

Buenas Prácticas en Asociaciones Público-Privadas: cláusulas de solución de controversias en contratos de APP en Perú

Análisis jurídico y estadístico al año 2024



Lucy Henderson Palacios
David Cohen Santa Cruz
Diego Alarcón Ospina
Carolina Jaramillo Ramirez

Buenas Prácticas en Asociaciones Público-Privadas: cláusulas de solución de controversias en contratos de APP en Perú

Análisis jurídico y estadístico al año 2024

Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN
Julio 2025



La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN) no se responsabiliza por los comentarios y/o afirmaciones que el presente documento contenga. El documento tiene como tenor el ámbito informativo-académico y no de crítica. El íntegro del documento, incluyendo opiniones y estimaciones, ha sido elaborado por los autores, por lo que está sujeto a modificación sin previo aviso y no implica, necesariamente, una posición institucional de PROINVERSIÓN. La investigación desarrollada se basa en información pública disponible, por lo que no puede ser empleada como medio probatorio en la resolución de ningún tipo de controversia. Esperamos que el lector encuentre el presente documento como un referente para comprender más sobre las buenas prácticas en las Asociaciones Público-Privadas (APP) en relación con las cláusulas de solución de controversias en contratos de APP celebrados en Perú, al año 2024.

Buenas Prácticas en Asociaciones Público-Privadas: cláusulas de solución de controversias en contratos de APP en Perú Análisis jurídico y estadístico al año 2024

Autores:

Lucy Henderson Palacios
David Cohen Santa Cruz
Diego Alarcón Ospina
Carolina Jaramillo Ramirez

Edición, diagramación y diseño por:

Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN)
Av. Canaval Moreyra N.º 150 Piso 9 - San Isidro
Teléf. (511) 200-1200
contact@proinversion.gob.pe
Lima, Perú

Director ejecutivo:

Luis Natal del Carpio Castro

Primera edición digital, julio 2025

Publicación digital disponible en: <https://www.investinperu.pe/es/pi/publicaciones-digitales>

Está permitida la reproducción total o parcial de este documento por cualquier medio, siempre y cuando se cita la fuente y los autores.

Citar el documento como: Henderson, L., Cohen, D., Alarcón, D. y Jaramillo, C. (2025). Buenas Prácticas en Asociaciones Público-Privadas: cláusulas de solución de controversias en contratos de APP en Perú. Análisis jurídico y estadístico al año 2024. PROINVERSIÓN.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2025-06810
ISBN: 978-612-49956-4-4



ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	6
II. ANÁLISIS JURÍDICO	8
2.1 Los mecanismos de solución de controversias durante la ejecución contractual en el Régimen General de los Contratos Administrativos – Evolución del marco normativo	8
2.2 El arbitraje en los contratos administrativos	13
2.3 Las cláusulas de solución de controversias en las APP	18
2.4 Regulaciones específicas por cada mecanismo	26
2.5 Aspectos mínimos de la cláusula en los contratos	32
2.6 Legislación comparada	36
III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO	40
3.1 Explicación del estudio estadístico	40
3.2 Resultados del estudio estadístico: trato directo	42
3.3 Resultados del estudio estadístico: centros de arbitraje	53
3.4 Resultados del estudio estadístico: umbral para que la controversia se resuelva en arbitraje internacional	59
IV. CASOS DE APLICACIÓN	64
4.1 Contrato de Gerencia “Gestión del Instituto Nacional de Salud del Niño – San Borja”	64
4.2 Contrato de Concesión “Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada”	68
V. CONCLUSIONES	72
VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

I. INTRODUCCIÓN



Las Asociaciones Público-Privadas (APP) vienen demostrando ser un mecanismo efectivo para el desarrollo de proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos en diversos países. La colaboración involucrada en estas, entre el Estado e inversionistas privados, ha permitido encontrar soluciones a largo plazo para afrontar los desafíos económicos y sociales de las ciudades modernas. Sin embargo, su implementación ha conllevado a la aparición de cuestiones relacionadas con determinados aspectos de la ejecución de los contratos que las sostienen. Uno de estos, quizás de los más recurrentes en la práctica, es la solución de controversias.

