidad jurídica, o porque violó un acuerdo de inversión (a través, por ejemplo, del pronunciamiento del regulador).

Sin embargo, acude a efectos de que se declare —precisamente— el incumplimiento del Estado del respeto de la estabilidad que le garantizó. Si existió incumplimiento, el Estado deberá indemnizar al inversionista.

En tal sentido, si algún concesionario considerase que el actuar del regulador —por ejemplo, al imponer una multa— vulnera el contrato de seguridades y garantías suscrito con el Estado, deberá ir a un arbitraje de inversión, a efectos de que el Estado asuma la responsabilidad y, de ser el caso, lo indemnice.

Pero, el concesionario no puede pretender que un tribunal arbitral peruano ejerza funciones que son de exclusiva competencia del Regulador. Por ejemplo, la interpretación de los contratos de concesión, para —de manera indirecta— dejar sin efecto una multa establecida en las dos instancias administrativas correspondientes y que el propio concesionario dejó consentir al no acudir al proceso contencioso-administrativo.

Aquí nos parece pertinente la distinción efectuada por Cremades y Cairns,¹¹³ a efectos de distinguir las reclamaciones derivadas de un tratado y las reclamaciones derivadas de un contrato.

La selección de derechos por parte del inversionista determinará el curso de la controversia relativa a la inversión. Así, los autores se pre-

¹¹³ CREMADES, Bernardo M. y David J.A. CAIRNS. *Op. cit.*, pp. 68-76.

guntan si el inversionista necesita elegir entre los derechos derivados de un tratado y los derechos contractuales; o si podrá ejercer ambos tipos de derechos simultáneamente ante el mismo foro o ante jurisdicciones separadas.

Para ello hay cinco criterios que sirven para distinguir una reclamación derivada de un tratado, basada en derechos contenidos en ese instrumento, de una reclamación contractual surgida en el contexto de la misma controversia.

El primero de ellos es el único que siempre sirve para distinguir una reclamación derivada de un tratado, de una derivada de un contrato. Los otros cuatro también distinguirán una de la otra, pero con la posibilidad de solapamiento en casos concretos.

Pero, veamos cuáles son estos cinco criterios de los cuales tratan los referidos autores:

a) La fuente del derecho

La distinción más fundamental entre una reclamación derivada de un tratado y una reclamación contractual consiste en la fuente del derecho en que se basa la reclamación. La base —o «causa de acción»— de una relación derivada de un tratado es un derecho establecido y definido en un tratado de inversión, mientras que la base de una reclamación contractual es algún derecho creado y definido en un contrato.

La fuente del derecho es el único rasgo distintivo de una reclamación derivada de un tratado, sin ningún solapamiento posible, con una reclamación contractual. Un derecho derivado de un tratado nunca podrá surgir de un contrato.

b) El contenido del derecho

El contenido de los derechos de un tratado y de los derechos de un contrato es, en general, completamente distinto. Los derechos que normalmente se establecen en un tratado bilateral son de «naturaleza genérica y están definidos por el Derecho Internacional» —es decir, el derecho de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato no discriminatorio, trato justo y equitativo e indemnización en caso de expropiación—. En contraste, los derechos contractuales son, por lo general, «específicos para cada inversión concreta y están definidos por la ley nacional del Estado receptor».

No obstante, es posible que el contenido de los derechos de un tratado se solape con el de los derechos contractuales. Por ejemplo, un inversionista que disfrute de un derecho de indemnización por expropiación con arreglo a un tratado bilateral, podrá negociar un contrato de concesión con el Estado receptor y obtener el mismo derecho. En caso de que la inversión fuera expropiada, el inversionista tendría la posibilidad de plantear su reclamación con base en el tratado y respecto del contrato por infracción de «dos derechos idénticos». En un caso así, las reclamaciones derivadas de un tratado y las contractuales todavía podrán distinguirse utilizando el criterio de las fuentes del derecho, pero el contenido de los mismos resultaría idéntico.

c) Las partes en la reclamación

Las partes en una reclamación derivada de un tratado son siempre un inversionista del Estado nacional —que pueda demostrar su nacionalidad en los términos definidos en el tratado bilateral— y el Estado receptor de la inversión.

El Estado parte es el propio Estado y no una unidad federal o regional, ni entidades u organismos estatales. Esto es así, aun

cuando el inversionista no haya tenido contacto directo con el Estado a escala nacional y se queje, por ejemplo, del trato recibido de un organismo estatal provincial. Sin embargo, cuando un inversionista efectúa una reclamación derivada de un tratado basada en la actuación de una autoridad gubernamental a un nivel inferior, entonces el inversionista deberá demostrar que el Estado es responsable de esta conducta en el ámbito del Derecho Internacional.

Por contraste, las partes en una reclamación contractual son las partes del contrato. Si el inversionista extranjero suscribe un contrato de concesión con el Estado receptor, entonces las partes de una reclamación derivada de un tratado serán idénticas a las de una reclamación derivada de un contrato.

d) La ley aplicable

Otra diferencia potencial entre una reclamación derivada de un tratado y una reclamación contractual es la ley aplicable. Respecto de un tratado, la ley aplicable generalmente incluye las estipulaciones del propio tratado, la ley nacional del Estado receptor y «los principios generales del Derecho Internacional». En contraste, los contratos de concesión están normalmente sujetos a la ley nacional del Estado receptor.

e) La responsabilidad del Estado receptor

Por último, el éxito de una reclamación derivada de un tratado implica una responsabilidad del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional. El éxito de una reclamación contractual se traduce en responsabilidad del Estado, conforme a lo establecido en su ley nacional.

Como hemos visto, un tratado y un contrato de concesión constituyen dos fuentes independientes de derechos y un inversionista podría utilizar ambas.

Incluso, los ejemplos que se citan por quienes indican que los temas regulatorios sí son arbitrables, se refieren a los arbitrajes iniciados como consecuencia de un incumplimiento del tratado y no del contrato; a saber que «los procesos arbitrales no pretendían discutir acerca de la atribución o competencia de SUNAT para fiscalizar los tributos, sino acerca de si tal o cual disposición tributaria formaba parte o no del marco estabilizado del impuesto a la renta contenido en los Convenios de Estabilidad Jurídica pactados entre el Estado peruano y las empresas privadas. Justamente por ello, la SUNAT no fue emplazada en los arbitrajes, sino que lo fue el Estado peruano suscriptor de los convenios».¹¹⁴

Es claro que el actuar del regulador puede ser —indirectamente— materia de un arbitraje de inversión, en tanto se determinará si el Estado incumplió o no los convenios de estabilidad, a efectos de determinar si estará o no obligado a indemnizar al inversionista.

Pero, no se puede pretender que un tribunal arbitral nacional se pronuncie sobre algún acto del regulador en ejercicio de sus funciones exclusivas, en virtud de un tratado internacional.

Es decir, por ejemplo, no se puede pretender que un tribunal arbitral nacional revise la sanción impuesta por el regulador, cuando ello es facultad del Poder Judicial a través de un proceso contencioso-administrativo.

¹¹⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Lima: UPC, 2007, pp. 876 y ss. Citado por BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El Estado soy Yo». *Op. cit.*, p. 81.

Dentro de tal orden de ideas, no se puede sostener válidamente que un tratado bilateral o el convenio CIADI tengan como finalidad trasladar funciones y atribuciones exclusivas del Regulador a un tribunal arbitral nacional.

5. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA: ALCANCES DEL ARTÍCULO 14 DEL DECRETO LEGISLATIVO n.º 1071

Como ya hemos señalado, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos, entre ellos, determinar si es obligatorio en sentido personal, es decir, si existe identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral.

Ello resulta relevante, habida cuenta de que el principal argumento de algunos organismos reguladores para negarse a acudir a un arbitraje, es que no han suscrito ninguno de los convenios arbitrales contenidos en los contratos de concesión.

Sin embargo, dicho argumento se vería mermado por lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071; que establece lo siguiente:

Artículo 14.- «Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». (El subrayado es nuestro).

Esta nueva ley, introdujo algunas modificaciones de importancia, siendo una de las más resaltantes la relativa a la extensión del convenio arbitral.

Según la Exposición de Motivos del referido Decreto Legislativo, estas nuevas disposiciones permitirían una aplicación más eficiente del acuerdo que da origen al arbitraje, garantizando de esta manera el respeto a la voluntad de las partes de someterse a este medio de resolución de conflictos.

Asimismo, la Exposición de Motivos señala que si bien el artículo 14 pone algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible para evitar caer en una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito, ya que esto último podría ocasionar el divorcio entre la realidad y la normatividad vigente y, por lo tanto, la pérdida de utilidad del arbitraje.

Como señala el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

A entender de Vidal,¹¹⁵ el convenio arbitral viene a ser un acto o negocio jurídico constitutivo, debido a que genera obligaciones para las partes y las vincula ante el eventual surgimiento de un conflicto.

En palabras de Matheus,¹¹⁶ el Convenio Arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo, que consiste en la obligación

¹¹⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «El convenio arbitral». En: *Derecho PUCP*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, n.º 56, p. 571.

¹¹⁶ MATHEUS, Carlos. «Los efectos y las patologías del Convenio Arbitral en la nueva Ley de Arbitraje». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., julio 2009, n.º 188, p. 90.

de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir en una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir con la decisión de los árbitros; y el denominado efecto negativo, que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción ordinaria de conocer tales cuestiones.

Según Caivano,¹¹⁷ el acuerdo arbitral, en consecuencia, tiene naturaleza convencional, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en materia de contratos.

En efecto, como señalan Galluccio y Mori,¹¹⁸ es también necesario tener en cuenta que el origen de cualquier proceso arbitral es siempre un contrato y, como tal, se le deben aplicar las reglas concernientes a los contratos. En ese sentido, la principal regla aplicable al convenio arbitral es el *pacta sunt servanda*, del cual podemos inferir dos importantes consecuencias. La primera está relacionada con el hecho de que el convenio arbitral es obligatorio y son las partes las que voluntariamente se someten a las reglas de juego establecidas por ellas mismas, teniendo por obligatorio cumplirlas. Por otro lado, la segunda consecuencia vendría a ser que dicho convenio es obligatorio sólo para las partes del mismo e, inicialmente, vincularía sólo a quienes tuvieron a bien pactarlo.

En efecto, como señala Mantilla Espinoza,¹¹⁹ en lo que respecta al consentimiento de las partes, el principio general parece ser la autonomía de la voluntad, el cual se manifiesta a través del efecto relativo de los contratos, que determina que el pacto arbitral únicamente produce efectos jurídicos con respecto a las personas que manifestaron su vo-

¹¹⁷ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 111.

¹¹⁸ GALLUCCIO, Tonder y Pablo MORI. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En: *Advocatus*, n.º 23, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2009, p. 194.

¹¹⁹ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. «Los límites al consentimiento en el pacto arbitral». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 237.

luntad, y de la soberanía de la voluntad, en virtud de la cual, no sólo los sujetos tienen la libertad de celebrar o no el pacto arbitral, sino que, además, éstos sólo se obligan en la medida en que hayan aceptado sus disposiciones.

Por su parte, Suárez Anzorena¹²⁰ señala que, por regla general, el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral.

El citado autor afirma que la raíz contractual de este mecanismo de solución de controversias es el pilar de su legitimidad, dada la inmediatez entre la voluntad del juzgado y la selección del juzgador, a la vez que su gran debilidad, en términos de su eficacia frente a terceros.

En tal sentido, resulta claro que las partes signatarias de un acuerdo arbitral están obligadas *prima facie* a cumplir sus términos. Asimismo, es claro que sus efectos, como regla general, no son proyectados sobre quienes no han sido otorgantes de tan trascendente acto jurídico. Sin embargo, la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias, cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe.¹²¹

Sobre el particular, Silva¹²² afirma que en este punto el principio *res inter alios acta* recibe aplicación. Por lo general, las partes vinculadas por

¹²⁰ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, n.º 2, p. 57.

¹²¹ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. *Op. cit.*, pp. 57-58.

¹²² SILVA ROMERO, Eduardo. «Introducción». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. xxiv.

el pacto arbitral son aquéllas que han suscrito el contrato que comprende el convenio arbitral. El problema surge cuando se pregunta si una parte que no suscribió ninguno de dichos documentos puede ser considerada como parte de un posible arbitraje. En este punto, doctrinas y jurisprudencias del mundo se encuentran divididas. La jurisprudencia francesa, por un lado, considera que si la parte que no suscribió el contrato participó activamente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, puede concluirse en que la voluntad de las partes signatarias y de la no signataria era considerar a esta última como parte del contrato y del pacto arbitral. Por consiguiente, la parte no signataria debería ser considerada por los árbitros como parte del arbitraje, siempre y cuando la participación descrita haya tenido lugar. En Suiza, por el contrario, dada su tradición de respeto del velo societario, la anterior teoría no es aplicada.

De acuerdo a lo señalado en las líneas precedentes, para poder participar en un arbitraje es necesario que las partes hayan pactado anteriormente esta posibilidad mediante el convenio arbitral (renunciando, también, de esta manera a someter este conflicto al fuero judicial). Como ya señalamos, este convenio, aparentemente, sólo obligaría a las partes firmantes, pues al regirse por los principios y normas relativas a los contratos, se tendrá que tener especial cuidado en no desplegar sus efectos a terceros ajenos al contrato que da origen al inicio del proceso arbitral.¹²³

En esa línea de ideas, Jorge Santistevan¹²⁴ manifiesta que el convenio arbitral vinculará sólo a las partes, cumpliéndose el principio *res*

¹²³ DEL CASTILLO, Sociré. «Extensión del convenio arbitral». En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, septiembre de 2009, n.º 15, p. 162.

¹²⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2009, n.º 8, pp. 29-30.

inter alios acta en toda su magnitud, debido a que no puede incluirse en el arbitraje a aquéllos que no formaron parte de él.

Entonces podemos decir que la regla sería que el convenio arbitral rija sólo para las partes firmantes y no para algún tercero ajeno a esta relación jurídica. En consecuencia, por lo general, los agentes que participan en el arbitraje en condición de demandante y demandado son aquellas personas que han suscrito precisamente el convenio arbitral.

Sin embargo, como es común en el Derecho, toda regla tiene su excepción y determinados agentes ajenos a la controversia pueden intervenir en el arbitraje, ya sea porque pueden ser afectados jurídicamente con el laudo o porque el árbitro puede considerar que existe legítimo interés para intervenir en el proceso.¹²⁵

Actualmente, existe una serie de figuras que vienen relativizando el requisito del consentimiento al convenio arbitral, razón por la cual podemos afirmar que este criterio ya no es absoluto, y más aún con la vigencia de la nueva Ley de Arbitraje.

En efecto, si bien con regularidad las partes acceden al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, en la actualidad existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no exige necesariamente una manifestación expresa y por escrito de quien va a ser parte, estando en la posibilidad una parte de quedar vinculada al convenio sin haberlo suscrito de manera expresa.

El artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje se ha ocupado de importantes figuras que ya gozaban de relativo reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial en el arbitraje.

¹²⁵ CUBA, Enrique y Christian Virú. «Extensión del Convenio Arbitral: Comentarios al artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., agosto 2008, n.º 177, p. 49.

En opinión de Galluccio y Mori,¹²⁶ este artículo tiene como objetivo extender los efectos del convenio arbitral a quienes cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que contiene el convenio arbitral y a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato.

