

**Pontificia Universidad Católica del
Perú
Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

La desnaturalización de las potestades administrativas a través del arbitraje en
los contratos de concesión.

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autora

Evelyn Consuelo Gamarra Pariasca

Asesor

Roberto Carlos Shimabukuro
Makikado

Lima, 2021

RESUMEN

El presente informe se aborda sobre las potestades administrativas sometidas a arbitraje en vinculación a las controversias suscitada en los contratos de concesión, los cuales han sido identificados en resoluciones emitidas por árbitros, pese a que dichas potestades se encuentran otorgadas por ley a los organismos regulados, mediante la Ley N° 27332 – Ley Marco de Los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Siendo analizado en el presente informe, las competencias administrativas que colisionan los tribunales arbitrales al resolver sobre materias que exceden de su competencia, si bien los convenios arbitrales establecidos en contratos de concesión no precisen las materias arbitrales, ello no implica que los tribunales arbitrales puedan resolver materias fuera de su competencia. Razón por la cual, se desarrolla el presente en torno a las potestades administrativas, las cuales están siendo sometidas a arbitraje en la actualidad.

Palabras Claves:

Concesión, arbitraje, potestades administrativas, convenio arbitral.

INDICE

RESUMEN

| | | |
|------|--|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 1 |
| II. | Actos de Soberanía o Actos de gestión | |
| 2.1 | Naturaleza jurídica de las potestades administrativas ¿IUS IMPERIUM O IUS GESTIONIS? | 2 |
| 2.2 | Facultad de fuente legal | 5 |
| III. | EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN | |
| 3.1 | Naturaleza jurídica del arbitraje. | 8 |
| 3.2 | Materias Arbitrables en la regulación vigente sobre arbitraje | 10 |
| 3.3 | Convenios arbitrales en el Arbitraje Regulatorio | 13 |
| IV. | RESOLUCIONES ARBITRALES QUE CONTRAVIENEN LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS | |
| 4.1 | Potestades administrativas discutidas por Tribunal Arbitrales | 16 |
| 4.2 | Régimen de tarifas | 16 |
| V. | CONCLUSIONES | 19 |
| VI. | BIBLIOGRAFIA | 20 |

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, se ha discutido en torno a los arbitrajes que han resuelto sobre materias que corresponden a los Organismos Reguladores. Siendo un ejemplo de ello, los arbitrajes que han versado sobre tarifas, los cuales se relacionan en torno a la función regulatoria de los organismos mencionados. Siendo ello, reconocido en la Ley N° 27332 al ser otorgadas por medio de dicha ley. Inclusive, dichos organismos se encuentran obligados a ejecutar las decisiones adoptadas por los árbitros, generando modificaciones al contrato a fin de ejecutar lo indicado en los laudos que presuntamente resuelven controversias de naturaleza contractual.

Cabe precisar que, los organismos reguladores emiten decisiones que puede ser revisada en arbitraje, salvo las que se refieran a actos administrativos, cuya vía de impugnación idónea corresponde a la vía administrativa, por medio del Proceso Contencioso Administrativo. Ahora bien, los Contratos de Concesión proveen penalidades, ante incumplimientos de obligaciones, siendo estos últimos encargados al Ositran en lo relacionado al cobro de los mismos, pero sin perder la naturaleza contractual de los mismos, las cuales si pueden ser sometidas a arbitraje, de acuerdo a los medios de solución previstos en el contrato y la ley para las asociaciones público privadas.

En ese sentido, los organismos reguladores, como entidades encargadas de ciertas actuaciones realizan una serie de actos. Las cuales válidamente pueden discutirse en arbitraje, siempre que se encuentren en el marco de lo arbitrable, al ser de libre disposición y de carácter patrimonial conforme a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071.

En ese contexto, en el cual, el arbitraje es empleado como medio de solución de controversias, El presente trabajo versa sobre los tribunales arbitrales que admitieron demandas y resolvieron en torno a potestades administrativas, relacionadas a la fijación de tarifas, pese a que ello no es considerado materia arbitrable.

II. PRIMER CAPÍTULO

2.1 Naturaleza jurídica de las potestades administrativas ¿IUS IMPERIUM O IUS GESTIONIS?

El estado desarrolla su actividad a través de un conjunto de normas, buscando alcanzar la satisfacción de intereses de la sociedad. Con lo cual, se realiza la obtención de bienes y servicios para garantizar la satisfacción de interés público.