Las cláusulas contractuales de solución de controversias abordan distintos tipos de escenarios en los que puede surgir un conflicto o controversia durante el desarrollo de un proyecto de APP. Son una de las regulaciones clásicas en todo tipo de contrato cuyo principal objetivo es proteger los intereses involucrados en una relación jurídico contractual. En este sentido, desde su inserción en el régimen de las APP, han cumplido un rol esencial en la ejecución de cada proyecto. Plantean así, una serie de cuestiones fundamentales en cuanto a la equidad, seguridad jurídica, protección de las inversiones privadas y eficiencia en la gestión de riesgos.

El presente documento tiene como objetivo entregar un análisis jurídico y estadístico de dichas cláusulas utilizando los contratos de proyectos APP adjudicados por PROINVERSIÓN entre los años 2002 y 2024. A través de esta investigación se pretende aportar una fuente confiable respecto de los datos disponibles de dichas cláusulas, cuyo uso coadyuve a una continua revisión que permita obtener contratos de APP cada vez más eficientes.

A large image of a building facade with the PRO INVERSIÓN logo. The logo is prominently displayed on a light-colored, angular building facade. The words "PRO" and "INVERSIÓN" are in a bold, sans-serif font, with a red parallelogram icon above the "I" in "INVERSIÓN". The building has a modern, geometric design with sharp angles and a blue sky in the background.

II. ANÁLISIS JURÍDICO

Las cláusulas de solución de controversias son un tema importante de estudio, su inclusión en los contratos de APP responde a la necesidad de contar con mecanismos idóneos para solucionar las controversias que surjan entre el Estado y los privados durante la ejecución de los mismos.

Su inclusión y aplicación no genera, per se, cuestionamientos. Sin embargo, a lo largo del tiempo la experiencia en los proyectos de APP ha demostrado que existen determinados aspectos en el diseño y aplicación de estas cláusulas que deben continuar a futuro y otros que pueden ser mejorados. Por lo que, con el fin de aportar al conocimiento sobre aquello, se presenta el siguiente fundamento jurídico.

2.1 Los mecanismos de solución de controversias durante la ejecución contractual en el Régimen General de los Contratos Administrativos – Evolución del marco normativo

En el marco normativo general¹ de los contratos administrativos en Perú los mecanismos de solución de controversias han ido adquiriendo formas distintas a lo largo del tiempo. En el marco de las contrataciones del Estado existen dos etapas, una precontractual vinculada al proceso de selección y una contractual vinculada a la ejecución de obligaciones, respecto de ambas existen mecanismos de solución de controversias. No obstante, el presente trabajo se enfocará únicamente en la etapa de la ejecución de los contratos administrativos.

Los casos previos a la consolidación del marco normativo de los contratos administrativos, es decir, anteriores a la Ley N.º 26850 (la primera “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”), están compuestos por fórmulas distintas al modelo actual como la utilización de tribunales administrativos para resolver controversias durante la ejecución del contrato.

¹ Entiéndase también como el marco normativo general de contratación pública o contratación estatal del ordenamiento jurídico peruano.

Por ejemplo, en el derogado Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Rulcop), aprobado por el Decreto Supremo N.º 034-80-VC, existió un organismo denominado “Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Consulcop)”. Respecto de este se mencionaba lo siguiente en dicho reglamento:

El Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, es el organismo encargado de supervigilar y hacer cumplir el presente Reglamento.

[..]

Son funciones y atribuciones del Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, las siguientes:

a) Resolver en última instancia administrativa las discrepancias que en relación a obras públicas, se produzcan entre las Entidades Licitantes o Contratantes y los postores o los Contratistas. [...] (1980, artículos 2.1.1 y 2.1.2).

Esta regulación establece una competencia amplia del Consulcop al referirse a cualquier “discrepancia” en el desarrollo de obras públicas. Es decir, el Consulcop podía resolver en sede administrativa tanto controversias durante la fase precontractual, como aquellas que se suscitasen en la ejecución del contrato, sin perjuicio de que las partes igual podían acudir al Poder Judicial en caso de disconformidad (Danós, 2006, p. 11). Por lo que, en la práctica, toda controversia entre las partes tendría que verse resuelta por una entidad de la Administración pública.