A diferencia de la anterior legislación, actualmente se exige para la extensión del convenio arbitral el consentimiento, entendido éste no sólo por la firma del convenio arbitral, sino también por la manifestación de una conducta activa en las actuaciones y manifestaciones del contrato objeto de arbitraje; en esta misma situación estarán aquéllos que exijan el cumplimiento de beneficios que deriven del contrato materia de arbitraje.¹²⁷

En ese sentido, Santistevan¹²⁸ señala acertadamente que para someter al proceso arbitral a partes no signatarias es necesario un cuidadoso análisis sobre el caso en concreto, examinando minuciosamente las conductas desarrolladas en la negociación de los contratos para, de esta manera, determinar si existe algún consentimiento implícito que haga posible la extensión del convenio y, en consecuencia, la posibilidad de extender los efectos del laudo a estos terceros.

Es importante admitir que esta posibilidad de extender los efectos del arbitraje a terceros es bastante compleja, debido al carácter contractual del convenio arbitral. También es necesario tener en cuenta las importantes diferencias con el carácter jurisdiccional de la competencia del fuero judicial, para apreciar la dificultad existente en extender la competencia arbitral a partes no signatarias, por diversas razones ya explicadas con anterioridad.¹²⁹

¹²⁶ GALLUCCIO, Tonder y Pablo MORI. *Op. cit.*, p. 196.

¹²⁷ DEL CASTILLO, Sociré. *Op. cit.*, p. 165.

¹²⁸ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». *Op. cit.*, pp. 29-30.

¹²⁹ *Idem.*

En esa línea de pensamiento encontramos a Roque Caivano,¹³⁰ quien manifiesta que en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. En el arbitraje, en cambio la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes, plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros.

Sobre el particular, De Trazegnies¹³¹ señala si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad y, por tanto, utilidad, como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas.

Asimismo, resulta oportuno señalar que el referido artículo 14 no debe ser leído como si su intención fuera introducir un tercero en el proceso arbitral, sino que ésta es una parte no signataria, a quien se incorpora al arbitraje porque de algún comportamiento suyo se desprende su aceptación del convenio arbitral.

De esta manera, hay que descartar la inclusión de figuras procesales; esta extensión a partes no signatarias debe ser entendida como

¹³⁰ CAIVANO, Roque. «Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2007, n.º 4, p. 67.

¹³¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje». En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, n.º 29, p. 18.

producto de la aplicación de las normas relativas a los contratos como son, básicamente, el consentimiento y la buena fe.

Esta incorporación al convenio no se da por la firma de ese pacto (con lo que se confirma la desformalización del requisito de que el consentimiento conste por escrito), sino por hechos diferentes que se deben interpretar como un auténtico consentimiento del cual, evidentemente, se puede confirmar la aceptación del convenio.¹³²

Ya hemos mencionado que es necesario aplicar con sumo cuidado esta posibilidad de extender el convenio arbitral y es en esa línea que el derecho comparado se ha preocupado, de alguna manera, en detallar los supuestos en los que existe esta posibilidad.

En ese sentido, el derecho estadounidense estableció determinadas circunstancias que permitirían la participación en el proceso arbitral de un no signatario. Estos supuestos son básicamente:¹³³

- Incorporación por referencia: El acuerdo arbitral no sólo será entendido como un documento o intercambio de comunicaciones, sino también cuando en un contrato se haga referencia a una cláusula arbitral.
- El asentimiento tácito: Es parte de un arbitraje aquél que a partir de su conducta se entiende que ha aceptado tácitamente los efectos de un convenio arbitral del que no fue parte; así como el que no rechaza participar en un arbitraje sin ser signatario.
- La relación de agencia: De manera excepcional, analizando caso por caso, el representante de una persona será alcanzado por los

¹³² GALLUCCIO, Tonder y Pablo Mori. *Op. cit.*, p. 198.

¹³³ CAIVANO, Roque. «Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En: *Lima Arbitration*. Lima: Revista editada por el Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, n.º 1, pp. 125-127.

efectos del convenio arbitral que celebró en nombre de su representante.

- La penetración del velo societario: Implica desdeñar la personalidad jurídica de una sociedad para hacer partícipe a sus miembros en el arbitraje, siempre que se pruebe los actos fraudulentos, como cuando es controlada por otra y sólo es una pantalla de esta última (alter ego).
- El *Estoppel*: Consiste en someter a arbitraje a sujetos que exigen o se benefician del cumplimiento de un contrato, mas no aceptan las cargas de éste como sería el convenio arbitral.
- La Interrelación: Mediante ella se obliga a un no signatario que no teniendo convenio arbitral es parte por tener contratos interrelacionados con los que son objeto de arbitraje.

5.1. *¿OSITRAN puede participar en los arbitrajes sobre temas regulatorios?*

De acuerdo a lo desarrollado en el punto precedente, se puede afirmar que los efectos del convenio arbitral contenido en los contratos de concesión (celebrados entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de concedente, y algún concesionario), teóricamente podrían ser susceptibles de ser extendidos a partes que, como el OSITRAN, no suscribieron expresamente el acuerdo, pero que con su conducta se llega a demostrar la aceptación y la posibilidad de que tengan intereses jurídicos inmersos en la resolución del conflicto arbitral.

Siguiendo lo establecido por el referido artículo 14 de la Ley de Arbitraje, el consentimiento de OSITRAN de someterse a arbitraje, según la buena fe, se podría determinar por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración y ejecu-

ción de los contratos de concesión que comprenden el convenio arbitral.¹³⁴

En efecto, por ejemplo, la participación activa del OSITRAN en la ejecución de los contratos de concesión resulta evidente de cláusulas como las siguientes:

«SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

Derechos y Deberes del CONCESIONARIO

(...)

Información

8.5.- Es obligación del CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes relativos al desarrollo de la Explotación de la Concesión. El costo de la preparación de los informes corresponderá al CONCESIONARIO y oportunamente junto con el REGULADOR convendrán en el formato más apropiado a utilizar. Sin perjuicio de la obligación de presentar otros informes mencionados en el Contrato, la información periódica básica a proporcionar por el CONCESIONARIO se sujeta a lo establecido en el Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.

(...)

8.9.- El CONCESIONARIO someterá a consideración del REGULADOR, en un plazo no mayor de noventa (90) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, los proyectos de los siguientes reglamentos internos:

(...)

e) Para la atención de accidentes y emergencias.

El procedimiento de aprobación de los mencionados reglamentos internos por parte del REGULADOR se ceñirá a las disposiciones sobre la materia, siendo de aplicación, durante el proceso de aprobación de estos reglamentos, las disposiciones

¹³⁴ Según el artículo 11.1. del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, la opinión del organismo regulador se restringe a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio.

que ya hubiese dictado el REGULADOR sobre la materia. El CONCESIONARIO debe incorporar en la elaboración de sus reglamentos internos, los principios y regulaciones establecidas en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, señalándose la aplicación supletoria de dicho reglamento.

En caso de duda o discrepancia, prevalecerá el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

(...)

8.25.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes de las mediciones de flujo vehicular, respecto de cada una de las unidades de Peaje previstas en la Cláusula 8.14, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.

8.26.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR un informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.

A tal efecto, corresponderá al REGULADOR, establecer los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada, siendo responsabilidad del CONCESIONARIO llevar a cabo el procedimiento de selección, que se realizará cada año dentro de los dos (2) primeros meses del año a ser auditado». (El subrayado es nuestro).

No obstante lo indicado, si bien resulta evidente la participación activa del OSITRAN en la negociación, celebración, ejecución y terminación de los contratos de concesión, y como consecuencia de ello, podría ser parte (no signataria) en un arbitraje, también cabe precisar que su participación en el arbitraje sólo podría producirse a efectos de que el tribunal arbitral resuelva controversias sobre las cuales las partes tengan libre disposición, dentro de los términos analizados en el punto 2.1. del presente capítulo.

En otras palabras, por más de que la participación del OSITRAN haya sido activa y se le apliquen las consecuencias del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, ello no implica —de modo alguno— que un tribunal arbitral pueda conocer controversias relativas al ejercicio del *ius imperii* del ente regulador, ya que la actuación del OSITRAN en dichos supuestos, es consecuencia de las facultades y funciones que la Ley le otorga.

5.2. *¿Es posible que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios o que los Consejos de Usuarios participen en los arbitrajes sobre temas regulatorios?*

Para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos, entre ellos, determinar si es obligatorio en sentido personal, es decir, si existe identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral.

Ello resulta relevante, habida cuenta de poder analizar si las Asociaciones de Consumidores y Usuarios o los Consejos de Usuarios podrían participar en el arbitraje, a pesar de que no han suscrito ninguno de los convenios arbitrales contenidos en los contratos de concesión.

Si bien podría resultar evidente la participación activa de los organismos reguladores en la negociación, celebración, ejecución y terminación de los contratos de concesión y, como consecuencia de ello, podría ser parte (no signataria) en un arbitraje, también cabe precisar que su participación en el arbitraje sólo podría producirse a efectos de que el tribunal arbitral resuelva controversias sobre las cuales las partes tengan libre disposición, dentro de los términos analizados en el punto 2.1. del presente capítulo.

Sin embargo, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios o los Consejos de Usuarios no tienen una participación activa y de manera

determinante en la negociación, celebración y ejecución de los contratos de concesión que comprenden el convenio arbitral, por lo que no se les podría extender su aplicación y, en consecuencia, no podrían participar en arbitraje alguno iniciado por el concesionario en contra del concedente.

EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL CONTRATO LEY

EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL CONTRATO LEY

1. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como sabemos, dentro de las relaciones entre la Administración y los particulares, se pueden celebrar contratos administrativos y de Derecho Privado.

En efecto, el Estado —al poseer personalidad jurídica— es sujeto de derechos y obligaciones, de modo que se encuentra facultado para celebrar contratos con terceros, sean éstos personas de Derecho Público o Privado, nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas.

Gordillo¹³⁵ sostiene que los contratos que celebra la Administración tienen todos un régimen en parte de Derecho Público, pero que el mismo no es uniforme; todos pueden ser denominados *contratos administrativos*, sin perjuicio de que existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de Derecho Público.

No existe una categoría de contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, sino que existe un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que se celebren en ejercicio de la función administrativa.

Son diversos los criterios que se han elaborado para distinguir los contratos administrativos. Según el criterio tradicional, un contrato

¹³⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Fundación de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 2003, Parte General, tomo I. En: <http://www.gordillo.com/TomoI.htm>.

de la Administración puede ser *administrativo* por cualquiera de las siguientes razones:¹³⁶

a) Determinación de la ley

El primer caso —tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina comparada— es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

b) Voluntad de las partes

El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aun en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la Administración contrata bajo un régimen de *cláusulas exorbitantes* al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del Derecho Privado. Si la Administración contrata:

- (i) bajo un procedimiento de Derecho Público, como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la Administración en forma unilateral;
- (ii) incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí misma ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.);

¹³⁶ *Idem.*

- (iii) se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos;
- (iv) excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato;
- (v) da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios o licenciarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvia: se interpreta que el contrato ha quedado automáticamente, por la propia voluntad de las partes contratantes, sometido a un régimen de Derecho Público, siendo, por lo tanto, un contrato administrativo y no un contrato de Derecho Privado de la Administración.

c) El interés público de los usuarios afectados

Aunque un contrato celebrado en ejercicio de funciones administrativas públicas no esté incluido en el Derecho Público, por disposición de la ley ni por la voluntad expresa o implícita de las partes, al incluir cláusulas exorbitantes al Derecho Privado, puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere en forma directa a la prestación o al funcionamiento de un servicio público, como, por ejemplo, el contrato de concesión o licencia de servicios públicos; o, en cualquier caso, si tiene por objeto directo de algún modo asociar (*lato sensu*: concesión, licencia, permiso, gerenciamiento, subcontratación de obras, suministros o servicios, etc.) al contratante privado a la gestión de un servicio público.

En general, hoy se suele sostener que el contrato administrativo se distingue del contrato privado en que mientras en el primero entra en juego el interés público y las denominadas cláusulas exorbitantes, en el segundo prevalece el interés privado y no incluye dichas cláusulas.

Asimismo, prevalece la postura que advierte que cuando el contrato es administrativo, la relación patrimonial que de aquél se deriva, se rige por el Derecho Público, en tanto el Estado actúa con todos sus poderes de *imperium*.

El Estado, al celebrar contratos administrativos con los particulares, goza de una serie de prerrogativas o poderes especiales establecidos con el fin de resguardar el interés público. Tales poderes tienen como contrapartida un alto riesgo para el inversionista, por lo que el Estado sólo podrá ejercerlos en casos de interés público.¹³⁷

La Administración puede hacer uso de sus poderes de *imperium* por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y siempre en función del criterio del interés público, lo que justifica la desigualdad entre el contratista privado y la Administración Pública, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

Como indican Amado y Miranda,¹³⁸ mientras que los contratos regidos por el Derecho Privado no pueden ser modificados sino en virtud de un nuevo acuerdo entre las partes, no sucede lo mismo en el caso de los contratos administrativos. Ello, en razón de que los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados al interés público en el contrato administrativo.

El Estado en sus relaciones jurídicas con personas y entidades, contraídas en uso de sus poderes de *imperium* ostenta una situación de

¹³⁷ TRELLES DE BELAUNDE, Javier. «El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos». En: *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, n.º 44, p. 251.

¹³⁸ AMADO VARGAS José Daniel y Luis MIRANDA ALZAMORA. «La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El Contrato Ley». En: *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, n.º 33, p. 17.

privilegio, lo que genera que quienes contraten con éste deban enfrentar situaciones inequitativas.

Quien contrata con el Estado, por consiguiente, asume riesgos que no se dan en la contratación propia del Derecho Privado que se caracteriza por la igualdad, al menos jurídica, de los contratantes. La existencia de estos riesgos desincentiva, en definitiva, la contratación con el Estado.

No necesita el Estado invocar la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor para modificar un contrato de esta naturaleza: éstas son causales para modificar el contrato a pedido del concesionario o licenciatario. El concedente tiene, en cambio, facultades más discrecionales.

Lo cierto es que existe consenso en que a los contratos administrativos le son aplicables una serie de reglas consideradas exorbitantes desde la óptica del Derecho Civil, las cuales se fundamentan en el interés público.

El ordenamiento jurídico le confiere al Estado un conjunto de poderes conocidos con el nombre de *cláusulas exorbitantes*, las cuales serán aplicables a la relación aun cuando no se encuentren establecidas en el contrato administrativo.

Estas cláusulas, que como acabamos de mencionar, pueden ser implícitas o explícitas, dan luz verde al Estado para que modifique o incluso extinga las relaciones jurídicas patrimoniales generadas a partir de un contrato administrativo en función de un criterio general impreciso, como es el del interés público.¹³⁹

¹³⁹ AMADO VARGAS, José Daniel y Luis MIRANDA ALZAMORA. *Op. cit.*, p. 17.

Amado y Miranda¹⁴⁰ señalan que la doctrina reconoce en la contratación administrativa las siguientes cláusulas exorbitantes:

- La Administración tiene un poder de control y dirección de la ejecución del contrato;
- La Administración puede modificar unilateralmente el contrato cuando las necesidades del servicio público así lo exijan; y
- La Administración siempre puede imponer al contratista la resolución del contrato.

Más exacto nos parece sostener que son diversos y variados los poderes que se configuran a partir de la actuación contractual de la Administración, destacándose entre aquéllos los de dirección, control, inspección, interpretación unilateral del contrato, *ius variandi* o modificación de su objeto y resolución unilateral.