La diferencia entre dichos actos deviene de una tradición jurídica romano-germánica, en el área del llamado derecho administrativo. “En busca de la definición de esta materia se señaló que el derecho administrativo era aplicable a los actos ius imperium, en tanto que los actos ius gestionis, quedaban sometidos al derecho privado.” (Bobbio, 1989, pág. 186)

Cabe precisar que, dicha distinción a lo largo del desarrollo histórico ha sido fuertemente criticada, al establecer una definición mixta sobre el rol de la Administración, ya que actúa como agente de derecho público y agente privado. No obstante, para efectos del presente trabajo, se abordará la utilidad de la distinción entre actos ius imperium y ius gestionis.

Por ello, es preciso indicar que, dichos actos se desarrollan en el marco de un contrato administrativo, mediante los cuales el Estado contrata con los particulares, en concordancia con las reglas de mercado. Con lo cual, el Estado contrata desde una posición de igualdad a un privado. Sin embargo, existen actuaciones dentro de dichos contratos que se desarrollan en relación con las normas del derecho público.

Por un lado, la actuación de la administración debe ser entendida en dos sentidos, ya que existen actos que se ejercen a través de potestades exorbitantes; es decir, el Estado como soberano que impone ciertas circunstancias, genera vulneraciones a las condiciones de igualdad de las partes. Al respecto, sobre los actos de ius imperium, no basta con que una de las partes sea un ente estatal, sino denotar que sus actuaciones son ejercidas en uso de sus facultades exorbitantes que ostenta la Administración. No obstante, existen otras actuaciones en las cuales aparentemente se actúa con potestades exorbitantes, sin que ellas puedan ser calificadas como actos ius imperium.

Cabe precisar que, las privatizaciones que surgieron durante la década de los 90' en nuestro país, generaron que los servicios públicos o la explotación de infraestructura sean prestados por los particulares, dejando atrás el clásico modelo de Estado, al ser prestación directa por parte del Estado. Con ello, surgieron modelos distintos a las entidades creadas para prestar el servicio público de forma directa, con lo cual surgieron las concesiones como medio de llevar a cabo la gestión del servicio público a través del privado.

En ese sentido, los contratos de concesión celebrados entre el concedente (la Administración) y el concesionario tuvieron sus propias características. Siendo la concesión el título habilitante por el cual, se faculta al concesionario ejerce ciertas facultades, actuando como titular de la concesión.

Bajo esa línea, el concesionario es reconocido como una especie de colaborador al poder público que ostenta la Administración. Siendo que, el Estado asume un cambio en su rol, vinculado a un modelo de Estado garante y no de Estado Interventor – Prestacional. Motivo por el cual, el marco de actuación del concesionario y concedente, ocurre en un contrato administrativo, cuyas características se encuentran en las reglas de ejecución, interpretación y culminación de dicho contrato.

En ese sentido, se puede mencionar como un acto revestido de *ius imperium*, los llamados:

“hechos del príncipe, mediante el cual la Administración Pública realiza modificaciones unilaterales en el marco de un contrato. Siendo dicha facultad la de alterar situaciones jurídicas existentes, mediante disposiciones reglamentarias, propias de la Administración. Cuando se habla de hechos del príncipe lo que se refiere no es una característica especial del contrato, sino de potestades estatales que se ubican en el plano diverso a la norma convencional, potestades que no solo pueden afectar contratos administrativos, sino cualquier tipo de contrato” (García Castillo, 2008, pág. 204)

En ese sentido, la Administración actúa con la finalidad de que el contrato administrativo satisfaga el interés público. Motivo por el cual, puede realizar ciertas

Acciones a fin de salvaguardar el interés público que engloban los contratos administrativos.

Asimismo, como actos de *ius imperium*, se puede mencionar a la potestad de dirección y control, “las cuales son la forma y modo en como el co-contratante cumple las obligaciones a su cargo” (García Castillo, 2008, pág. 207), ya que la Administración actúa en oportunidad y mérito con la finalidad de prestar el servicio público.

En esa línea, cabe mencionar que, los contratos administrativos como son los contratos de concesión tienen alcance sobre cláusulas que rigen poderes exorbitantes. No obstante, se busca armonizar el llamado equilibrio económico contractual y se busca conciliar ello, con el principio de riesgo y ventura del concesionario o particular.

Por otro lado, se tiene que la Administración realiza ciertos actos de gestión, despojándose de su *ius imperium*, siendo desarrollado en igualdad con otros particulares. Cabe precisar que, su actuación se encuentra en el marco de la regulación ordinaria y son desarrollados durante la ejecución de la concesión. Tales como, cuando el concedente encarga al Ositran la aplicación de penalidades, estas son realizadas en el marco de actos de *ius gestionis*, ya que actúa por encargo del concedente para realizar el cobro de penalidades, ante eventuales incumplimientos que derivan de la relación contractual entre el concedente y concesionario.

Incluso, existen autores que en la doctrina equiparan dicha actuación a la de una persona jurídica o persona privada. “Para Linares (2011), el Estado realiza actos de *ius gestionis* cuando se relaciona en el mismo plano jurídico que un privado, ya que se le aplican reglas derecho privado, por encontrarse en una relación horizontal con los agentes que contrata”.