Sin embargo, un aspecto esencial no se definía: ¿Podían incluirse mecanismos específicos en los contratos? Ni el Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios - RUA², norma posterior aprobada por Decreto Supremo N.º 065-85-PCM, ni el Rulcop respondían esta pregunta. Ninguna de estas normas incluyó una regulación detallada sobre los mecanismos de solución de controversias disponibles para su consideración en los distintos contratos del Estado, por lo que no existían mecanismos definidos en el ordenamiento jurídico más allá de la participación de tribunales administrativos.

² Sin embargo, el RUA sí consideraba una regulación específica en relación con el contenido mínimo de los contratos. Dentro de dicha regulación se mencionaba la “información sobre partes no negociables del contrato, arbitraje, jurisdicción, garantías y otros” (1985, artículo 5.1.3).

Con la publicación de la Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en julio de 1997, dicho escenario cambió. Por primera vez en el Régimen General de Contratación con el Estado se incorporaba al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. No obstante, también se consideró a la conciliación como otro de estos mecanismos. Adicionalmente, esta ley también fue la primera norma del ordenamiento jurídico peruano en consolidar toda la normativa previa en materia del régimen general de contratos administrativos. La ley señalaba lo siguiente:

Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

[...]

b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.

[...]

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente [...] (1997, artículos 41 y 53).

Mientras que en el reglamento de la misma ley se señalaba lo siguiente:

Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar el inicio del procedimiento de conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53 de la Ley, [...] pudiendo optar por:

1) Recurrir a un centro de conciliación, caso en el que la conciliación se desarrollará bajo los alcances de la legislación de la materia.

2) Recurrir al Consucode³, el mismo que organizará y administrará el procedimiento de conciliación, de acuerdo con el Reglamento que apruebe para tal efecto. [...] (1997, Artículo 272).

³ O también Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, entidad introducida por la Ley N.º 26850 que pasó a denominarse Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado OSCE, y con la última Ley de Contrataciones a OECE.

Se puede identificar que en el marco de esta ley las partes contractuales que deseaban resolver una controversia durante la ejecución del contrato administrativo podían acudir a un procedimiento de conciliación extrajudicial, el cual podía darse en un centro de conciliación o a través del Consucode, o acudir directamente a un arbitraje. No obstante, si la conciliación no obtenía resultados positivos para la solución del conflicto, ambas partes estaban obligadas a someterse a un arbitraje, por lo que se puede afirmar que el arbitraje resultaba obligatorio en cualquier escenario en el que persistiera una controversia durante la ejecución del contrato. Así, el arbitraje pasó a tener un rol central en la solución de controversias en los contratos administrativos.

Posteriormente, la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225⁴, publicada en 2014, incluyó un mecanismo adicional a los ya considerados previamente, denominado Junta de Resolución de Disputas y respecto a él establecía lo siguiente:

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

[...]

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo con el valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

[...]

En los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. [...] (2014, artículo 45).

Este nuevo mecanismo, a diferencia de la conciliación, permite establecer decisiones vinculantes respecto de las controversias generadas entre las partes. No obstante, sus decisiones son materia arbitrable de acuerdo con lo regulado por el Reglamento de la Ley N.º 30225. Este mecanismo forma parte del género de las dispute boards, concepto relativamente nuevo en Perú y que comentaremos más adelante.

⁴ Ley que derogó la Ley N.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

A la fecha, la Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, publicada en 2024, ha incluido nuevas modificaciones al esquema planteado por la ley anterior:

Las controversias surgidas durante la ejecución contractual se resuelven mediante:

- a) La junta de prevención y resolución de disputas.
- b) Conciliación.
- c) Arbitraje.
- d) Otros que se prevean en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y su reglamento.

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado. Se mantiene obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

No pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas, conciliación o arbitraje, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. Estos supuestos son de competencia del Poder Judicial.