Ahora bien, entre los contratos administrativos encontramos el de concesión de obra pública o el de concesión de servicios públicos. Por ello, en los siguientes ítems, vamos a analizar los principales aspectos del Contrato de Concesión.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que la existencia de las cláusulas exorbitantes a las que hemos hecho referencia, si bien puede responder a una realidad incontrastable del Derecho Público, crea una gran incertidumbre en los inversionistas respecto de cómo se desarrollará su relación jurídico-patrimonial con el Estado.

La necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de

¹⁴⁰ *Idem.*

imperium, es la razón de ser de los contratos-ley,¹⁴¹ figura que —más adelante— compararemos con el contrato de concesión.

2. CONTRATO DE CONCESIÓN

Según José Luis Amadeo,¹⁴² la concesión es un acto jurídico de Derecho Público que tiene por fin esencial organizar un servicio de utilidad general, delegando en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado (o de sus cuerpos administrativos), para hacerla efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principios del Derecho Administrativo.

En efecto, toda concesión nace de un atributo de la soberanía del Estado, de su *ius imperium*, por cuanto debe necesariamente referirse a bienes sometidos al dominio público. Como el concesionario va a ejercer —en determinada medida— la autoridad del Estado o de órganos del Gobierno, no es posible consentir que los servicios públicos se consideren enajenados o renunciados a favor de quien esté prestándolos, sin una clara y expresa voluntad de otorgar la concesión por parte de la autoridad, dado que se trata de un acto de imperio que exige determinadas formas y condiciones para ser tal.¹⁴³

Entonces, como señala el referido autor, la concesión se caracteriza por ser un acto de soberanía del Estado, a través del cual ejerce su *ius imperium* y se confiere —a un particular o a una empresa— facultades que no podrían otorgarles las personas privadas, toda vez que se les

¹⁴¹ Institución a la que —como veremos— el propio Estado puede recurrir en aquellos casos donde decida conceder a sus co-contratantes una mayor estabilidad en los contratos que celebran.

¹⁴² AMADEO, José Luis. *La concesión de servicios públicos según la Jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 11.

¹⁴³ AMADEO, José Luis. *Op. cit.*, pp. 12-13.

permite ejercer actividades que no serían accesibles al individuo por su naturaleza misma y que sólo la concesión las hace posibles.

Por lo tanto, debe quedar plenamente establecido, que la concesión no es un contrato del derecho común entre partes iguales, sino que es un acto legislativo (o administrativo), en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa (o particular, se entiende) para la debida realización del servicio público del transporte ferroviario (o de tranvías, luz, obras sanitarias o de otra de las que él, el Estado, debe o puede prestar directamente), dentro de límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional (o provincial o municipal).¹⁴⁴

En este orden de ideas, se puede afirmar que en los contratos de concesión, el Estado tiene un poder de potestad de actuación, que ejerciéndose de acuerdo con el ordenamiento jurídico, se puede definir como aquél en el cual el Estado habilita a un particular a ejercer un poder que le es privativo (operándose una «delegación transestructural de cometidos estatales»): construir, mejorar o mantener (o conservar) una determinada infraestructura, exigiendo a los administrados el pago de una contraprestación por la explotación de la obra, la cual es de dominio público.¹⁴⁵

Así, García de Enterría¹⁴⁶ señala que la legalidad define y atribuye, con normalidad, potestades a la Administración. La acción administra-

¹⁴⁴ AMADEO, José Luis. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁵ MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro. «Las clases de concesiones de infraestructura portuaria en el Perú y el diseño de la concesión del muelle sur en el Terminal portuario del Callao». En: *25 mejores artículos de Derecho Regulatorio*. Compiladores: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge y Juan Carlos MORÓN URBINA. Lima: *Thémis*, CD-ROM, p. 3.

¹⁴⁶ Citado por THURY CORNEJO, Valentín. *Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de los entes reguladores de servicios públicos*. Buenos Aires: Universidad Austral, 1995, p. s/n.

tiva es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá y ejercerá relaciones jurídicas concretas. La dinamicidad inacabable de la vida administrativa tiene su causa en este mecanismo técnico.

En el mismo sentido, Dromi¹⁴⁷ señala que la concesión es el traspaso de los poderes propios del concedente (Administración-Estado) al concesionario (particular). Así, la Administración transmite un derecho o el ejercicio del mismo. La obra pública —su construcción y explotación— no será realizada por la Administración, sino por el concesionario.

Además, el citado autor señala que la concesión de obra pública es un sistema de contratación caracterizado por la modalidad del pago del precio, en el que implica una intervención directa del concesionario en la explotación de la obra pública.

En efecto, la concesión de obra pública es un modo de ejecución de la obra por el cual la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y luego, no paga un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante el plazo determinado.¹⁴⁸

En cuanto a la normativa peruana, el artículo 13 del 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, Decreto Supremo n.º 059-96-PCM (en adelante, el Texto Único), define la figura de la concesión de la siguiente manera:

Artículo 13.- «La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos,

¹⁴⁷ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., 2005, tomo I, p. 100.

¹⁴⁸ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 641.

el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado».

Según Dromi,¹⁴⁹ el contrato de concesión de obra pública presenta las mismas características que el contrato de obra pública; sin embargo no se debe confundir con el mismo, toda vez que el contrato de concesión de obra pública es aleatorio para el concesionario, es decir, los beneficios dependen de un hecho incierto: los ingresos durante el plazo de la concesión.

En efecto, el contrato de concesión de obra pública se distingue de la obra pública por cuanto en éste se pacta con un particular la construcción de la obra, y luego, terminada la obra, se le abona el valor en la forma convenida, concluyendo las relaciones contractuales. Sin embargo, en el contrato de concesión de obra pública, una vez finalizada la obra, el constructor queda como concesionario del servicio a que estaba destinada, hasta cobrarse su costo más una ganancia razonable.

Por otro lado, para el citado autor se distinguen dos fases dentro del contrato de concesión de obra pública:

- (i) La construcción de la obra pública o la necesidad de realizar inversiones previas por parte del concesionario, para las ya existentes; y
- (ii) La concesión —para su explotación por plazo determinado— al contratista o a quienes hayan financiado la obra.

¹⁴⁹ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, pp. 642 y 643.

Al respecto, según Manayalle,¹⁵⁰ la ejecución de la infraestructura puede involucrar, indistintamente, su construcción, reparación o ampliación. Por su parte, la explotación de la obra comprende su mantenimiento o conservación, la prestación del servicio que sobre ésta se brinda y el derecho a cobrar una tarifa.

En este orden de ideas, la participación privada en concesiones de obras públicas de infraestructura puede otorgarse para el cumplimiento de diversos propósitos:

- (i) En caso de que el Estado plantee la creación de una nueva infraestructura de uso público o su recuperación o ampliación, éste otorgará la concesión para que el particular proceda a la ejecución de la infraestructura y, conjuntamente, a su explotación mediante la prestación de determinados servicios.
- (ii) En el caso de una infraestructura ya construida, el Estado podrá entregar en concesión solamente su explotación, la cual incluye el mantenimiento y conservación de la obra y, adicionalmente, la explotación del servicio. El otorgamiento de tal concesión se efectuará considerando que el mantenimiento y la operación de la infraestructura pueden ser desarrollados más eficientemente con la participación de los particulares. Como es obvio, esta clase de concesiones involucra, también, un desembolso de inversiones por parte del particular, las cuales están destinadas al mantenimiento de la infraestructura y a desarrollar las mejoras necesarias para su funcionamiento y operación eficiente.

2.1. Clases de concesión

El artículo 14 del Texto Único establece que la concesión podrá otorgarse bajo las siguientes modalidades; a saber:

¹⁵⁰ MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro. *Op. cit.*, p. 4.

- (i) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;
- (ii) A título gratuito;
- (iii) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de explotación, reintegrables o no; o,
- (iv) Mixta, cuando concurren más de una de las modalidades antes señaladas.

Al respecto, la doctrina es más extensa al establecer las diversas clases de concesión de obra pública. Así, Dromi¹⁵¹ las divide de la siguiente manera:

- (i) Según el carácter de la obra, se otorgará:
 - Para la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas.
 - Para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes.
- (ii) Según haya o no contribución del contratista o subsidio del Estado, resulta:
 - A título oneroso, cuando se impone al concesionario una contribución en dinero o una participación en sus ganancias a favor del Estado.
 - Gratuita.
 - Subvencionada por el Estado, en un pago único o con entregas distribuidas a lo largo de la explotación.

¹⁵¹ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 642.

(iii) Según la forma en que se otorgue, la concesión puede ser:

- A iniciativa de la Administración, y se seguirá el procedimiento de licitación pública o la contratación directa si se trata de entes público o sociedades de capital estatal.
- A iniciativa privada, en cuyo caso se puede optar por la licitación pública o el concurso de proyectos integrales.

2.2. *Naturaleza jurídica del contrato de concesión*

Según Escudero,¹⁵² es difícil establecer con precisión la naturaleza jurídica de la concesión; sin embargo, la doctrina ha centrado sus opiniones en tres corrientes:

(i) *La concesión como acto contractual*

De acuerdo con la doctrina clásica del Derecho Administrativo, la concesión es un contrato que se celebra entre la Administración y un particular, a través del cual éste se encarga de la realización de una obra mediante ciertas ventajas, preferentemente de índole económico, que aquélla le otorga.

De acuerdo con esta teoría, existen circunstancias comunes que concurren en este acto, en las que se aparenta su naturaleza contractual. Así tenemos que:

- Existe la capacidad de las partes, sin la cual el acto es nulo.
- Se presenta la reciprocidad de consentimiento (libremente expresado), pues ni se impone como prestación personal o carga obligatoria la de ser concesionario; ni, de otra parte, se puede exigir como un derecho frente al Estado el otorgamiento de una concesión.

¹⁵² ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *La concesión de obras públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1971, pp. 76-88.

- Existe un objeto: la construcción de la obra y la gestión del servicio.
- Existen formalidades contractuales como el documento formalmente sometido al contratista por la administración, en donde consta el objeto del contrato.

(ii) *La concesión como acto unilateral*

En esta posición, la concesión es un acto de Derecho Público, un acto de autoridad superior, un acto administrativo, sobre la base de la sumisión del interesado, como ocurre en el nombramiento para el servicio del Estado.

En consecuencia, no es un contrato, como no lo es la designación de un funcionario. Así, las conversaciones que la preceden fijan las condiciones y la medida de la sumisión, determinando el contenido exacto del acto administrativo.

Entonces, los resultados de la concesión no son mixtos, como algunos creen, en parte de Derecho Público y en parte de Derecho Civil, pues si así fuese también sería de Derecho Civil el derecho del funcionario a la retribución.

Por ello, todo cuanto en la concesión hay es de Derecho Público, y, por consiguiente, lo es cuando afecta a las ventajas económicas de las que goza el concesionario.

(iii) *La concesión como acto mixto*

Esta teoría es acogida por el Derecho francés, en el que se considera a la concesión como un acto complejo con resultados mixtos, es decir, como un acto unilateral y, a la vez, contractual, con sus particulares efectos.

Así, a entender de Hauriou,¹⁵³ la concesión se descompone en dos elementos: una situación reglamentaria y un contrato administrativo. La primera resulta de la organización del servicio público concedido y es la más importante. La segunda le está subordinada y es esencialmente de naturaleza financiera, destinada a asegurar la remuneración del concesionario por el servicio que asume.

(iv) *Contrato Administrativo*

Una parte de la doctrina se ha resistido a considerar la idea de que la concesión es un contrato administrativo, ni de Derecho Privado, ni de Derecho Público, habida cuenta de que la Administración actúa siempre en forma unilateral, aun cuando en determinadas circunstancias se requiera del asentimiento o adhesión del particular. La personalidad única de Derecho Público de la que se encuentra investido el Estado y la facultad para proceder, siempre es por la vía unilateral.¹⁵⁴

Otra tendencia, respecto a la unilateralidad del acto administrativo, considera que no es posible hablar de contrato administrativo entre la Administración y los particulares.

En efecto, en esta última tendencia, se reconoce la capacidad que tiene la Administración para contratar, pero estos contratos se regulan por el Derecho Privado y no por el Derecho Público. Sólo los contratos celebrados entre entes públicos se regulan por el Derecho Público.

Entonces, si la Administración sólo se vincula por el Derecho Privado, ello se debe a las siguientes circunstancias:

¹⁵³ Citado por ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *Op. cit.*, p. 79.

¹⁵⁴ ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *Op. cit.*, p. 82.

- a. A la desigual posición en que se encuentran los sujetos en la relación contractual. El Estado ocupa, frente al particular, una situación de primacía que impide la igualdad jurídica de las partes, igualdad que es la esencia del contrato.
- b. A la inexistencia de la autonomía de la voluntad en los llamados contratos administrativos. El contenido de tales contratos aparece en la mayoría de los casos, determinado por la voluntad del legislador, quien fija sus condiciones.
- c. A la in comerciabilidad del objeto sobre el que recaen los mencionados contratos. Estando fuera del comercio jurídico los objetos a que se refieren las funciones públicas —los bienes, los servicios públicos, etc.—, el contrato sobre ellos adolecería de objeto ilícito.

Para Escudero¹⁵⁵ las razones anotadas en el presente punto carecen de valor irrefutable y no surten el efecto de impedir la posibilidad del contrato administrativo. Por el contrario, ellas sirven más que nada, para destacar las principales diferencias entre este contrato y el contrato común de Derecho Privado.

En efecto, cuando se afirma que en el contrato administrativo la Administración ocupa una situación de preeminencia frente al particular (al agregar el contenido de estos contratos determinado por ley), no se está haciendo otra cosa que señalar las diferencias no absolutas, existentes entre los contratos regidos por el Derecho Privado y aquéllos regidos por el Derecho Público; diferencias que se explican por la diversidad de funciones y cometidos señalados a la Administración.

Cuando el ámbito es administrativo, el Estado contrata para la realización del interés general, el cual se fundamenta en la aplicación

¹⁵⁵ ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *Op. cit.*, p. 83.

de normas de Derecho Público que permiten a la Administración ejercer aquellas potestades que han sido consideradas exorbitantes al Derecho Privado.

La circunstancia de que el contenido de estos actos esté regulado por la Ley es, por otra parte, la esencia de toda la competencia de la Administración.

De esta manera, no es exacto afirmar que el contrato público carezca de toda autonomía de la voluntad, ya que en ciertas concesiones, transacciones y otros actos, el contenido se determina en gran parte por los sujetos.

En cuanto a la no comercialidad, se debe tener en cuenta que los contratos se refieren generalmente a objetos que no están en el comercio público. De esta circunstancia podría derivarse una ilicitud en cuanto a su objeto. Sin embargo, la sanción que podría derivarse es sólo de Derecho Privado y no atañe a las relaciones reguladas por el Derecho Público.

Además, el Estado al contratar lo hace con una capacidad de Derecho Público sobre la base de sus funciones y potestades. El Estado simplemente atribuye a los particulares parte de sus funciones, las que cuando se trata de bienes públicos deben ejercerse conforme al destino del bien y en forma temporal.

En este orden de ideas, se conviene en que abstractamente al Estado no le falta capacidad jurídica para obligarse contractualmente por las normas del Derecho Público, aun con los particulares.