A modo de desarrollo en el presente trabajo, se parte que en los contratos con el Estado, se establece que las controversias sean resueltas mediante arbitraje, tal y como lo indica la actual Ley de App, para los contratos de concesión, estas no pueden incluir facultades exclusivas del *ius imperium*, por no ser materia arbitrable. A modo contrario, son los actos que no ostentan facultades soberanas de imperio, ya que realizan actos de *ius gestionis* como un particular en el mercado, siendo estos actos arbitrables.

2.1 Facultad de fuente legal

Antes de ahondar en los contratos de concesión sometidos a arbitraje y la colisión con las potestades administrativas, se hace pertinente mencionar el reconocimiento legal de dichas potestades.

En ese sentido, cabe resaltar que, a finales del siglo pasado, nuestro país atravesó un cambio en su modelo económico, siendo que el cambio de Constitución en el año 1993 permitió dejar a un lado el modelo clásico que limitaba la entrega de concesiones a los particulares sobre servicios públicos, salvo para el caso de recursos naturales. En el cual, si se permitía la entrega en concesión.

El cambio del modelo económico tuvo como consecuencia la modificación en el rol del Estado, ya que asumió un rol garante ante la prestación de servicios públicos, permitiendo con ello, generar competencia entre los particulares a través de procedimientos de licitación o concursos públicos que culminen en una concesión, como uno de los modos de prestar el servicio público.

Con lo cual, surgieron los organismos regulados como entidades encargadas de supervisar las condiciones de mercado, tras la liberalización de ciertos sectores que, en el modelo clásico, se encontraban gestionados mediante empresas públicas. En ese contexto, surgieron los principales organismos reguladores: Ositran, Osiptel, Osinerg y Sunass.

Dichos organismos reguladores fueron creados mediante Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros, según lo establecido en el artículo 2 de dicha Ley.

Entre las características, se destaca que dichos organismos cuentan con autonomía administrativa y funcional técnica, así como la personería jurídica que goza con autonomía económica y financiera.

Cabe resaltar que, la ley de creación de dichos organismos ha señalado las funciones que desarrollarán en el ámbito de su competencia. No obstante, para efectos del presente trabajo, se mencionan ciertas funciones, que establece el artículo 3 de dicha ley:

“1. Función Supervisora: Dicha facultad obliga al Ositran velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión y/o de carácter técnicas que se encuentren obligado el concesionario.

2. Función Reguladora: Mediante dicha facultad, el regulador puede realizar la fijación de tarifas de todos los servicios en los cuales tiene competencia para actuar.

3. Función Fiscalizadora y Sancionadora: Ello permite al regulador imponer sanciones ante sanciones previstas en la ley, debido al incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario. (...)”

Mediante el establecimiento de funciones básicas a los organismos reguladores se buscó establecer una normativa común a la organización y funcionamiento de dichas entidades, dotándolas de potestades administrativas en el marco de sus competencias.

En ese sentido, los objetivos que resaltan de estos organismos reguladores están relacionados a criterio de Cassagne (2014, p. 489) “a promover la mayor competencia de los agentes privados, coadyudando al mercado mediante establecimientos de incentivos que garanticen libertades de índole económica para aquellos privados que deseen prestar servicios públicos con una tarifa racional que permita el retorno de sus inversiones”.

Con ello, se tiene como finalidad proteger el funcionamiento eficiente en el desarrollo económico de la prestación del servicio público. Cabe precisar que, los organismos reguladores actúan de manera independiente y siendo ello, la razón de su origen, se denota una clara distinción a las decisiones políticas adoptadas en el Gobierno, ya que mediante la autonomía en sus potestades normativas es que gozan de cierta independencia frente a la actuación propia del Gobierno.

En ese contexto, se le atribuyen una serie de potestades administrativas con la finalidad de alcanzar el objetivo de interés general, ya que intervienen regulando y estableciendo disposiciones a los agentes privados que interactúan en el Mercado para la prestación de determinados servicios públicos y/o infraestructura

En función a lo señalado en el párrafo precedente, la doctrina distingue el rol que se atribuye al Concedente y al Organismo Regulador, en el marco de un contrato de concesión. Para Canosa (2009, p 59), “es el órgano técnico especializado, el cual tiene como obligación la constante supervisión del concesionario, siendo un ente fiscalizador

de las obligaciones establecidas en la norma general vigente y normativa especial emitida por dicho organismo, con el fin de asegurar la prestación del servicio en condiciones óptimas a los usuarios”.