Las controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad sí pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas o a arbitraje.

El inicio del procedimiento de solución de controversias no suspende o paraliza las obligaciones contractuales de las partes, salvo que la entidad contratante o el órgano jurisdiccional competente disponga lo contrario, de acuerdo con el plazo y condiciones establecidos en el reglamento. (2024, artículo 76).

En cuanto a la regulación de estos mecanismos, la vigente norma presenta una serie de disposiciones resaltantes. Por ejemplo, la conciliación ahora no puede tener como materia a la validez, nulidad o interpretación del contrato administrativo, reservando este ámbito estrictamente al arbitraje, salvo se trate de contratos menores, según lo definido en la norma de acuerdo con los artículos 81 y 83 de la ley y artículo 330 del reglamento de la ley.

Asimismo, se puede identificar que el mecanismo de Junta de Prevención y Resolución de Disputas es obligatorio para contratos de obra superiores a S/ 10 000 000,00 y facultativas para los contratos de suministro, siempre y cuando superen el anterior monto de acuerdo con el artículo 346 del reglamento de la ley. De igual manera, se incorpora una función de dicha junta denominado “prevención de desacuerdos”, a través de la cual la junta puede identificar potenciales desacuerdos en reuniones, visitas al sitio de obra, o en cualquier momento, y al respecto, asistir a las partes y emitir recomendaciones no vinculantes con el objetivo de evitar desacuerdos, tal como lo dispone el artículo 351 del reglamento de la ley.

Por otro lado, se reconoce que dentro de los posibles mecanismos de solución de controversias que la ley permite a los contratos administrativos, también se encontrarán aquellos que se establezcan en los contratos de ingeniería como Fidic o NEC (como por ejemplo, las *Dispute Adjudication Boards* o DAB).

2.2 El arbitraje en los contratos administrativos

Antes de analizar el escenario de las asociaciones público-privadas, es importante analizar la naturaleza del arbitraje en el género de los contratos administrativos. A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la existencia de cláusulas arbitrales en los contratos administrativos no corresponde a un acuerdo por mutua voluntad de las partes. El marco normativo respecto del cual actúa la Administración pública, en aplicación del principio de legalidad, es el que permite la existencia de este tipo de cláusulas en los contratos administrativos.

Lo anterior puede sonar contradictorio en relación a la naturaleza propia del arbitraje, sin embargo, se precisa que puede ser estudiado desde distintas perspectivas. Santistevan comenta que, en la doctrina de las condiciones generales de contratación es posible asumir que el Estado, regido por su norma de contrataciones, solo extiende una oferta contractual a la cual se adhiere el privado que decida suscribir el contrato. O, por otro lado, que el Estado brinda un adelanto de propuesta de sometimiento al arbitraje a través de la ley, en un régimen determinado, y que todo aquel que quiera suscribir un contrato en dicho régimen debe someterse también a lo regulado en materia de solución de controversias. (2011, pp. 47-48).

Dichas reflexiones se insertan en una perspectiva que busca mantener el concepto original del arbitraje, no obstante, se considera que puede ser igualmente problemático referir a una “voluntad” de la Administración pública. Por dicho motivo es que nos inclinamos por lo ya mencionado, que este tipo de arbitraje surge en aplicación del principio de legalidad y del ius imperium del Estado, como característica propia de los contratos administrativos, aunque ciertamente sí requiera la voluntad del privado de someterse a las condiciones propuestas legalmente por la Administración pública en sus contratos.

Esta figura, que en la práctica implica el cruce de instituciones tanto del derecho privado como del derecho público, es denominado arbitraje del Estado o arbitraje administrativo, y tiene ciertas peculiaridades que lo distinguen del arbitraje privado. En este sentido, se puede mencionar lo siguiente:

[...] implica la creación de una nueva forma de relacionarse entre el Estado (entiéndase, la Administración Pública) y los ciudadanos, por la que ambos se someten a una autoridad privada y elegida por ellos para la solución de sus controversias, pero esta deberá tener en cuenta, para efecto de resolver y regular las relaciones entre ellas, las normas propias de la contratación estatal, por lo que podemos afirmar que estamos frente a un arbitraje que tiene una naturaleza sui generis [sic] o particular (Arrarte y Paniagua, 2007, p. 183).