Sin embargo, para algunos autores, el estudio de la naturaleza jurídica de la concesión carece de importancia práctica, porque la evolución experimentada por el Derecho Administrativo determina que los caracteres esenciales —tanto del acto como del contrato administrativo— coincidan en cuanto al valor que se asigna al interés público

que domina la materia y, en virtud del cual se reconoce ampliamente a la Administración un cúmulo de poderes jurídicos considerados exorbitantes al Derecho Privado y que la facultan para modificar o poner término —en forma unilateral— a los efectos derivados de tales actos o contratos administrativos.¹⁵⁶

Lo que sí se puede afirmar es que la naturaleza tiene importancia jurídico-formal, en cuanto sirve para determinar si el acto de concesión se perfecciona con el acuerdo de voluntades del particular y de la Administración o bien solamente con el acto de esta última.

Por lo tanto, al presentarse diversas teorías respecto de la naturaleza jurídica del contrato de concesión, es mejor trabajar sobre la base de los principios del derecho positivo, los cuales demuestran, a juicio de Guido Zonobini,¹⁵⁷ que:

«Por lo general, cuando una relación de Derecho Público debe constituirse por medio de la voluntad concordante de la Administración y de un particular, tales voluntades se concretan en dos actos distintos y unilaterales, uno de los cuales, el de la Administración, asume la posición del acto principal y por sí mismo operativo de la relación jurídica, mientras que el acto del particular tiene la función subordinadora de constituir una simple condición de eficacia del primero; más bien, se trata generalmente de una condición resolutoria, en cuanto el acto administrativo no despliega sus efectos desde su expedición, resolviéndose, si falta la aceptación del particular.

[...]

En todos los casos, el acto desarrolla sus efectos desde su expedición, aunque la aceptación del particular ocurra posteriormente o pueda ser tácita o presunta».

¹⁵⁶ ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁵⁷ ZONOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1954, tomo I, p. 301.

Sin embargo, de acuerdo con Escudero,¹⁵⁸ esta regla no puede aplicarse para otra conclusión, respecto de los actos que el Derecho regula de otra manera. En efecto, de conformidad con estas ideas, puede ocurrir que cada vez que la Administración requiera para determinados actos la concurrencia de la voluntad de un particular, con la cual se funda la suya en un acto único, y del que emanan derechos y obligaciones recíprocas, estaremos en presencia de un contrato, el que se regirá por el Derecho Público o Privado, según la naturaleza y fines del contrato.

A la inversa, si de la aplicación de estos mismos principios se concluye en que la relación jurídica se concreta en dos actos independientes, siendo el del particular accesorio al acto de Administración, habrá que convenir en que el acto de la Administración que da vida a la relación es un acto administrativo en sentido estricto, es decir, unilateral.

Finalmente, estas consideraciones llevan a admitir, que junto a los actos de Derecho Público de la Administración, existen los actos de Derecho Público de los particulares, cuya característica esencial consiste en conectarse estrechamente con la aplicación de una potestad administrativa. Así, las solicitudes y aceptaciones, destinadas las primeras a poner en actividad a la Administración, y las segundas a completar la eficacia del acto de la Administración, son independientes.

2.3. Partes en el contrato de concesión

De acuerdo con las diversas definiciones, se observa que existen dos partes que participan en un contrato de concesión; de un lado, el Estado y, de otro, el concesionario.

(i) El Concedente

La Administración o concedente es la parte activa del contrato de concesión, toda vez que otorga o traspasa determinadas facultades

¹⁵⁸ ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *Op. cit.*, pp. 87 y 88.

al concesionario (particular), a efectos de que explote determinados bienes objeto de la concesión. Así lo señala el literal i) del artículo 1 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Decreto Supremo n.º 044-2006-PCM (en adelante, Reglamento del OSITRAN), precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1.- «Definiciones:

[...]

i) Contrato de Concesión: Es el título que habilita a la Entidad Prestadora concesionaria a explotar el o los bienes objeto de la concesión de infraestructura de transporte de uso público y servicio público».

Además, el literal f) del artículo 1 del Reglamento del OSITRAN establece a quién se le debe entender por concedente:

Artículo 1.- «Definiciones:

[...]

f) Concedente: Ministerio de Transportes y Comunicaciones, entidad que suscribe un contrato de concesión de Infraestructura de transporte en representación del Estado Peruano, en su caso el Gobierno Regional». (El subrayado es nuestro).

Así, en la parte introductoria de los contratos de concesión, se establece expresamente que quien los celebra es el «Estado de la República del Perú, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, facultado por el artículo 30, inciso a), del Decreto Supremo n.º 060-96-PCM».

En efecto, el literal a) del artículo 30 del Reglamento del 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, Decreto Supremo n.º 060-96-PCM, establece lo siguiente:

Artículo 30.- «Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:

a.- Suscribir el Contrato de Concesión.

[...].».

De esta manera, siendo la concesión un acto de soberanía del Estado, a través del cual ejerce su *ius imperium*, confiriendo a un particular la facultad de ejercer actividades que no serían accesibles, el Estado debe ser representado por alguna de las entidades que forman parte de él.

En el caso de los Contratos de Concesión que hemos revisado, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el que lo representa, dado el objeto de la concesión; a saber: la construcción, conservación y explotación de carreteras.

Asimismo, en las definiciones que cada contrato contiene, se establece que el Concedente es el Estado, que actúa representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (entidad que suscribirá el Contrato de Concesión).

Dentro de tal orden de ideas, teniendo en cuenta el diseño de los Contratos de Concesión, la titularidad en la suscripción de los Contratos de Concesión es del Estado, quien actúa a través de una entidad, en este caso, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En efecto, aun cuando se presente una distribución de funciones en órganos diferentes, siempre se realizarán dichas atribuciones en el marco de un solo titular: el Estado.

Las funciones del poder constituyen distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos.¹⁵⁹

¹⁵⁹ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 187.

Entonces, es en base a la separación de poderes que nacen las diversas funciones del Estado. Las técnicas jurídicas de transferencia de competencias como modos delegativos del ejercicio del poder, no afectan la indivisibilidad y unidad del poder público. Las transferencias de competencias del Estado a entidades públicas —estatales o no— como procedimiento para la ejecución de «medios» en prosecución de «fines», y por cualquiera de sus formas (descentralización, desconcentración y delegación) no altera la unidad institucional del poder.¹⁶⁰

Asimismo, se debe resaltar, tal como establece Dromi,¹⁶¹ que de acuerdo al papel que desempeña el Estado, le corresponden los siguientes derechos y prerrogativas en un contrato de concesión:

- (i) Exigir el cumplimiento de las provisiones previas por parte del contratista, ya sea la ejecución de la obra, o la reparación, ampliación o mantenimiento de las obras ya existentes;
- (ii) Controlar el desarrollo de la ejecución de la concesión por parte del contratista; y,
- (iii) Proceder al rescate o revocación de la concesión, si así correspondiere.

En efecto, siendo el Estado —que, en el presente caso, actúa a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones— el titular de la concesión, tiene las siguientes prerrogativas:¹⁶²

- Fiscalizar el cumplimiento del contrato en sus aspectos de ejecución, explotación y cobro de tarifas u otros cobros previstos como retribución por los servicios prestados;

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, pp. 645 y 646.

¹⁶² Establecidas en el artículo 30 del Reglamento del 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.

- Otorgar las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para el desarrollo de las obras o la prestación de los servicios, de acuerdo a la legislación sectorial respectiva;
- Asegurar al concesionario la percepción de los ingresos por tarifas u otros cobros previstos en el contrato, de acuerdo con la naturaleza de la concesión;
- Autorizar al concesionario la transferencia de la concesión a otra persona jurídica y la constitución de garantía sobre sus ingresos respecto de obligaciones derivadas de la propia concesión;
- Modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes;
- Hacer efectivas las garantías establecidas en las bases, así como las penalidades por incumplimiento previstas en las bases;
- Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando concurra alguna de las causales establecidas en la ley o en las bases;
- Asumir la responsabilidad de la operación de la obra pública de infraestructura y/o del servicio público, durante la suspensión de la concesión o después de la caducidad de la misma; y,
- Las demás que establezcan las bases, el Contrato de Concesión, el TUO y el presente reglamento.

(ii) *El concesionario*

El contratista o concesionario es la parte pasiva del contrato de concesión, toda vez que recibe determinadas facultades del Estado, a efectos de que explote determinados bienes objeto de la concesión.

Así, el literal k) del artículo 1 del Reglamento del OSITRAN, define a la Entidad Prestadora o concesionario en los siguientes términos:

Artículo 1.- «Definiciones:

[...]

k) Entidad Prestadora: Empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de Infraestructura nacional o regional de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios. Del mismo modo, lo son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público [...].».

Por ejemplo, en las definiciones contenidas en los contratos de concesión que hemos revisado, se establece que el Concesionario o la Sociedad Concesionaria es la persona jurídica constituida por el adjudicatario que suscribe el contrato de concesión con el concedente.

Según Dromi,¹⁶³ de acuerdo con el papel que desempeña la Entidad Prestadora, le corresponde los siguientes derechos y prerrogativas:

- (i) Quedar como concesionario de la obra por el plazo determinado;
- (ii) Cobrar el costo de la obra o las prestaciones hechas sobre la obra ya existente, más una ganancia razonable, mediante el cobro de un peaje; y

¹⁶³ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 646.

- (iii) Recibir la subvención a que se comprometió el Estado, si es el caso.

3. PRINCIPIO DE UNIDAD DEL ESTADO

Por otro lado, resulta pertinente referirnos a la posibilidad de aplicar el Principio de Unidad del Estado y su repercusión en los Contratos de Concesión, a fin de determinar si es posible atribuir responsabilidad al Estado, en atención a la emisión de actos de alguna de las entidades que forman parte de éste, distintas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de concedente.

Para entender el principio de unidad del Estado debe tenerse en cuenta que la acepción *Estado* adquiere su máxima expresión como una institución necesaria y fundamental que deriva de la naturaleza social del hombre, destacando como su finalidad, el establecer el buen orden de la vida.¹⁶⁴

Por ello, es al Estado a quien le corresponde constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.¹⁶⁵

Así, el principio que unifica y otorga coherencia a la organización estatal es el de la «autoridad», que se mantiene por intermedio del «poder», el cual actúa con el fin de asegurar el orden social, fundamentalmente a través de la ley, que siempre debe ser justa, conforme a la naturaleza, y apropiada a las costumbres del país.¹⁶⁶

¹⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2010, tomo I, p. 72.

¹⁶⁵ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, tomo I, p. 82.

¹⁶⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 73.

En efecto, la concepción del llamado «poder estatal» no ha variado de la idea romanista que consideraba al *imperium* como el poder de mando o supremacía sobre todos los individuos, no obstante, los distintos sistemas políticos que se han sucedido y las doctrinas que los han sustentado.¹⁶⁷

En consecuencia, podemos decir que la principal característica del Estado es el *ius imperium* que puede ejercer entre los individuos, a fin de poder alcanzar el bienestar general.

Otra de las características del Estado peruano, en especial, es que el gobierno del Estado es uno, indivisible y unitario, conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución Política del Perú, precepto que señala lo siguiente:¹⁶⁸

Artículo 43.- «Estado y el Gobierno de la Nación

[...]

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

El citado artículo establece, en primer lugar, que el Estado es uno e indivisible, lo cual significa que es íntegro en su totalidad y en sus partes; vale decir, una unidad absoluta. Esta característica es particularmente aplicable cuando se discuten temas de regionalización y descentralización, habida cuenta de que no todo el poder de decisión reside en el nivel nacional del Estado, sino que también hay organismos de gobierno que tienen competencias propias y exclusivas, que ejercen sin consultar al Gobierno Central.

¹⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, tomo I, p. 76.

¹⁶⁸ Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el principio de unidad del Estado se encuentra consagrado tanto en el artículo 43 de la Constitución Política como en el artículo 189 de la misma. (Expediente n.º 0013-2003-AI/TC).

Esta característica, está relacionada con el carácter unitario, representativo y descentralizado del Estado, mencionado en el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución, en el que se pone más en evidencia el principio de separación de poderes que tiene como postulado fundamental que el poder público de un determinado nivel o ámbito territorial no recaiga en manos de una o de pocas personas, sino que sea distribuido entre órganos, de manera que cada uno de éstos tenga una cuota de poder —esto es, de ejercer competencias— y al propio tiempo la posibilidad de controlar efectivamente a los otros poderes; evitándose de esta manera la tiranía, es decir, el ejercicio exclusivo por parte de una persona o un grupo de personas.¹⁶⁹

Así, existe una dimensión gubernativa del Estado que tiene alcance nacional, que se conoce como Gobierno Central, conformado por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los que hay que añadir varios otros órganos de singular importancia como el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Defensoría del Pueblo, los Organismos Reguladores, etc.; los cuales en conjunto y según sus especialidades y competencias, gobiernan el país.¹⁷⁰

Sobre el particular, tal como señala Rubio Correa,¹⁷¹ debemos tener en consideración:

«El carácter unitario e indivisible del Estado significa que todos sus elementos están indeliblemente unidos y forman un solo ente:

- El pueblo es uno solo. Ser peruano es formar una sociedad total con cada uno de los demás nacionales y cada uno tiene con los otros algo común.

¹⁶⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993*. Lima: Rao, 1999, p. 310.

¹⁷⁰ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Op. cit.*, p. 309.

¹⁷¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 42 y ss.

- El territorio es uno solo. Puede ser distribuido para fines de mejor gobierno y administración en regiones y municipios, u otras reparticiones, pero nada de ello afecta su unidad esencial como territorio del Estado.
- El gobierno puede tener también reparticiones, puede tener niveles regionales y locales, puede ejercitarse descentralizadamente, pero de todas formas hay un vínculo de poder que afecta unitariamente en un cuerpo de órganos centrales, a todo el territorio y a todo el pueblo.

El gobierno del Perú es a la vez unitario, representativo y descentralizado, organizándose según el principio de separación de poderes. Estas características sólo pueden ser separadas analíticamente, desde el punto de vista de la exposición, pero el gobierno los tiene a todos simultáneamente y unos se explican y conforman en función de los otros.

El gobierno unitario está reasentado por lo que conocemos como gobierno central, que está constituido por todos los órganos nacionales que ejercen soberanía, en particular por el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. También forman parte de este gobierno unitario, sin embargo, otros órganos especializados como el Tribunal Constitucional, el Banco Central de Reserva, etc.

El gobierno unitario es el que ejerce el poder global y mantiene unido al Estado. Es supremo, sometido sólo a la Constitución y sus principios.

El gobierno descentralizado equivale a decir que, de acuerdo a la Constitución y a las leyes, el poder se distribuye en diversos niveles, de tal manera que si bien hay un gobierno unitario, ciertas responsabilidades no serán de él sino de gobiernos regionales o locales que actuarán autónomamente en dichos campos, autorizados por la Constitución y la ley, a las que los órganos del gobierno central deben obedecer tanto como cualquier otra entidad o persona». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, García Toma¹⁷² señala lo siguiente:

«El Estado unitario es aquél donde el poder político se manifiesta desde un solo centro de afluencia y decisión. Se trata de una única instancia reconocida como detentadora del poder.

El Estado unitario conlleva a que los órganos de poder político se encuentren concentrados o reunidos en un solo núcleo gubernamental.

Como afirma Rodolfo Rodríguez, alude a una tendencia centrípeta —fuerza que atrae hacia el centro—, por la cual el poder político se encuentra inserto en un órgano central, de manera tal que dicho poder es ejercido por gobernantes cuyas funciones se extienden y abarcan a toda la población y el territorio del Estado. El Estado unitario tiene un solo orden jurídico firme y valioso dentro del territorio, y una estructura central de gobierno desde donde se ejerce el poder político (toda la actividad política emana del centro y converge hacia él).