A diferencia del concedente, el cual tiene reservada la tarea de fijar políticas sectoriales vinculadas a su ámbito de competencia, así como “la celebración de contratos y otorgamiento de licencias y concesiones, así también modificación e interpretación de dichos instrumentos, funciones de desarrollo normativo, etc.” (Casagne Juan Carlos, 1998, p 1354).

Por ello, se considera que dichas facultades otorgadas mediante Ley de Creación, cuenta con reconocimiento legal vigente, siendo estos organismos los que cuenta con la competencia exclusiva para administrar los contratos de concesión y emitir actos administrativos vinculados a la ejecución y desarrollo de los mismos.



III. EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

3.1 Naturaleza jurídica del arbitraje

Al respecto, la naturaleza jurídica del arbitraje se entiende como institución jurídica heterocompositiva, mediante la cual las partes encargan a un tercero resolver sus controversias optimizando tiempo y recursos a diferencia de la jurisdicción ordinaria. Cabe precisar que, el árbitro o los árbitros como terceras personas, actúan de forma objetiva e imparcial, siempre que la materia sea la permitida por la ley de arbitraje.

Inclusive, la constitución peruana incluye en su artículo 136, en torno al arbitraje.

“Artículo 136.

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú”.

Según Ramos, menciona que “el arbitraje permite la solución de eventuales controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato, siendo ello la facultad que le otorgan a un tercero imparcial que resuelva el problema entre dichas partes”. En ese sentido, el arbitraje se entiende como la institución por medio de la cual las partes vinculadas por una relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros la solución de las eventuales controversias que se susciten entre ellas. Motivo por el cual, ciertos conflictos o derechos son sometidos a arbitraje. Sin embargo, dichos árbitros no ejercen función administrativa, sino función jurisdiccional en relación al proceso seguido entre las partes, excluyendo la jurisdicción judicial y los tribunales ordinarios.

Siendo que el arbitraje ofrece ventajas en la celeridad y economía de mismo proceso, convirtiéndose en una alternativa a la vía judicial más expedita. De igual modo, Gaspar entiende que las ventajas del arbitraje se centra en que suelen reducir las

actuaciones en comparación a las actuaciones procesales de un proceso judicial ordinario, así como la confidencialidad y sobretodo, la especialización del árbitro, permite arribar a decisiones razonables para la solución de controversias suscitadas entre las partes de un contrato”.

Cabe distinguir como uno de los elementos característicos del arbitraje, el generar cosa juzgada. Sin embargo, tiene como dificultad ejecutar su fallo por sí mismo, acudiendo para ello al poder judicial. Con lo cual, la decisión arbitral se apoya en normas legales que se emplean para resolver al caso.

Ahora bien, considerando que en las tres últimas décadas, el Perú se encontraba en la urgente necesidad de buscar la incorporación en mercados mundiales, para ello se generó el surgimiento de mecanismos a través de los cuales, los inversionistas tuvieran confianza de invertir en el Perú. Razón por la cual, surgieron los contratos – ley como mecanismo jurídico para estabilizar las condiciones de dichos contratos durante su ejecución. Asimismo, surgió el arbitraje como alternativa de solución de controversias.

“El arbitraje ha sido empleado como alternativa a un proceso ordinario, el cual permite acudir ante un árbitro o un órgano colegiado para que resuelva controversias entre agentes privados o agente privado y Estado, siendo este último conocido como el “Arbitraje Regulatorio” (Cantuarias Salaverry, Simons Pino, & Velez Salinas, pág. 403)

Dichos arbitrajes han derivado de marcos legales nacionales con ciertos matices, en los cuales se ha tenido como finalidad garantizar las inversiones, incluso comprometiendo ciertas facultades de ius imperium. Ello ha implicado una flexibilización de facultades que en su origen estaban a cargo de la Administración, contractualizando el ius imperium.

Cabe resaltar que mediante compromisos asumidos por el estado, se establecen ciertas reglas que limitan el uso de las potestades públicas conferidas a la Administración, entre ello se encuentra la determinación y el cálculo de tarifas, ya

que de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 de la Ley N° 26917, prescribe lo siguiente:

“Artículo 7.-

Ositran tiene establecido en el ámbito de su competencia, las siguientes funciones:

1. Puede establecer las tarifas, peajes y otros cobros, cuando no exista competencia en el mercado, así como define las reglas para la correcta aplicación de las mismas.
2. De existir un contrato de concesión, supervisa el cumplimiento de las cláusulas tarifarias, incluso del reajuste tarifario establecido en dichos contratos.
3. Si existe competencia en el mercado y no se ha considerado establecer cláusulas tarifarias, supervisa el libre funcionamiento de los agentes privados en el mercado.