Como mencionamos, el arbitraje comenzó a poseer un rol central en la solución de controversias en la contratación administrativa, aunque no de manera injustificada, sino por una serie de ventajas. La única entidad que finiquitaba las controversias en última instancia, antes de la instauración del arbitraje, era el Poder Judicial, el cual hasta el día de hoy conserva ciertas características negativas y de falta de modernización, no obstante los encomiables esfuerzos que se advierten para cambiar dicha imagen.

Por esta razón, y en vista de que los privados se mostraban renuentes a someterse a un contrato administrativo cuya ejecución pudiera depender de las decisiones del Poder Judicial, el Estado decidió someter las controversias de sus contratos a la jurisdicción arbitral. En otras palabras, dado que el desarrollo económico resultaba urgente, el Estado aceptó sus falencias y optó por el arbitraje como una manera inmediata de contar con un mecanismo de solución de controversias confiable (Arrarte y Paniagua, 2007, p. 182).

Al respecto, Morón y Aguilera consideran lo siguiente:

[...] el Estado y las demás personas de derecho público han sometido las controversias derivadas de las relaciones contractuales a la jurisdicción arbitral nacional o internacional desde la década de 1990. La decisión fue fundada en múltiples motivos, desde la celeridad frente a la lentitud judicial, hasta la independencia y tecnicismo de los árbitros especializados frente a la burocratización y desconocimiento judicial sobre estos temas. A ello se sumó el interés de dar una garantía mayor al contratista del Estado, en el sentido de que sus pretensiones serían analizadas por instancias técnicas, especializadas y con mayor celeridad. (2017, p. 179).

En suma, los beneficios de la inserción del arbitraje en la contratación administrativa pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- 1) Permite que las controversias surgidas en la ejecución de los contratos sean evaluadas por terceros independientes a la relación jurídica que origina la controversia.
- 2) Implica someterse a procesos más céleres, en comparación con los procesos judiciales.
- 3) Es resuelto por árbitros especializados con los conocimientos técnicos y legales, así como con idoneidad ética, pertinentes para el tipo de controversia que se esté tratando.
- 4) Incorpora la figura de los centros de arbitraje, que son instituciones que se encargan de la administración y seguimiento de los casos. No obstante los cambios efectuados durante el tiempo de existencia de estos centros y la proliferación de los mismos, existe un número importante de ellos de bien ganado prestigio, lo que implica también una garantía para las partes.

Por lo tanto, se puede afirmar que el arbitraje es la vía idónea para la solución de conflictos entre el Estado y los privados en el marco de un contrato administrativo. Ahora bien, una pregunta de relevancia que debemos plantearnos antes de continuar es, ¿cuál es el sustento jurídico de que el Estado pueda permitir que un tercero privado dirima sus controversias contractuales?

Para responder lo anterior resulta útil hacer referencia al concepto de jurisdicción. El arbitraje es considerado como jurisdicción en el Perú desde décadas atrás. La Constitución de 1979 fue el primer texto de su naturaleza en referir a la jurisdicción arbitral, algo que la Constitución de 1993 aún mantiene.

Tabla 1: Jurisdicción arbitral

Constitución de 1979	Constitución de 1993
Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia: 1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación [...] (el resaltado es nuestro).	Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. [...] (el resaltado es nuestro).

Como se advierte, se dota al arbitraje de jurisdicción, pudiendo dirimir conflictos entre dos o más partes respecto de su esfera de derechos y obligaciones. No obstante, esto también implica lo siguiente:

La “soberanía” para la impartición [sic] de Justicia, en el caso del arbitraje, está presente de una manera derivada. El poder soberano de juzgar tiene una génesis distinta en sede arbitral.