[...] la totalidad del pueblo perteneciente a un Estado unitario se encuentra compelida a la monodía de un gobierno: el pueblo vive vinculado a un mismo y único régimen constitucional, regula sus relaciones coexistenciales bajo las mismas leyes, y resuelve sus conflictos interindividuales ante un mismo aparato de administración de justicia.

En resumen, el Estado unitario es aquél donde existe un solo cuerpo político; donde el poder central se irradia por todo el territorio —sin limitaciones de naturaleza política—; y que se caracteriza en grado sumo por la indivisibilidad del poder.

¹⁷² GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, pp. 227 y ss.

Por otro lado, sobre el concepto de descentralización, véase GARCÍA TOMA, Víctor. «El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho». En: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., 2005, pp. 687 y ss.

La aparición del Estado unitario conlleva a un triple proceso de unificación, a saber:

- *La unificación del poder.*- Ello se produce en la medida en que la conjunción emana de la supresión de todos los poderes políticos de naturaleza privada.
- *La unificación de la población.*- Ello se produce en la medida en que la conjunción emana de la supresión de todas las diferencias jurídicas que menoscaban a las personas por razón de su origen; por consiguiente, la equiparación se alcanza bajo la homóloga calidad de ciudadanos.
- *La unificación del territorio.*- Ello se produce en la medida en que la conjunción emana de la supresión de todas las divisiones feudales y aduaneras que impedían la afirmación monolítica del poder político.

Ahora bien, la doctrina constitucional considera que el Estado unitario puede presentar las tres derivaciones siguientes: el Estado unitario *stricto sensu*, el Estado unitario desconcentrado y el Estado unitario descentralizado.

- *El Estado unitario stricto sensu.*- En esta derivación la autoridad central del Estado monopoliza el poder de mando en el ejercicio de las funciones públicas; el cual se encuentra organizado piramidalmente. Las órdenes y decisiones gubernamentales descienden verticalmente desde la cúspide a la base. En puridad, dicha modalidad se rige por una relación verticalizada *in extremis* de supraordinación-subordinación. Es decir, existe de manera patente la supremacía exclusiva y excluyente de la autoridad del poder estatal concentrado.
- *El Estado unitario desconcentrado.*- En esta derivación la autoridad central del Estado atenúa en cierto grado su vocación aglutinadora. En puridad, dicha modalidad estadual revela un proceso jurídico de habilitación de competencias o de disminución de la subordinación administrativa intraorgánica. La desconcentración implica el acto de delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el nivel de una

autoridad superior, hacia autoridades subordinadas a ella dentro del ámbito del mismo organismo público. Plantea la cesión condicionada de un haz de poderes que pasan de un funcionario de mayor rango a otros de menor jerarquía, para que estos últimos lo ejerzan (el primero tiene la potestad de la reserva jurisdiccional). En esencia, se trata fundamentalmente de una técnica que sirve para el mejor ejercicio de la autoridad y que implica la concentración del poder, empero mediante funcionarios interpuestos. Supone la determinación de competencias y atribuciones a diferentes niveles de la Administración.

Recordemos que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

Artículo 62.- «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual 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.

- *El Estado unitario descentralizado.*- En esta derivación se produce la traslación de competencias de la administración central del Estado a nuevos entes jurídicos de derecho público dotados de autonomía política, administrativa y económica. El referido proceso de transvase conlleva la aceptación y anuencia del gobierno central para el establecimiento de ciertas entidades territoriales; las cuales son dotadas de ciertas competencias residuales las cuales ejercen en nombre propio, en ese contexto, el gobierno central decide únicamente ejercer una suerte de control o tutela política sobre los actos efectuados por aquéllos. Ello conlleva la aplicación de la unidad e indivisibilidad del Estado de una manera tal que permita al cuerpo político cumplir la misión de una nación desarrollada integral y equilibradamente. En suma, el Estado unitario des-

centralizado es aquél en que ciertas entidades gubernamentales tienen una esfera de competencia cautiva, la que se ejerce a través de órganos privativos y mediante funciones transferidas. Por consiguiente, son entes ajenos y no dependientes del gobierno central. En esta modalidad del Estado unitario, el gobierno central se limita a dirigir la marcha de los servicios públicos generales, dejando a los órganos descentralizados las de carácter y naturaleza local, departamental o regional; amén que se reserva un derecho de tutela o supervigilancia sobre aquéllos». (El subrayado es nuestro).

Por otro lado, Rubio Correa¹⁷³ también sostiene que el Estado unitario es la otra cara de la medalla del Estado descentralizado y, consiguientemente, la problemática de la tensión entre la unidad y la descentralización también está aquí presente.

A entender del citado autor, el tema del Estado unitario se halla constitucionalmente establecido en el artículo 43 de la Constitución, que se refiere a que «el gobierno es unitario, representativo y descentralizado». El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha tratado de precisar el concepto de lo unitario y su importancia dentro de la organización del poder constitucional en el Perú:

«En este marco, la unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Respetando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa de competencia: la unidad prima sobre la diversidad. (Sentencia n.º 0002-2005-PI-TC).

El fundamento del Estado peruano es la unidad estatal, no la descentralización. Esta relación debe ser entendida: la descen-

¹⁷³ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 56 y ss.

tralización es indispensable y debe formar parte del Estado contemporáneo peruano, pero la regla es que el Perú es uno y no varios. En otras palabras, la razón definitoria del Perú es su unidad.

Sin embargo, el Tribunal es enfático en afirmar que en el Estado debe también existir una redistribución funcional y territorial del poder. Esto último es muy importante porque, cuando se habla de lo unitario, se coloca poder definitorio en dicho plano del Estado. A la inversa, cuando se habla de la descentralización, se pugna por trasladar poder a los gobiernos regionales y municipales. Esta tensión debe ser cuidadosamente regulada y evaluada, con el fin de lograr un avance conjunto en unidad y descentralización.

Es preciso distinguir entre Estado unitario y Estado centralizado. El Estado unitario es aquél en el que un gobierno rige a todo el territorio dándole unidad, tanto en el aspecto ciudadano como geográfico. El Estado centralizado es una deformación de la unidad y consiste en colocar todo el poder en el centro (la capital de la República en nuestro caso). Lo unitario no debe conducir necesariamente a lo centralizado. En el Perú, sin embargo, fue y aún es así. El Estado unitario, por el contrario, es perfectamente compatible con ella. Hay que crear y desarrollar enérgicamente este Estado unitario y descentralizado.

La cita jurisprudencial que venimos comentando, dice que la unidad es el fundamento no sólo de la organización, sino también de la marcha del Estado, es decir, de su política y su actuación. La unidad tiene que reflejarse en ambos planos.

El Tribunal añade lo siguiente al tratamiento del tema:

‘47. Gobierno unitario frente a la descentralización.

Para zanjar la cuestión, el Tribunal Constitucional ha marcado su posición. Sobre la base de los límites que deben regir al proceso de la descentralización, ha llegado a precisar que el objetivo

principal de dichos límites que, a su vez, actúa como principio informante de toda política descentralizadora, es el reconocimiento de la unicidad e indivisibilidad del Estado.

En efecto, Estado unitario e indivisible de gobierno central y su administración constituyen condición ineludible para lograr el desarrollo descentralista, así como la satisfacción de las necesidades urgentes que sean materia de su competencia. De lo expuesto se colige que la unidad es la regla, y la descentralización es la excepción' (Sentencia n.º 0002-2005-PI-TC).

La parte final de la cita indica claramente que la unidad es la regla general, y la descentralización, la regla excepcional. Todo ello a pesar de que tanto lo unitario como la descentralización son necesarios para la democratización política general del país. Pero, la descentralización, con lo conveniente que es, debe tener límites para evitar constituirse en una fuerza de dispersión para la organización política nacional.

‘48. Primacía del principio unitario.

Cuando un tema es de importancia nacional, surge con toda su fuerza la unidad del Estado, permitiendo la autonomía regional.

Sobre todo el ámbito en el que se desarrolla la descentralización es administrativa, y en cierta forma territorial, judicial y legislativa. Pero, es el Estado unidad el que mantiene la función legislativa básica con el fin de mantener la unidad del país. Hablando en estricto del tema legislativo, éste compete al Congreso de la República, salvo en las materias que el bloque de constitucionalidad demande para los gobiernos regionales y municipales. Por más que la cláusula de residualidad no está expresamente reconocida en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en ordenamientos comparados. No obstante esta aseveración, a partir del principio de unidad analizado, cabe señalar que las competencias regionales sólo serán aquéllas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo de descentralización, de modo que lo que no esté señalado en

ellas, corresponde a la competencia exclusiva del Gobierno Central. (STC n.º 0002-2005-PI-TC)'.

Un primer asunto que hay que destacar en esta cita es que determina en su segundo párrafo los grandes aspectos en los que es importante la descentralización. En general, tienen que ver con las máximas funciones estatales: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, y propone que sean transferidas pero manteniendo la unidad. En especial, sobre la atribución de dictar normas jurídicas generales, ésta recae en el Congreso y en él es residual. Residual significa que 'toda la legislación que no se haya autorizado dictar a otros, la dictará el Congreso'. De esta manera, el Congreso podrá siempre dictar las normas que estime pertinentes, sin que consten de manera expresa entre sus atribuciones. Esto le da una importancia trascendental en la vida política cotidiana, especialmente cuando hay que regular temas conflictivos. Se entiende que, por el efecto residual, las normas que dicte el Congreso son de su competencia y, por consiguiente, son de cumplimiento obligatorio para los gobiernos regionales y locales.

En realidad, para el Tribunal Constitucional, el Estado unitario es la unidad del Perú y la imposibilidad de que sus provincias se separen de él. Tiene que existir flexibilidad y puede haber conflictos entre el gobierno unitario y los regionales. Sin embargo, hay que reconocer que la regla es el gobierno unitario y la excepción las normas sobre descentralización. Estado unitario, sin embargo, no es equivalente a Estado centralizado. El Estado unitario es perfectamente compatible con el calificativo de descentralizado y es un concepto que hay que desarrollar no sólo en los esquemas organizativos sino, también, en la vida política cotidiana». (El subrayado es nuestro).

Por nuestra parte, consideramos importante hacer referencia también al Tribunal Constitucional, cuando ha sostenido lo siguiente:

«El Estado unitario de gobierno descentralizado no son, en absoluto, conceptos contrapuestos. Por el contrario, es la aplicación

armónica de dichos principios lo que permite al Estado cumplir con uno de sus deberes primordiales; a saber: la promoción del desarrollo integral y equilibrado de la Nación (Expediente n.º 0012.2003-AI, 01-12-03, P, fj. 3)».

«Un Estado unitario descentralizado es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquél en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, mas no en un ámbito político. En dichos Estados las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo, y de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (Expediente n.º 0020-2005-PI, 27-09-05, P, fj. 38)».

«Por más descentralización que exista, el gobierno no puede dejar de ser unitario, la consecuencia de una afirmación como ésta es trascendente para configurar el tipo de Estado que es el Perú. Para no dejar dudas al respecto, se ha señalado que el territorio de la república está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley; preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación (Expediente n.º 0002-2005-PI, 18-02-05, P, fj. 44)».

«La unidad estatal constituye el fundamento de la organización y marcha de la estructura del Estado peruano. Representando su contenido, existe una redistribución funcional y territorial. Es así como se subordina el principio de jerarquía normativa al de competencia: la unidad prima sobre la diversidad.

En tal sentido, el gobierno constitucional del Perú no puede verse soslayado por una autonomía excesiva que quieran arrojarse las regiones (Expediente n.º 0002-2005-PI, 18-02-05, P. fj. 45)».

Como se ha podido apreciar del desarrollo doctrinario y jurisprudencial, el principio de unidad estatal se encuentra referido más a un tema político que normativo. Es decir, cuando se alude al mismo se entiende que la unidad descansa en el *ius imperium* que posee el Estado (el *ius imperium* entendido como la capacidad de coacción y coerción que posee el Estado).

Así, resulta absurdo que se quiera imputar responsabilidad al Estado por la emisión de actos de alguno de sus entidades que forman parte de éste (distintas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones) bajo el amparo de este principio. Si bien existe unidad política (en el sentido de poseer y hacer uso de ese poder), ésta no tiene relevancia en casos como el presente y su concepto en el plano normativo y estrictamente jurídico se desvanece para dejar a las instituciones originarias y derivadas la capacidad de que respondan por los actos que ellas mismas han generado.

Asimismo, cabe recordar, que en todos aquellos casos en los que el Concedente y Concesionario hayan suscrito un Contrato de Garantía (previa autorización mediante Decreto Supremo, estaríamos frente a contratos-ley, ya que el Estado se compromete a garantizar la integridad de las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en el propio Contrato de Concesión.

Es decir, todo aquello —y tal como se pactó en el Contrato de Concesión— no podría ser modificado por nuevos dispositivos legales, ni unilateralmente por parte del Concedente.

Dentro de tal orden de ideas, si el Estado incumple la obligación de garantizar las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en

el Contrato de Concesión, se aplicarán las normas de responsabilidad contractual y no el referido principio de unidad del Estado.

Ahora bien, debemos preguntarnos si es posible atribuir responsabilidad al Estado por actos de otras entidades previstas en el Contrato de Concesión.

Sobre el particular, debemos señalar que sí sería posible atribuirle responsabilidad por actos de otras entidades —como el OSITRAN, por ejemplo—, siempre y cuando el actuar de dicha entidad no se ajuste a lo pactado expresamente en el contrato de concesión.

En efecto, recordemos que el Estado ofrece a los concesionarios, garantizar todas las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en el propio Contrato de Concesión.

4. ¿UN CONTRATO DE CONCESIÓN PUEDE INCLUIR VÁLIDAMENTE UN CONVENIO ARBITRAL QUE ESTABLEZCA QUE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES (DERIVADAS O RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES OTORGADAS EXPRESAMENTE POR LEY) SON MATERIA ARBITRABLE?

En primer término, 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 concedente ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones —de competencia exclusiva— otorgadas por Ley a los organismos reguladores.

En otras palabras, ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emiten los organismos reguladores 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.

Hay que recordar que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente que determinadas funciones —entre ellas, la regulación de los servicios públicos y la regulación de la infraestructura pública— no pueden ser delegadas y que las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo —entre las que se encuentran los organismos reguladores— ejercen sus funciones de manera exclusiva.

Resulta evidente que si no pueden ser delegadas dichas funciones, entonces no son de libre disposición, ni por parte del concedente ni del concesionario.

Como ya hemos podido apreciar, a decir de Suescún,¹⁷⁴ se dice que un derecho es disponible cuando sobre él ejerce total dominio su titular, de tal modo que puede hacer todo lo que desee en relación con él; situación que —de modo alguno— se presenta en relación a las funciones otorgadas por Ley a los organismos reguladores, ya que las mismas se derivan del *ius imperium* del Estado y considerando que ellas no son de titularidad ni del concesionario ni del concedente.

Como bien señala Herrera,¹⁷⁵ el principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, consiste en que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos. Éste es el fundamento del principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, el cual no impide que la validez del acto sea controvertida, siempre y cuando se cumplan los mecanismos procesales establecidos por la Ley. Lo que en nuestro caso nos deriva al proceso contencioso-administrativo.

¹⁷⁴ SUESCÚN MELO, Jorge. *Op. cit.*, p. 256.