Asimismo, los contratos de concesión constituyen parte o casi todo el marco regulatorio al que el inversionista se adhiere, bajo la garantía que ello será inmodificable durante la duración del contrato, reduciendo la discrecionalidad de la actuación estatal.

Sin embargo, la arbitrabilidad de las controversias alcanzan a los elementos recogidos en el contrato; es decir, solo se someterá a arbitraje aquello que el contrato habilite, teniendo en consideración las potestades de *ius imperium* que mantiene la Administración.

Dicho límite corresponde a limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, ya que implican la restricción a la autonomía de la voluntad de las partes a acudir ante un arbitraje. Asimismo, las limitaciones pueden provenir de las impuestas por las partes a los árbitros. Para Silva, “la doctrina precisa como alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo”.

3.2 Materias Arbitrables en la regulación vigente sobre arbitraje

Para ello, se partirá del Decreto Legislativo 1071, el cual establece en el artículo 2 que “las materias arbitrales son aquellas sobre las cuales las partes tengan libre disposición y sea de carácter patrimonial”.

En esa línea, se puede afirmar que ciertas controversias se encuentran impedidas de ser sometidas a arbitraje, como por ejemplo, “las funciones con contenido administrativo o aquellos actos que se caracterizan por ser actos de ius imperium, tales como las tarifas, cuya materia no es arbitrable por no ser de libre disposición entre las partes”. (Cantuarias Salaverry, Simons Pino, & Velez Salinas, pág. 404)

Cabe mencionar que la anterior ley de arbitraje mencionaba las atribuciones de imperio del Estado o de persona o entidades de derecho público como exceptuadas a ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, la actual ley de arbitraje no prescribe de forma taxativa los supuestos.

Por ello, para entender que es lo arbitrable corresponde determinar que los derechos o controversias arbitrable son ‘aquellas que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual’ (Informe Diez Canseco, p. 4). Por lo que, ciertas materias no puede ser consideradas de libre disposición.

En este punto, cabe hacer referencia a qué se entiende por libre disposición, ya que existen cuestiones arbitrables sobre la base de derecho que puede legamente ser sometidos a arbitraje. Dicho concepto se refiere a la arbitrabilidad objetiva. Para efectos del presente trabajo, se menciona dicho concepto bajo la idea de que en el arbitraje, debe existir identidad entre las cuestiones que se proponen y las que se pactaron mediante convenio arbitral, haciéndose válida la materia que las partes hayan establecido y suscrito en su contrato.

En ese sentido, la arbitrabilidad objetiva delimita sus criterios en 1) libre disposición y 2) patrimonialidad.

Para Caivano, “en términos generales 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”.

Cabe precisar que, el concepto de disponibilidad está enlazado a lo que dice la ley, determinando cuales derechos son disponibles y cuáles no, atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone. Matheus, 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”.

Por un lado, se tiene a la arbitrabilidad objetiva, en lo que se refiere al derecho material; mientras que, la arbitrabilidad subjetiva, se refiere a los sujetos habilitados para ser partes en el arbitraje. A modo de ejemplo, el Ositran encargado de salvaguardar la infraestructura de servicio puede emitir decisiones sobre los contratos-ley a su cargo. Sin embargo, hace unos años se viene arbitrando decisiones emitidas por los organismos reguladores. Ello se debe a que, el artículo sobre materias susceptibles de arbitraje engloba en su redacción un amplio margen distinto al previsto en la anterior normativa, la Ley General de Arbitraje.

Sobre el criterio de patrimonialidad, se puede señalar que la tendencia en la doctrina, todas aquellas que no sean relativas a las personas, lo que sustentan el concepto de libre disponibilidad. Por ende, las controversias que sean definidas como patrimoniales son arbitrables. En ese sentido, la función reguladora como la que mencionaremos en el siguiente párrafo no engloba los elementos detallados para ser considerada materia arbitrable.

Siendo que, para Guzmán, “la función reguladora implica la determinación de tarifas, en general, a través de topes máximos. La fijación de tarifas permitiría asegurar sus condiciones acorde con el mercado, a través de una tarifa adecuada”. Siendo dicha función entre las más controversiales al momento de acudir ante un arbitraje.

Cabe añadir que, el reglamento de la Ley de App vigente señala que las cláusulas arbitrables incluidas en los contratos de APP se rigen de acuerdo a lo siguiente:

“1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre de disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias (...).”

Con lo cual, podemos apreciar que el reglamento de APP establece la necesidad de contar con una cláusula arbitral de manera obligatoria y a su vez, el reglamento remite a la Ley de Arbitraje su ámbito de aplicación.

En ese sentido, cabe mencionar que la habilitación constitucional para arbitrar se encuentra establecida en el artículo 63 de la Constitución, siendo además, las materias de libre disposición lo referente al artículo 23 sobre aquellas materias que se ejerce la autonomía de voluntad, dado que pueden convenir su contenido. Sin embargo, cuando una de las partes es el Estado, se tiene que considerar un presupuesto distinto, ya que en principio los organismos no tienen libre voluntad de sus decisiones.

3.3 convenios arbitrales en el Arbitraje Regulatorio

Al respecto, el convenio arbitral permite que a través una cláusula contractual se genere un pacto entre las partes, en el cual se delimitan las controversias que serán sometidas a arbitraje. Montero, “lo entiende como la estipulación contractual de las partes por medio de la cual convienen acudir a la decisión arbitral si con ocasión de su contrato o relación jurídica, surge un conflicto. El convenio puede ser per se un contrato específico, o contenerse bien en una cláusula de un contrato, bien en una estipulación de una relación jurídica no contractual”.

Siendo aquellas materias o controversias decididas por la voluntad de las partes y expresadas a su vez, en el pacto o convenio arbitral. Con lo cual, las controversias que surgen en temas regulatorios permiten la actuación de los árbitros, en lugar de los jueces, debido a que cuenta con una preparación especializada para ello. Sin embargo, la falta de la unificación legislativa para la celebración de los contratos –

ley, limita la defensa de ciertas controversias que no son arbitrales, en relación a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071.

Incluso, algunos convenios arbitrales previstos en los contratos de concesión de infraestructura de Transporte de Uso Público, señalan las materias que las partes deciden someter a arbitraje.

Por ejemplo, el Contrato de Concesión de Autopista del Sol: Trujillo - Chiclayo - Piura – Sullana, el cual señala lo siguiente.

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 la 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 por la Ley N° 26917.

De conformidad con el Artículo 62 de la Constitución Política del Perú, se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán por el trato directo y en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

Siendo que, las materias excluidas son los actos administrativos emitidos por el regulador en ejercicio de sus funciones.

Asimismo, el contrato de concesión Red Vial N° 6: Puente. Pucusana, Cerro Azul e Ica, han delimitado que el régimen tarifario no será arbitrable.

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 de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste 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 contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

Del mismo modo, el contrato de concesión Panamericana Sur regula de manera más detallada la excepción de materia arbitrable, la cual corresponde al régimen tarifario.

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 o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo regulado en el Capítulo IX del presente Contrato, referente a los aspectos tarifarios que corresponde decidir al REGULADOR, serán resueltos por trato directo entre las Partes.

No obstante, existen contratos como la concesión Red Vial N° 4: Pativilca - Casma – Trujillo que no regula ninguna excepción de competencias:

TRATO DIRECTO

18.10. 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 de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo no mayor a quince (15) Días. La fecha para computar el inicio del trato directo será aquella en la que cualquiera de las partes manifieste expresamente por escrito a la otra su voluntad de iniciar el trato directo conforme a esta Cláusula.

O el siguiente caso, el contrato de concesión Red Vial N° 5: Ancón - Huacho - Pativilca y Ancón - Pte. Chancay, el cual incluye el régimen tarifario como trato directo

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, régimen tarifario y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o caducidad del Contrato, serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

Pese a que, los convenios arbitrales no establezcan excepciones en las materias que someterán a arbitraje, ello no implica que las partes tengan poder absoluto y libre disposición sobre cualquier controversia, ya que acorde a la ley de arbitraje se debe preveer los dos supuestos en los cuales una materia puede ser considerada arbitrable. En esa línea, se mencionará en el siguiente capítulo resoluciones arbitrales, las cuales han decidido en torno a potestades administrativas.

IV. RESOLUCIONES ARBITRALES QUE CONTRAVIENEN LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

4.1 Potestades administrativas discutidas por Tribunal Arbitrales

En los últimos años, se ha sido discutido sobre la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones adoptadas por los Organismos Reguladores, los cuales forman parte de la administración pública y ejercen función administrativa conforme a ley. Es cierto que, las decisiones de dichas entidades puede ser revisables, pero en el margen de los mecanismos habilitados para ser ejercidos. Sin embargo, lo que viene sucediendo es que en los arbitrajes, se modifican o revocan las decisiones adoptadas por dichos organismos públicos.

En ese contexto, cabe traer a colación que el límite a lo arbitrable es la libre disposición del derecho. Si bien, el arbitraje como medio de solución de controversia puede ser ejercido en virtud a los contratos celebrados con nacionales o extranjeros. No obstante, según Maraví “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”.

En esa línea, se puede afirmar que las actuaciones administrativas en el marco del contrato de concesión no serán arbitrables, salvo aquellas actuaciones del regulador que difieran de ello y que tengan naturaleza contractual.