¹⁷⁵ HERRERA MERCADO, Hernando. *Op. cit.*, p. 447.

A entender del citado autor, a la justicia arbitral sólo le es dable decidir sobre aquellos asuntos susceptibles de transacción; es así como los tribunales arbitrales no pueden resolver aquellos asuntos en los cuales se encuentren involucrados el orden público y el ejercicio de potestades estatales, entre ellas el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo de carácter regulatorio. En consecuencia, será la jurisdicción contenciosa administrativa la facultada para resolver de manera exclusiva y excluyente los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos, facultad que tiene carácter intransferible.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente la imposibilidad de que un tribunal arbitral pueda analizar y emitir juicios jurídicos sobre la legalidad del acto administrativo de naturaleza regulatoria, al ser materia ajena a su competencia.

Por otro lado, cabe recordar que los Tratados Internacionales no establecen —de modo alguno— que las competencias exclusivas de los organismos reguladores sean materia arbitrable, por lo que resulta irrelevante —a efectos de la no arbitrabilidad de las funciones ejercidas por los organismos reguladores en forma exclusiva— que el concesionario pueda ser nacional de un país con el que el Perú haya suscrito algún tratado bilateral o multilateral.

Asimismo, cabe resaltar que la conclusión de que no son materia de sometimiento a arbitraje las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita algún organismo regulador, en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora (es decir, en el ejercicio de su competencia exclusiva) ha sido incorporada expresamente en los últimos años en los contratos de concesión.

Ahora bien, no podemos desconocer que algunos contratos no excluyen expresamente como materias arbitrables las decisiones de los organismos reguladores en ejercicio de las funciones y atribuciones que la

Ley les otorga; sin embargo, ello no significa —de modo alguno— que sí lo sean, habida cuenta de que ni el concedente ni el concesionario, tienen libre disposición sobre dichos temas.

Esto significa que, como las partes no pueden decidir libremente las decisiones del organismo regulador, tampoco están en aptitud de otorgar a un tribunal arbitral la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

5. ¿CUÁLES SON LAS CONTROVERSIAS QUE SE PUEDEN SOMETER A ARBITRAJE?

Como ya hemos visto, las decisiones ejercidas por los organismos reguladores dentro de su competencia exclusiva sólo pueden ser materia de un proceso contencioso-administrativo, dado que han sido emitidas en virtud del *ius imperii* del Estado y no como un acto *ius gestionis* (es decir, no como consecuencia de una relación contractual en los términos del artículo 63 de la Constitución).

De esta manera, corresponde evaluar cuáles son las controversias a las que se puede aplicar el «mecanismo de negociación directa y solución de controversias», contemplado en los contratos de concesión.

Para dar respuesta a dicha interrogante, debemos reiterar que nuestra Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre las cuales las partes tienen libre disposición.

En ese sentido, se someterán a arbitraje aquellas controversias sobre las cuales las partes —entiéndase: concesionario y concedente— ejercen total dominio.

De esa manera, podemos afirmar que las partes podrían someter a arbitraje aquellas controversias derivadas de las facultades específicas

concedidas —en el contrato de concesión— por las propias partes al organismo regulador y no aquéllas otorgadas expresamente por Ley.

Así un organismo regulador podría, por ejemplo, ejercer su potestad sancionadora, en virtud del marco normativo regulatorio establecido en su propia normativa y en virtud de las facultades específicas concedidas por las propias partes en el Contrato.

Incluso, cabe recordar lo establecido por el artículo 36 del Reglamento de OSINERGMIN, en el sentido de que las sanciones previstas en los Contratos de Concesión tienen el carácter de penalidades contractuales, por lo que su imposición por parte de OSINERGMIN se deberá entender realizada en nombre y representación del órgano concedente.

De esta manera, las penalidades contractuales serán cuestionadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto por el respectivo Contrato de Concesión, es decir, a través del arbitraje.

En tanto son las propias partes las que conceden determinadas facultades sancionadoras a los organismos reguladores, las mismas podrían ser materia de arbitraje, al ser de libre disposición. Es decir, en tanto las partes (concedente y concesionario) han hecho libre disposición de ellas a favor del organismo regulador, también podrían someterlas a arbitraje.

6. ¿LA CELEBRACIÓN ENTRE EL CONCESIONARIO Y EL ESTADO DE UN CONTRATO DE SEGURIDADES Y GARANTÍAS IMPLICA QUE DEBA ENTENDERSE QUE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES (DERIVADAS O RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES OTORGADAS EXPRESAMENTE POR LEY Y DE COMPETENCIA EXCLUSIVA) SON MATERIA ARBITRABLE?

Como sabemos, el Estado, al celebrar contratos administrativos con los particulares, goza de una serie de prerrogativas o poderes especiales esta-

blecidos con el fin de resguardar el interés público. Tales poderes tienen como contrapartida un alto riesgo para el inversionista, por lo que el Estado sólo podrá ejercerlos en casos de interés público.¹⁷⁶

La Administración puede hacer uso de sus poderes de *imperium* por razones de oportunidad, mérito o conveniencia y siempre en función del criterio del interés público, lo que justifica la desigualdad entre el contratista privado y la Administración Pública, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva, que puede afectar su ejecución.

Como indican Amado y Miranda,¹⁷⁷ mientras que los contratos regidos por el Derecho Privado no pueden ser modificados sino en virtud de un nuevo acuerdo entre las partes, no sucede lo mismo en el caso de los contratos administrativos. Ello, en razón de que los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados al interés público en el contrato administrativo.

El Estado en sus relaciones jurídicas con personas y entidades, contraídas en uso de sus poderes de *imperium*, ostenta una situación de privilegio, lo que genera que quienes contraten con éste deban enfrentar situaciones inequitativas.

Lo cierto es que existe consenso en que a los contratos administrativos les son aplicables una serie de reglas consideradas exorbitantes desde

¹⁷⁶ TRELLES DE BELAUNDE, Javier. «El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos». En: *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, n.º 44, p. 251.

¹⁷⁷ AMADO VARGAS, José Daniel y Luis MIRANDA ALZAMORA. «La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El Contrato Ley». En: *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, n.º 33, p. 17.

la óptica del Derecho Civil, las cuales se fundamentan en el interés público.

El ordenamiento jurídico confiere al Estado un conjunto de poderes conocidos con el nombre de *cláusulas exorbitantes*, las cuales serán aplicables a la relación, aun cuando no se encuentren establecidas en el contrato administrativo.

La existencia de las cláusulas exorbitantes a las que hemos hecho referencia, si bien puede responder a una realidad incontrastable del Derecho Público, crea una gran incertidumbre en los inversionistas respecto de cómo se desarrollará su relación jurídico-patrimonial con el Estado.

La necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de *imperium*, es la razón de ser de los contratos-ley.

Como bien señala Trelles,¹⁷⁸ resulta paradójico que el mismo Derecho Público, que se atribuyó poderes especiales en la contratación con los particulares, se vea compelido a renunciar a ellos —auto limitarse— para lograr acceder a su colaboración. Si bien es cierto que con esto el Estado puede verse seriamente limitado en su actuación tendiente a resguardar el interés público, peor es lo contrario: la no celebración de contratos valiosos y ampliamente beneficiosos para la comunidad, como en el caso de los contratos de concesión de servicios públicos. De lo dicho podríamos deducir que lo eficiente será celebrar contratos-ley cuando el beneficio de atraer más inversiones sea mayor al perjuicio causado por la limitación en esas relaciones de los especiales poderes del Estado, basados en el resguardo del interés público.

¹⁷⁸ TRELLES DE BELAUNDE, Javier. *Op. cit.*, p. 248.

De este modo, se puede afirmar que el contrato-ley es una institución de rango constitucional,¹⁷⁹ cuyo fin es brindar garantías y seguridades a inversionistas respecto del marco legal que les será aplicado.

Trelles¹⁸⁰ afirma que en cuanto a su naturaleza, el contrato-ley es un contrato administrativo por el cual se congela el contenido de otro contrato, también administrativo, de forma tal que el Estado, por mandato del artículo 62 de la Constitución, se ve impedido de ejercer sus especiales poderes, atenuándose el régimen normal del Derecho Administrativo.

El citado autor enfatiza que el contrato-ley no convierte un contrato administrativo en civil, sino que establece un marco jurídico de estabilidad, por el cual el Estado se ve impedido de ejercer las potestades que tendría, de no existir el contrato-ley. Si bien es cierto que el efecto de un contrato-ley es que el contenido del mismo devendrá en inamovable (punto en el que concuerdan todos los autores consultados, esto no lo convierte en un contrato civil), sino que lo somete a una regulación diferente a la de los demás contratos administrativos, regulación que por anular los especiales poderes del Estado, tiene efectos parecidos a aquéllos de los contratos civiles. Sin embargo, aun en este supuesto nos encontraremos ante un contrato regulado por el Derecho Público, sólo que su normativa especial establece para el mismo, mecanismos de seguridad similares a los del Derecho Privado.

El tema fue institucionalizado en el Código Civil de 1984 a través del artículo 1357,¹⁸¹ para luego ser incorporado en el citado

¹⁷⁹ 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).

¹⁸⁰ TRELLES DE BELAUNDE, Javier. *Op. cit.*, p. 249.

¹⁸¹ El artículo 1357 del Código Civil establece que «por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato».

segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, como un mecanismo que tiene por objeto dar mayor seguridad a los inversionistas, sacrificando ciertos poderes basados en el interés público, como contrapartida para lograr un objetivo que, a su vez, es de interés público: atraer inversiones.

Para lograrlo, elimina el riesgo no comercial que de otra manera asumiría el inversionista como consecuencia de la facultad general de legislar que, por naturaleza, corresponde al Estado.

Tal como señala Gutiérrez,¹⁸² los contratos ley traen consigo dos garantías. La primera de ellas consiste en que estos contratos no pueden ser modificados por ley posterior, refiriéndose con ello a la intangibilidad de las cláusulas del contrato, el texto contractual. De esta manera, el contrato se vuelve intocable por acto legislativo del Estado. La segunda garantía consiste en que el contexto legal que sirvió de base para la inversión tampoco podrá ser modificado para el inversionista o que, en todo caso, si las normas se modifican, los cambios no alcanzarán a aquél.

Como podemos apreciar, mientras que en el contrato de concesión el Estado otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público, manteniendo la titularidad del mismo, asumiendo un rol de control y regulación, y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión; en el contrato ley, como señalan Amado y Miranda,¹⁸³ el Estado se somete voluntariamente a la esfera del derecho privado, renunciando a poder hacer ejercicio de sus poderes de *imperium* en determinados casos donde el interés público así lo justifique.

De esta forma, dado que los contratos administrativos —entre ellos, el de concesión— no otorgarían la debida seguridad jurídica que

¹⁸² GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «El Contrato Ley». En: *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2004, tomo n.º VII, p. 86.

¹⁸³ AMADO VARGAS, José Daniel y Luis MIRANDA ALZAMORA. *Op. cit.*, p. 18.

los inversionistas reclaman, surge el contrato ley como un mecanismo de estabilidad.

Es así que, el artículo 6 de la Ley n.º 26438, que precisa alcances y modifica diversos artículos del Decreto Legislativo n.º 674, referido al proceso de promoción de la inversión privada, establece lo siguiente:

Artículo 6.- «Sustitúyase el artículo 2 del Decreto Ley n.º 25570 por el siguiente texto:

“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.º 674, bajo cualquiera de las 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).

En tal sentido, mediante un contrato, el Estado puede otorgar garantía en respaldo de sus obligaciones y declaraciones contenidas en los contratos de concesión que celebre con inversionistas. Las seguridades y garantías que serán brindadas a los inversionistas, son detalladas en un Decreto Supremo.

Ello incluso se deja establecido en el propio Contrato de Concesión, al establecer lo siguiente:

«EL CONCEDENTE realizará todas las gestiones y coordinaciones que fueren pertinentes para que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley n.º 26885 ‘Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos’; el Poder Ejecutivo expida el Decreto Supremo al que se refiere el

artículo 2 del Decreto Ley n.º 25570, Norma Complementaria al Decreto Legislativo n.º 674, modificado por el artículo 6 de la Ley n.º 26438, por el cual el Estado de la República del Perú respalda las declaraciones, obligaciones y seguridades del CONCEDENTE establecidas en la cláusula 3.3.2. del Contrato». (El subrayado es nuestro).

Cabe resaltar que el citado artículo 6 hace referencia expresa al artículo 1357 del Código Civil, precepto que regula el Contrato-Ley.

Así, por ejemplo, a través del Decreto Supremo n.º 192-2006-MTC, se autoriza a que el Estado otorgue al concesionario, garantías —mediante un contrato— en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones a su cargo.

Ahora bien, cabe precisar que la amplitud de la garantía a que se refiere el citado artículo, será la que se determine en el respectivo contrato de garantía, el mismo que será suscrito —en representación del Estado— por aquél a quien se autorice en el respectivo Decreto Supremo.

Lo usual es que en la fecha de suscripción del contrato de concesión, se haga entrega¹⁸⁴ al inversionista del Decreto Supremo por el cual el Estado respalda las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente, y, asimismo, se suscriba el correspondiente contrato de garantía.

¹⁸⁴ Así, por ejemplo, podemos citar el numeral 1.5. de un Contrato de Garantía que hemos tenido a la vista, el mismo que establece lo siguiente:

«1.5. De acuerdo a lo previsto en el Literal e) de la Cláusula 3.2. del Contrato de Concesión para la entrega en concesión del Primer Grupo de Aeropuerto (sic) de Provincia de la República [...], en la fecha de suscripción del mismo —prevista para el 11 de diciembre de 2006— se deberá entregar a el INVERSIONISTA el Decreto Supremo por el cual el Estado de la República del Perú respalda las declaraciones, seguridades y obligaciones del CONCEDENTE [...]». (El subrayado es nuestro).

En muchos de los contratos de garantía que celebra el Estado con los inversionistas, se incluiría una cláusula en la que «El Estado garantiza a el inversionista, las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión».

Incluso, en los Contratos de Concesión se suele incluir una cláusula como la siguiente:

«Que, para efectos contractuales, las declaraciones, garantías y obligaciones asumidas por el CONCEDENTE en este Contrato no se verán afectadas por variaciones en las Leyes Aplicables. El CONCEDENTE se compromete frente al CONCESIONARIO a otorgar las formalidades legales necesarias para dar la debida eficacia a las declaraciones contenidas en el presente numeral, dentro del marco establecido en el Decreto Ley n.º 25570, sus normas modificatorias y complementarias». (El subrayado es nuestro).

Dentro de tal orden de ideas, y tal como se puede apreciar, el contrato de garantía tiene como fin el brindar garantías y seguridades al inversionista respecto de las declaraciones, seguridades y obligaciones expresadas por el Estado en el propio contrato de concesión.

A nuestro modo de ver, el contrato de garantía establece un marco jurídico de estabilidad, por el cual el Estado se vería impedido de ejercer las potestades que tendría, de no existir dicho contrato. Es decir, deberá cumplir con todo aquello pactado en el contrato; y su modificación únicamente procedería si mediara acuerdo de las partes.

De esta manera, se estaría eliminando el riesgo no comercial que de otra manera asumiría el inversionista como consecuencia del *imperium* del Estado y de las cláusulas exorbitantes.

Dentro de tal orden de ideas, a nuestro entender los términos del Contrato de Garantía (aprobado mediante Decreto Supremo) implicarían que estemos frente a un contrato-ley.