4.2 Régimen de tarifas

Siendo una de las materias que no puede ser considerada arbitrable lo referente al régimen de tarifas, ya que ello comprende la facultad de fijar un monto que debe ser pagados por los usuarios que utilizan el servicio. Sin embargo, algunos arbitrajes han sido desarrollados en torno a dicha función atribuida al regulado, pese a que los actos administrativos emitidos por estos organismos al momento de establecer o fijar tarifas, son actos administrativos ejercidos en el marco de sus funciones, lo cual no resulta arbitrable por no ser de libre disposición.

En ese punto, cabe precisar que, dicha función no puede ser revisada en arbitraje, ya que el concedente no dispone libremente de las funciones del Regulador atribuidas por ley expresa, más aun considerando que el titular de la concesión, no otorga competencia a los árbitros para pronunciarse en función a los actos administrativos dictados por organismos públicos.

Es cierto que, en el arbitraje pueden ser revisadas dichas decisiones, en el margen que impliquen controversias de naturaleza contractual, sin ser modificadas o revocadas, ya que la vía idónea es la administrativa.

Sin embargo, existen Laudos Arbitrales los cuales han versado sobre cuestionen tarifarias. A modo de ejemplo, mencionaremos el Caso Arbitral N° 1430-062-2008, entre Telefónica S.A.A vs el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones en el cual entre sus pretensiones dejar sin efecto la Resolución de Presidencia N° 020-2008-PD/Osiptel, debido a que según indica el Concesionario se transgredieron artículos del Reglamento General de Osiptel. La cual debió seguirse a través de un contencioso administrativo, ya que el arbitraje no era la vía idónea para desestimar dicha resolución emitida por el regulador del sector a cargo de la concesión.

Cabe precisar que dicha resolución abordaba la fijación de cargos de interconexión tope y según el concesionario, no fueron debidamente discutidos. Motivo por el cual, acudió al arbitraje y el Tribunal Arbitral resolvió declarar que dicho procedimiento no vulneraba las normas previstas en los contratos de concesión, para ello si evaluó la legalidad de dicha resolución, lo cual no era competencia de dicho órgano colegiado.

De igual manera, se presentó en el caso Arbitral N° 537-124-2001, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A vs Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones sobre la nulidad total de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL, en el cual entre una de sus pretensiones, el concesionario planteó que se declare la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2001-CD/OSIPTEL, por infringir las cálculos del Factor de Productividad, por distorsionar de modo irracional y desproporcionado el cálculo aplicable a los servicios de Categoría I. No obstante, la potestad reguladora excede los límites de competencia del regulador. Sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió declarar fundada

parcialmente dicha pretensión y en consecuencia declarar la nulidad de la resolución precitada.

Con ello, se evidencia que en nuestro país, existen tribunales arbitrales que vienen discutiendo potestades administrativas, excediéndose de los límites en los cuales tienen competencia. Sin tener sustento legal para evaluar y resolver sobre dichas controversias, ya que ello vulnera las funciones atribuidas por ley a los organismos reguladores. Los cuales no pueden seguir siendo revisadas por el impacto legal que generan a la regulación vigente, así como el impacto económico y social a los usuarios de los servicios públicos brindados por medio de concesión.



V. CONCLUSIONES

En los últimos años, Tribunales Arbitrales han decidido admitir y resolver demandas arbitrales, excediéndose incluso de sus competencias, ya que los organismos competentes que cuentan con las potestades administrativas son los organismos regulados de conformidad a la Ley N° 27332. Siendo ello, los cuales tienen a su cargo facultades como la regulación de tarifas, supervisar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por el concesionario y fiscalizar el cumplimiento de las normas emitidas por dichos reguladores, entre otros.

Cabe añadir que, dichos organismos reguladores emiten decisiones en el ámbito de su competencia, siendo esos actos revestidos de *ius imperium*. Los cuales no pueden ser revisados en arbitraje, debido a que transgreden las materias que pueden ser arbitrables. Incluso, algunos convenios arbitrales establecidos en los contratos de concesión de infraestructura no definen las excepciones sobre las cuales se pueda o no arbitrar, pero ello no enerva una facultad ilimitada de los árbitros de revisar todo tipo de controversia, ya que las materias otorgadas por ley a dichos reguladores son propias de dichos organismos y no tiene la libre disponibilidad de las partes para decidir en torno a las mismas.

Por ello, el presente informe ha mostrado lo establecido en los contratos de concesión, en lo referido a la cláusula de solución de controversias, haciendo énfasis en las materias arbitrables que las partes han considerado arbitrar y por otro, mostrar Laudos Arbitrales que han sido resueltos en torno a pretensiones que enervan la discusión sobre potestades administrativas, pese a que ello no puede ser arbitrable, en tanto transgrede el límite de sus facultades.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Benavente, Patricia; Escaffi, José; Segura, Alonso y José Távora (2017). “Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y riesgos” Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Bullard, A. (2006). Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. En Revista Peruana de Arbitraje. Número 2. Lima. Grijley. p 179.
- Bobbio, N. (1989). Estado, gobierno y sociedad. México: Fondo de Cultura Económica.
- Casagne Juan Carlos (2014) "Los nuevos entes regulatorios". Revista de Derecho Administrativo N° 14, pg. 489 y ss.
- Castillo, Mario, Ricardo VÁSQUEZ y Rita Sabroso. “Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?”. Revista de Actualidad Jurídica. Lima, 2008, número 177, pp. 35.
- Cantuarias Salaverry, F., Simons Pino, A., y Vélez Salinas, R. (2011). Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio. *Advocatus*, (25), 403-411. Recuperado de <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/403>
- Cantuarias Salaverry, F., Simons Pino, A., y Vélez Salinas, R. (2011). Despejando dudas sobre el Arbitraje Regulatorio. *Advocatus*, (25), 403-411. Recuperado de <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/403>

- Caivano, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En: Revista Peruana de Arbitraje. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.o 2, p. 118-119.
- Contrato de Concesión Red Vial N° 6: Puente Pucusana – Cerro Azul e Ica
Concesionario Vial del Perú – COVIPERÚ y Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de fecha 20 de setiembre del 2005.
- Contrato de Concesión Red Vial N° 4: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry
Sociedad Concesionaria Autopista de Norte S.A.C y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de fecha 18 de febrero del 2009.
- Contrato de Concesión Red Vial N° 5: Ancón – Huacho – Pativilca
Concesionaria Norvial S.A y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de fecha 15 de enero del 2003.
- Contrato de Concesión Panamericana Sur: Ica – Frontera con Chile
Concesionaria Peruana de Vías – COVINCA S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de fecha 30 de enero del 2013.
- Contrato de Concesión Autopista del Sol – Tramo Vial: Trujillo – Sullana
Concesionaria Vial del Sol S.A – COVISOL y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, de fecha 25 de agosto del 2009.
- De la Puente y Lavalle Manuel (1993) El contrato en General – Comentarios a la Sección Primera del libro VII del Código Civil, vol XI, Pontificia Universidad Católica del Perú, p 361.
- Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón. (2006) “Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional.” Palestra Editores: Lima

- Gaspar Lera, Silvia. “El ámbito de aplicación del arbitraje”. Aranzadi editorial, Pamplona, 1998, págs.
- García Castillo, T. (2008). Figuras Legales alrededor del Contrato de Estado Internacional . *El contrato de Estado Internacional* . México: Universidad Nacional Autónoma de México. p 270.
- Guzmán Napurí, Christian. «Los entes reguladores en la Constitución». En *Re- vista Peruana de Derecho Público Administrativo y Constitucional*. Lima: Grijley, enero-junio de 2003, n.o 4, pp. 41 y 42.
- Informe sobre “Sometimiento a arbitraje del diferendo entre la SUNAT y EDELNOR y LUZ DEL SUR sobre las acotaciones por S/. 41’000,000.00 y S/. 28’000,000.00, respectivamente, por Impuesto a la Renta del ejercicio gravable de 1999 y otros, de Javier Diez Canseco y otros de 18 de octubre de 2001, dentro del marco de la Comisión Investigadora de Delitos Económicos y Financieros 1990-2001.
- Linhares, A.A. (2011). Idioma, Sede e Lei Material Extranjeros no Arbitragem com a Administração Pública. En: *Revista Brasileira de Arbitragem*. Brasil. Comité Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. p 81.
- 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
- Montero Aroca, J.; Ortells Ramos, M.; Gómez Colomer, J. L. “Derecho jurisdiccional”, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, pág.
- Neil de la Fuente, Cecilia (2008) “De las privatizaciones a las asociaciones público privadas.” Lima: Ius Et Veritas, Tomo No 37. 2008
- Ramos Méndez, Francisco. “Enjuiciamiento Civil”. Vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pág. 1118.

- Resolución Arbitral Caso N° 1430-062-2008
Telefónica del Perú S.A.A en contra de Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de fecha 20 de octubre del 2010.
- Resolución Arbitral Caso N° 537-124-2004
Telefónica del Perú S.A.A en contra de Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de fecha 05 de mayo del 2004.
- Santofimio Gamboa, Jaime (2010) “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los Intereses Públicos”. Universidad Carlos III., Madrid
- Silva Romero, Eduardo. «Introducción». En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. xxii.
- Zegarra Valdivia, Diego (2005) “Concesión administrativa e iniciativa privada.” En: Themis N° 39. Lima 2012 “Del servicio público a los servicios de interés genera: La evolución del service public.” En: CDA N° 12. Lima, 2012, pág. 14- 18.