Es decir, todo aquello —y tal como se pactó en el Contrato de Concesión— no podría ser modificado por nuevos dispositivos legales, ni unilateralmente por parte del Concedente.

Ahora bien, nos preguntamos si resulta posible que las funciones de competencia exclusiva de los organismos reguladores se puedan convertir en materia arbitrable, en los casos en que estemos frente a contratos-ley.

Sobre el particular, debemos reiterar que, con el contrato-ley, el Estado ofrece a los concesionarios, garantizar todas las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en el propio Contrato de Concesión; lo que en nada afecta a las funciones de competencia exclusiva de los organismos reguladores.

En tal sentido, si el Consejo Directivo de alguno de los organismos reguladores ejerce dicha función, emitiendo un pronunciamiento en segunda instancia, entonces se podrá acudir al Poder Judicial para interponer una demanda contenciosa-administrativa.

Por el contrario, si se trata de una función otorgada por las propias partes al ente regulador, no corresponde —en modo alguno— acudir al proceso contencioso-administrativo, sino al mecanismo de solución de controversias contenido en el contrato de concesión.

Dichas conclusiones no varían en el entendido de que estemos frente a contratos-ley, ya que el Estado se compromete a no modificar los términos del contrato (salvo que exista acuerdo de las partes) y a que las nuevas disposiciones legales no lo afecten.

Y en los propios Contratos de Concesión se establecen cláusulas como las siguientes:

«Disposiciones comunes:

El ejercicio de las funciones, que en virtud de este Contrato y las normas legales pertinentes deban cumplir el CONCEDENTE y el REGULADOR, en ningún caso estará sujeto a autorizaciones, permisos o cualquier manifestación de voluntad del CONCESIONARIO. Éste deberá prestar toda su colaboración para facilitar el cumplimiento de esas funciones, interpretándose como infracción sujeta a sanción toda falta al respecto. El CONCEDENTE y OSITRAN están obligados a realizar las inspecciones, revisiones y acciones similares, de acuerdo a las normas de su competencia». (El subrayado es nuestro).

«Ámbito de Aplicación

La presente sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión; con excepción de aquellas controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público, dentro de éstas el REGULADOR.

No serán materia de sometimiento a arbitraje las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el REGULADOR en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora. Las impugnaciones contra estos actos deberán tramitarse necesariamente en la vía contencioso-administrativa». (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, y aun en el supuesto de estar frente a contratos-ley, las funciones de competencia exclusiva de los organismos reguladores, no podrían ser materia arbitrable, ya que la función se vería materializada en un acto administrativo del regulador, en ejercicio de las atribuciones únicamente concernientes a dicha institución.

En efecto, si bien el Contrato de Garantía inmoviliza la situación legal contemplada en el Contrato de Concesión (a efectos de que sólo pueda ser modificada de común acuerdo entre las partes), ello implica

—precisamente— que se respete el ordenamiento legal vigente al momento de la celebración del contrato, como por ejemplo, el ya citado artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

7. LOS CONVENIOS ARBITRALES CONTENIDOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Hemos señalado que resulta evidente la imposibilidad de que un tribunal arbitral pueda analizar y emitir juicios jurídicos sobre la legalidad del acto administrativo de naturaleza regulatoria, como los emitidos por el ente regulador en virtud de las funciones otorgadas por Ley, al ser materia ajena a su competencia.

Esta conclusión no resulta ajena lo establecido en algunos de los contratos de concesión. En efecto, veamos algunas cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de concesión, en donde se expresan qué materias no son arbitrables.

Así, en un primer grupo de contratos se establece lo siguiente:

«16.2. Ámbito de aplicación.

16.2.1. La presente sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquéllas relacionadas con la Caducidad de la Concesión; con excepción de aquellas controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado; o de personas o entidades de derecho público, dentro de éstas del OSITRAN.

16.2.2. No serán materia de sometimiento a arbitraje las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora. Las impugnaciones contra estos actos deberán tramitarse necesariamente en la vía contencioso-administrativa». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversia los siguientes temas:

- (i) Controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado;
- (ii) Controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de personas de Derecho Público;
- (iii) Controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de entidades de Derecho Público (dentro de éstas del OSITRAN); y
- (iv) Controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora.

Es decir, se excluyen de la cláusula de solución de controversias, los temas que han sido objeto de análisis en el presente estudio.

Otro ejemplo interesante de cláusulas arbitrales en las que se excluyen expresamente las funciones y atribuciones del OSITRAN, es el siguiente:

«Sección XVIII: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

18.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquéllas relacionadas con la Caducidad de la Concesión.

De conformidad con el artículo 62 de la Constitución Política del Perú se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionarán en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

El laudo que se expedirá será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión.

[...]

Trato Directo

- 18.10. Las partes declaran que es su voluntad de todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o Caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR —en la medida que corresponda, conforme al literal b) del numeral 7.1.de la Ley 26917— cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este órgano o de personas o entidades en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa), serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo no menor a tres (3) meses [...]. (El subrayado es nuestro).

Aquí, están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversia los siguientes temas:

- (i) Régimen tarifario regulado por OSITRAN;
- (ii) Decisiones del OSITRAN en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa;
- (iii) Decisiones de personas en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa; y
- (iv) Decisiones de entidades en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa.

Una cláusula menos específica que las anteriores, pero que cumple con la finalidad de establecer la exclusión de estos temas como materia arbitrable, es la siguiente:

«Sección XV: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

15.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Resolución y Caducidad de la Concesión.

[...]

Trato Directo

15.12. Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión (con excepción del régimen tarifario regulado por el REGULADOR, cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste (sic) órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas), serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días [...]. (El subrayado es nuestro).

Se aprecia que están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversias los siguientes temas:

- (i) Régimen tarifario regulado por OSITRAN; y
- (ii) Decisiones del OSITRAN en ejercicio de sus funciones administrativas.

Asimismo, tenemos el siguiente ejemplo:

«Sección XVIII: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

18.2. El presente Capítulo regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el REGULADOR en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto en la Ley n.º 26917.

De conformidad con el artículo 62 de la Constitución Política del Perú se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionarán en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

El laudo que se expedirá será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión.

[...]

Trato Directo

18.11. Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes.

[...]». (El subrayado es nuestro).

En este supuesto, están expresamente excluidas de la cláusula de solución de controversias, aquéllas que surjan respecto de los actos administrativos que emita el REGULADOR en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto en la Ley n.º 26917.

Otros contratos no excluyen expresamente a las atribuciones y funciones del OSITRAN. Así tenemos, por ejemplo, lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y JURISDICCIÓN

- 16.01. Cualquier controversia surgida como consecuencia de este Contrato será resuelta preferentemente mediante negociación directa y amistosa entre las partes.
- 16.02. Toda discrepancia que pudiera surgir entre las partes y que no pudiera ser resuelta en forma directa, será sometida a arbitraje de derecho que se realizará en la ciudad de Lima. [...]».

O el siguiente caso:

«Sección XVI: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

- 16.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión.

[...]

Trato Directo

- 16.10. Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o Caducidad del Contrato, serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo de quince (15) Días [...]».

O el siguiente ejemplo:

«Sección XV: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

- 15.2. La presente sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la

Concesión y aquéllas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión.

[...]

Trato Directo

- 15.12. Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia o caducidad del Contrato, serán resueltos por Trato Directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días [...]».

Si bien estas cláusulas no excluyen expresamente como materias arbitrables las decisiones del OSITRAN en ejercicio de las funciones y atribuciones que la Ley le otorga, en realidad ello no significa —de modo alguno— que sí lo sean, habida cuenta de que ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones —en su calidad de concedente— ni el concesionario, tienen libre disposición sobre dichos temas.

Esto significa que, como las partes no pueden decidir libremente las decisiones del OSITRAN, tampoco están en aptitud de otorgar a un tribunal arbitral la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

7.1. *¿Las exclusiones previstas en los convenios arbitrales (relativas a que no son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley), cumplen efectivamente con evitar que dichas decisiones sean sometidas a arbitraje por parte del concesionario?*

A pesar de que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece expresamente que es exclusiva la competencia de las entidades públicas (en nuestro caso, de los organismos reguladores) en el ejercicio de las funciones y atribuciones inherentes a la regulación de los Servicios Públicos

de su responsabilidad y a la regulación de la infraestructura pública de carácter y alcance nacional; y de que la mayoría de convenios arbitrales contemplados en los contratos de concesión establecen expresamente que no son materia arbitrable las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de Derecho Público, dentro de éstas el REGULADOR, en los últimos años se ha apreciado que los concesionarios han optado por recurrir a la vía arbitral nacional, a efectos de cuestionar —indirectamente— las decisiones de los organismos reguladores.

En efecto, algunos tribunales arbitrales¹⁸⁵ —a través de medidas cautelares— han estado ordenando que los organismos reguladores:

- Se abstengan de iniciar cualquier procedimiento administrativo sancionador en contra del concesionario, derivado o vinculado con supuestos incumplimientos de las obligaciones contenidas en el contrato.¹⁸⁶
- Suspenda cualquier procedimiento administrativo sancionador ya iniciado y que se encuentre en trámite en contra del concesionario, derivado o vinculado con supuestos incumplimientos de las obligaciones contenidas en el contrato.
- Suspenda la ejecución y efectos de cualquier pronunciamiento definitivo en contra del concesionario, emitido en un pronunciamiento administrativo sancionador, derivado o vinculado con supuestos incumplimientos de las obligaciones contenidas en el contrato.

¹⁸⁵ Instalados en virtud de controversias suscitadas únicamente entre el Concedente y el Concesionario.

¹⁸⁶ En tanto dichos supuestos incumplimientos estarían siendo materia de arbitraje, habida cuenta de que una de las pretensiones del concesionario es que el tribunal arbitral determine si corresponde declarar que, de la interpretación del contrato materia de litis, se desprende que ha existido o no incumplimiento.

- Abstenerse de ejecutar cualquier garantía otorgada por el Concesionario, incluyéndose, pero no limitándose a cartas fianzas, por supuestos incumplimientos de las obligaciones contenidas en el contrato.
- Abstenerse de iniciar procedimientos de cobranza coactiva de multas, por un supuesto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato.

Debemos recordar que en los Contratos de Concesión se han excluido —expresamente— determinadas materias de la competencia del Tribunal Arbitral; así, por ejemplo, se ha señalado lo siguiente:

«SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[...]

Trato Directo

Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas), serán resueltos [...]. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, las partes pactaron que las decisiones del ente regulador —emitidas en el ejercicio de sus funciones— no serán de competencia del tribunal arbitral. Por lo que las medidas cautelares que emita un tribunal arbitral tampoco podrían estar dirigidas a impedir el ejercicio de las funciones (principalmente, la función sancionadora) del organismo regulador.

En otras palabras, en tanto las controversias derivadas del ejercicio de las funciones exclusivas de los organismos reguladores han sido

excluidas por las partes —como no podía ser de otra forma, al tratarse de una clara manifestación del *ius imperium*—, el tribunal arbitral no puede emitir válidamente dichas medidas cautelares.

Las controversias surgidas en virtud de las referidas decisiones deberían ser resueltas, primero, en la vía administrativa, y, luego, en la vía judicial (en el supuesto en que el administrado, es decir, el concesionario, opte por recurrir a un proceso contencioso administrativo).

En tal sentido, el Concesionario en forma indirecta —a través del arbitraje— estaría cuestionando lo que el Regulador conoce en un procedimiento administrativo sancionador.¹⁸⁷

Si el concesionario no hubiese estado de acuerdo con lo resuelto por las dos instancias administrativas, debió ir al proceso contencioso-administrativo, a efectos de que sea el juez quien interprete las cláusulas del contrato y así determine si ha existido o no un incumplimiento por parte del administrado (concesionario, en nuestro caso) y, si como consecuencia de ello, corresponde o no la aplicación de una multa.

Ahora bien, cabe destacar que el artículo 64 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece lo siguiente:

¹⁸⁷ Así, por ejemplo, un organismo regulador inicia un procedimiento administrativo sancionador en contra del concesionario, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, obligaciones que estarían siendo materia de interpretación en la vía arbitral.

Incluso, el concesionario solicita al regulador que suspenda el referido procedimiento hasta que exista un pronunciamiento por parte del tribunal arbitral; solicitud que es desestimada por la entidad administrativa.

En primera instancia administrativa, se habría declarado que el concesionario sí habría incumplido sus obligaciones y, en consecuencia, se le impuso una multa. En segunda instancia, el Consejo Directivo confirma la resolución de primera instancia y declara agotada la vía administrativa, ordenando el inicio de la cobranza de la multa impuesta.

Artículo 64.- «Conflicto con la función jurisdiccional

64.1. Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2. Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la facultad de la administración para suspender el procedimiento y de inhibirse para conocer un tema, se da cuando exista estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Asimismo, cabe precisar que dicha facultad es discrecional de la autoridad administrativa, en tanto ella estime necesario que las controversias materia del juicio (en nuestro caso, del arbitraje) se deban resolver previamente al pronunciamiento administrativo.

Por otro lado, debemos recordar, tal como señala Morón,¹⁸⁸ que el procedimiento administrativo sancionador es la vía por medio de la cual la Administración ejerce su potestad sancionadora, y que se estructura con las finalidades de, en primer término, comprobar la existencia de

¹⁸⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 526.

una transgresión susceptible de sanción administrativa y, en consecuencia, imponer una sanción administrativa.

Como se puede apreciar, será la autoridad administrativa la que deba analizar si existió una transgresión (en nuestro caso, un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del concesionario), a efectos de imponer una multa.

Cabe recordar que las partes del Contrato de Concesión reconocen expresamente la potestad sancionadora del ente regulador, incluyendo una cláusula como la siguiente:

«De la Potestad Sancionadora

El REGULADOR estará facultado para aplicar sanciones a la SOCIEDAD CONCESIONARIA en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la ley n.º 26971 y los reglamentos que dicte sobre la materia.

Para el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere este Contrato, el REGULADOR se sujetará a las disposiciones que sobre la materia emita, en uso de sus potestades regulatoria y normativa. La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá proceder al pago de las multas dentro del plazo que las referidas disposiciones establezcan.

Las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por el REGULADOR referidas a supuestos previstos en el presente Contrato, primarán sobre éstos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en el referido reglamento.

Las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente contrato, se aplicarán a la SOCIEDAD CONCESIONARIA independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios de su incumplimiento». (El subrayado es nuestro).

Dentro de tal orden de ideas, el concesionario reconoció la potestad sancionadora del ente regulador (la misma que se ve materializada a través de un procedimiento administrativo sancionador) y se obligó a pagar las multas que se le impusieran. Obviamente, ello no quita —lo reiteramos— que si el concesionario no estaba de acuerdo con lo decidido en las dos instancias administrativas, podía acudir al proceso contencioso administrativo, pero no al arbitraje.

Finalmente, cabe señalar que si se admitiera como válida la posición asumida por tales tribunales arbitrales, se podría llegar a la contradictoria conclusión de que vía la resolución de un tribunal arbitral, se pueda anular por completo las funciones y atribuciones inherentes de los reguladores (las mismas que son de su competencia exclusiva).

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que las exclusiones previstas en los convenios arbitrales (relativas a que no son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley), no cumplen efectivamente con evitar que dichas decisiones sean sometidas a arbitraje por parte del concesionario.

8. ¿EL DECRETO LEGISLATIVO n.º 1071 ESTÁ PENSADO PARA REGULAR EL ARBITRAJE REGULATORIO (EN DONDE SE DISCUTEN LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES QUE NO SE DERIVAN O NO TIENEN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES OTORGADAS EXPRESAMENTE POR LEY, ES DECIR, DE LA MATERIA REGULATORIA ARBITRABLE) O ES NECESARIA LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY ESPECIAL SOBRE MATERIA ARBITRABLE EN TEMAS REGULATORIOS?

Hemos visto que las decisiones adoptadas por los organismos reguladores en ejercicio de las atribuciones y funciones de competencia exclusiva no son materia arbitrable, y que no son de libre disposición ni por parte del concedente ni del concesionario.

Asimismo, hemos indicado que las propias partes pueden otorgar al ente regulador facultades adicionales a las contempladas expresamente por ley. En dicho supuesto, el concesionario y el concedente podrían someter a arbitraje aquellas controversias derivadas de dichas funciones adicionales; ello, en tanto estaríamos frente a materias de libre disposición de las partes.

En dicho escenario, es decir, el de controversias derivadas de las funciones otorgadas por las partes, las normas sobre arbitraje contempladas en el Decreto Legislativo n.º 1071 pueden ser aplicables para regular el arbitraje, teniendo —principalmente— en cuenta lo ya analizado en torno al artículo 2 (arbitrabilidad objetiva) y al artículo 14 (alcance subjetivo) del referido cuerpo normativo.

En torno al procedimiento, debemos tener presente qué se establece en el convenio arbitral en relación al tipo de arbitraje. Es decir, se debe partir por ver si las partes establecieron un arbitraje *ad-hoc* o uno administrado, de derecho o de conciencia.

Lo usual en los contratos de concesión es un convenio arbitral que contemple distintos tipos de arbitraje, dependiendo de la controversia; a saber:

- Para controversias técnicas: un arbitraje de conciencia y *ad-hoc*.
- Para controversias no técnicas que tengan un monto involucrado superior a un monto determinado de dinero: un arbitraje de derecho y un procedimiento tramitado de conformidad con las reglas CIADI.
- Para controversias no técnicas que tengan un monto involucrado menor a un monto determinado de dinero: un arbitraje de derecho y un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Ahora bien, en cualquiera de los tres tipos de arbitraje, podría presentarse el supuesto de que la controversia gire en torno a una de las facultades otorgadas por las propias partes al ente regulador.

Aquí correspondería ver cómo participaría el ente regulador en el arbitraje que inicie el concesionario.

Sobre el particular, debemos indicar que la intervención del ente regulador sería como una parte (no signataria) del convenio arbitral, pero parte en todo el sentido del término; es decir, con todas las prerrogativas y obligaciones establecidas por el Decreto Legislativo n.º 1071.

Aquí debemos descartar cualquier tipo de intervención distinta a la de parte; a saber: intervención litisconsorcial, coadyuvante o tercero. El ente regulador es una parte del arbitraje, en tanto se extienden sobre él los alcances del convenio arbitral.

De esta manera, el regulador participa como parte (no signataria del convenio arbitral), por lo cual posee todas las prerrogativas que tiene cualquier parte en cualquier arbitraje; desde solicitar arbitraje, designar árbitro, recusar, ejercer todos los medios de defensa que considere apropiados, impugnar resoluciones, impugnar el laudo, etc.

Así, por ejemplo, el inciso 3 del artículo 22 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece que los árbitros serán nombrados por las partes, por lo que el ente regulador debe participar en el proceso de elección del árbitro.

Finalmente, es necesario concretar un mecanismo de garantía a favor de los usuarios, mediante la publicidad de los laudos que versen sobre contratos de concesión.

Sobre el particular, debemos recordar que es práctica habitual en los procesos arbitrales, que las partes pacten el deber de confidencialidad,

el mismo que se extiende, no sólo a los árbitros y las partes del proceso, sino también al secretario arbitral, a los asesores de las partes y de la institución arbitral, a los abogados informantes o asesores externos, a los peritos y a todas aquellas personas que, de una u otra forma, hubiesen tenido conocimiento del contenido total o parcial del proceso.

Es evidente también que este deber de confidencialidad cesa si es que el laudo arbitral fuese objeto de impugnación, vía el recurso de anulación del laudo.

En tal sentido, muchas veces causa sorpresa leer en los diarios o revistas, informaciones relativas a procesos arbitrales en curso, cuyo contenido resultaría imposible que haya sido redactado solamente por periodistas, sin la ayuda de vital información proporcionada por alguna de las partes.

No cabe duda de que uno de los factores que debe evitarse en el desarrollo de todo proceso arbitral, es el de la injerencia de la opinión pública.

No olvidemos que las normas sobre contrataciones del Estado, imponen al OSCE el deber de publicar los laudos arbitrales administrados por dicho organismo, o que se hayan instalado en él, a efectos de que sean de conocimiento del público que acceda a su página web.

De igual manera, resultaría conveniente que todo laudo relativo a un Contrato de Concesión relativo a Infraestructura de Transporte de Uso Público o a Servicios de Transporte Aéreo, deba ser publicado para conocimiento de todos los usuarios.

No debemos olvidar que detrás de dichos contratos hay fondos públicos, que deben ser manejados de manera transparente, transparencia que se extiende al accionar de los árbitros (a través del conocimiento del laudo arbitral).

Dentro de tal orden de ideas, también resulta necesario que a nivel legislativo se establezca que los laudos arbitrales relativos a infraestructura de transporte de uso público o a servicios de transporte aéreo, deben ser publicados, independientemente de si el arbitraje ha sido *ad-hoc* o administrado.

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

En la presente obra, se han analizado los aspectos generales de los cuatro organismos reguladores del Perú (a saber: OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN), viendo para el cumplimiento de sus objetivos, si dichos organismos cuentan con las siguientes funciones: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias.

Asimismo, hemos analizado la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley n.º 29158, concluyendo en que las funciones y atribuciones de los organismos reguladores son de competencia exclusiva de los mismos.

Se ha evaluado —en detalle— cómo está regulado el tema de la materia arbitrable (arbitrabilidad objetiva) en nuestro ordenamiento legal.

Así se concluyó en que el marco constitucional y legal peruano no permite que las decisiones de los organismos reguladores (derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley y cuya competencia la ejercen en exclusiva) puedan ser arbitrables.

Incluso, analizando los tratados bilaterales o multilaterales, se estableció que la conclusión del párrafo precedente no varía, en tanto ningún tratado establece que las decisiones emitidas por los organismos reguladores en ejercicio del *ius imperium* constituyen materia arbitrable.

Los tratados bilaterales y multilaterales contemplan obligaciones por parte del Estado receptor, tales como derecho de trato nacional,

trato de nación más favorecida, trato no discriminatorio, trato justo y equitativo e indemnización en caso de expropiación, pero no regulan la arbitrabilidad de los temas regulatorios.

En tal sentido, si el nacional de un país con el que el Perú tiene un tratado, alegase que nuestro país no ha cumplido con las obligaciones derivadas del referido tratado, tendrá que acudir a un arbitraje CIADI, a efectos de que el Perú resarza económicamente al inversionista y, en algunos casos, incluso recupere su inversión total. Por el contrario, si lo que se ha incumplido son obligaciones contractuales, las mismas deberán ser resueltas según los mecanismos de solución de controversias contemplados en los contratos de concesión. Finalmente, si la cuestión controvertida es una decisión emitida por un organismo regulador en ejercicio de las funciones de competencia exclusiva, se deberá acudir a las vías contempladas en nuestro ordenamiento jurídico; a saber: agotar la vía administrativa (las dos instancias en el propio organismo regulador) y, de subsistir la controversia, acudir a un proceso contencioso-administrativo.

Hemos concluido en que no resulta jurídicamente posible que un tribunal arbitral pueda analizar y emitir juicios jurídicos sobre la legalidad del acto administrativo de naturaleza regulatoria, al ser esta materia ajena a su competencia. Es decir, en un Contrato de Concesión no se puede incluir válidamente un convenio arbitral que establezca que las decisiones de los organismos reguladores (derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley y de competencia exclusiva) constituyen materia arbitrable.

Asimismo, hemos visto que las propias partes podrían conceder determinadas facultades sancionadoras a los organismos reguladores, y que en dicha situación, las mismas podrían ser materia de arbitraje, al ser de libre disposición.

Hemos analizado que el Estado puede otorgar garantía en respaldo de sus obligaciones y declaraciones contenidas en los contratos de concesión que celebre con inversionistas.

Lo usual es que en la fecha de suscripción del contrato de concesión, se haga entrega al inversionista del Decreto Supremo por el cual el Estado respalda las declaraciones, seguridades y obligaciones del concedente, y, asimismo, se suscriba el correspondiente contrato de garantía.

Sin embargo, hemos concluido en que nada afecta a las funciones de competencia exclusiva de los organismos reguladores, el hecho de que el Estado ofrezca a los concesionarios, garantizar todas las declaraciones, seguridades y obligaciones establecidas en el propio Contrato de Concesión.

Hemos hecho referencia al actuar en los últimos años de algunos arbitrajes peruanos que incluso llegan a conceder medidas cautelares, ordenando a los organismos reguladores que se abstengan de continuar con un procedimiento administrativo sancionador y/o con la ejecución coactiva de una multa (sanción) no cuestionada en las vías correspondientes por parte del concesionario.

En dicho escenario, se concluyó en que a pesar de que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece expresamente que es exclusiva la competencia de las entidades públicas en temas regulatorios y de que los convenios arbitrales contemplados en los contratos de concesión establecen de manera expresa que no constituyen materia arbitrable las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de los organismos reguladores, en los últimos años se ha apreciado que los concesionarios han optado por recurrir a la vía arbitral nacional, a efectos de cuestionar —indirectamente— las decisiones de los organismos reguladores.

Es decir, las exclusiones previstas en los convenios arbitrales (relativas a que no son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores derivadas o relacionadas con el ejercicio de funciones y atribuciones otorgadas expresamente por Ley), no cumplen en efecto con evitar que dichas decisiones sean sometidas a arbitraje por parte del concesionario.

También hemos analizado el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, concluyendo en que si bien podría resultar evidente la participación activa de los organismos reguladores en la negociación, celebración, ejecución y terminación de los contratos de concesión y, como consecuencia de ello, podrían ser partes (no signatarias) en un arbitraje, también cabe precisar que su participación en el arbitraje sólo podría producirse a efectos de que el tribunal arbitral resuelva controversias sobre las cuales las partes tengan libre disposición.

Asimismo, hemos concluido en que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios o los Consejos de Usuarios no tienen una participación activa y determinante en la negociación, celebración y ejecución de los contratos de concesión que comprenden el convenio arbitral, por lo que no se les podría extender su aplicación y, en consecuencia, no podrían participar en arbitraje alguno iniciado por el concesionario en contra del concedente.

Hemos visto que las controversias derivadas de las funciones otorgadas por las partes, pueden ser sometidas a arbitraje; y que las normas sobre arbitraje contempladas en el Decreto Legislativo n.º 1071 pueden ser perfectamente aplicables para regularlas, teniendo en cuenta lo ya analizado en torno al artículo 2 (arbitrabilidad objetiva) y al artículo 14 (alcance subjetivo).

Tal como ha sido analizado, el procedimiento para someter a arbitraje las controversias otorgadas por las partes a los reguladores (es decir, las no derivadas de las atribuciones de competencia exclusiva), se regirá por lo establecido en el Decreto Legislativo n.º 1071 y por las reglas que las partes han pactado en el convenio arbitral.

Asimismo, hemos visto que el ente regulador participaría en el arbitraje —precisamente— como parte, con todas las atribuciones que cualquier parte puede tener.

Finalmente, es necesario concretar un mecanismo de garantía a favor de los usuarios, mediante la publicidad de los laudos que versen sobre contratos de concesión.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AMADEO, José Luis. *La concesión de servicios públicos según la Jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 1999.

AMADO VARGAS José Daniel y Luis MIRANDA ALZAMORA. «La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: El Contrato Ley». En: *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, n.º 33.

ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993*. Lima: Rao, 1999.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «El Estado soy Yo». En: *Regulación económica de los servicios públicos*. Lima: ARA Editores, 2010.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, tomo III.

CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2.

CAIVANO, Roque. «Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En: *Lima Arbitration*. Lima: Revista editada por el Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, n.º 1.

CAIVANO, Roque. «Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2007, n.º 4.

CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, n.º 3.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Materias objeto de arbitraje». En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2010, tomo I.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La Teoría de los Actos Propios*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2006.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009.

CREMADES, Bernardo M. y David J.A. CAIRNS. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004, n.º 1.

CUBA, Enrique y Christian VIRÚ. «Extensión del Convenio Arbitral: Comentarios al artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., agosto 2008, n.º 177.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje». En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, n.º 29.

DEL CASTILLO, Sociré. «Extensión del convenio arbitral». En: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, septiembre 2009, n.º 15.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch, 1962.

DÍAZ-CANDIA, Hernando. «La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009, n.º 10.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., 2005, tomo I.

ESCUDERO CHRISTIANSEN, Carlos. *La concesión de obras públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1971.

GALLUCCIO, Tonder y Pablo MORI. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En:

Advocatus. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2009, n.º 23.

GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Fundación de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 2003. Parte General, tomo I. En: <http://www.gordillo.com/TomoI.htm>.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. «El Contrato Ley». En: *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2004. Tomo n.º VII.

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. «Los entes reguladores en la Constitución». En: *Revista Peruana de Derecho Público Administrativo y Constitucional*. Lima: Grijley, enero-unio de 2003, n.º 4.

HERRERA MERCADO, Hernando. «El arbitraje en materia de telecomunicaciones». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V.

LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F., 2005.

MANAYALLE CHIRINOS, Alejandro. «Las clases de concesiones de infraestructura portuaria en el Perú y el diseño de la concesión del

muelle sur en el Terminal portuario del Callao». En: 25 mejores artículos de Derecho Regulatorio. Compiladores: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge y Juan Carlos MORÓN URBINA. Lima: *Thémis*, CD-ROM.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. «Los límites al consentimiento en el pacto arbitral». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

MANTILLA SERRANO, Fernando. «El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, n.º 2.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Comentarios al decreto legislativo que norma el arbitraje». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., agosto 2008, n.º 177.

MATHEUS, Carlos. «Los efectos y las patologías del Convenio Arbitral en la nueva Ley de Arbitraje». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., julio 2009, n.º 188.

MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, 3.^a Ed.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En: *Estudio de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

SALCEDO CASTRO, Myriam. «La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., agosto 2008, n.º 177.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2009, n.º 8.

SILVA ROMERO, Eduardo. «Introducción». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, n.º 2.

SUESCÚN MELO, Jorge. «De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

TASANO VELAUCHAGA, Hebert. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos». En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 4.

THURY CORNEJO, Valentín. *Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de los entes reguladores de servicios públicos*. Buenos Aires: Universidad Austral, 1995.

TRELLES DE BELAUNDE, Javier. «El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos». En: *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, n.º 44.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «El convenio arbitral». En: *Derecho PUCP*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, n.º 56.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ZAMBRANO COPELLO, Verónica. «Los usuarios de servicios públicos como fin último de la regulación». En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 5.

ZONOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1954, tomo I.

ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

S/N AUTOR. «¿OSI... qué? Los organismos reguladores y su razón de ser». En: *Business, negocios en el Perú*. Lima, abril 1998, n.º 43.

¿ARBITRAJE Y REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS?
EL CASO DE OSITRAN

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
DICIEMBRE DEL 2011, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