Es el mismo poder, pero los factores que lo activan y los medios que se ponen en funcionamiento, son jurídicamente diferentes. Y dentro del conjunto de factores en mención, el convenio arbitral cumple un rol fundamental, así como las disciplinas jurídicas que sirven de sustento para hacer posible un arbitraje. [...]

A diferencia de la jurisdicción estatal, en el arbitraje no hay autoridad investida y el ejercicio del poder es derivado y no directo, pues está basado en las estipulaciones contenidas en un convenio arbitral vinculante para las partes o en lo dispuesto en una ley o un tratado internacional. (Kundmüller 2011, p. 59).

Es decir, el arbitraje, en la medida que ostenta jurisdicción, cumple con el mismo poder de impartir justicia que el Poder Judicial. Sin embargo, mantiene una serie de diferencias notorias en cuanto a su activación y funcionamiento. Con todo esto, ¿era posible la participación del Estado en un arbitraje?

Al respecto, la Constitución de 1979 contaba con una disposición que señalaba al arbitraje como posible vía de solución de conflictos en determinado tipo de contratos administrativos, y que se mantiene hasta la Constitución de 1993.

Tabla 2: Solución de controversias

Constitución de 1979	Constitución de 1993
Artículo 136.- [...] El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o <u>arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.</u>	Artículo 63.- [...] El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos <u>en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.</u>

Por lo tanto, en el marco de la Constitución de 1979 ya era posible que el Estado sometiera las controversias de determinados contratos administrativos a la jurisdicción arbitral, siempre y cuando estos hayan sido suscritos con extranjeros y el arbitraje en torno a ellos se constituyese en base a un tratado internacional. Actualmente el ámbito de aplicación del arbitraje se ha ampliado, dado que, desde la Constitución de 1993, el arbitraje administrativo es posible, y actualmente mandatorio, como se verá más adelante, también respecto de cualquier relación contractual del Estado y ya no solo en torno a un tratado internacional, sino también considerando lo que la ley disponga.

La vigente ley que regula al arbitraje en el ordenamiento jurídico peruano es el Decreto Legislativo N.º 1071, que establece lo siguiente:

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país. (2008, artículo 4).

Es decir, la Ley de Arbitraje estipula que el Estado puede someter a arbitraje nacional o internacional las controversias que se susciten en el marco de un contrato con personas nacionales o extranjeras. Estas regulaciones implicaron un cambio de paradigma en la contratación pública, dado que el mismo Estado se distanciaba del Poder Judicial y otras formas estatales de solución de controversias, para otorgar la facultad de solución de sus controversias contractuales a un tercero privado.

Es de hacer notar que si bien la fórmula que usa el Decreto Legislativo N.º 1071 está expresada en sentido potestativo, en la aplicación normativa específica, es decir, la Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas y el Decreto Legislativo N.º 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos, la utilización de los mecanismos alternativos de solución de controversias es obligatoria.

2.3 Las cláusulas de solución de controversias en las APP

Las normas sobre concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos se encuentran estrechamente vinculadas a las reformas políticas y económicas que se tuvieron en el país en los años noventa. Durante aquella época, como parte de la redefinición del rol del Estado, se insertaron nuevas libertades en el ordenamiento jurídico y, además, se promovió la inversión privada a través de mecanismos que permitieran a los inversionistas confiar en la contratación con el Estado. Uno de los elementos más resaltables del ordenamiento en dicha materia fue la instauración del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Aún en el marco de la Constitución de 1979 se emitieron una serie de decretos legislativos que buscaban promover la inversión privada en el país. Uno de estos fue el Decreto Legislativo N.º 758, Decreto Legislativo para la promoción de las inversiones privadas en infraestructura de servicios públicos, publicado en 1991, cuyo texto consideraba lo siguiente:

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Decreto Legislativo a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136º de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato Ley al que se refiere el párrafo anterior. (artículo 5).



Posteriormente, en el Decreto Supremo N.º 059-96-PCM, TULO de Concesiones, (que consolidó las normas previas: Decretos Legislativos N.º 758 y N.º 839) se incluyó el siguiente artículo:

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior. (1996, artículo 17).

Al respecto, se debe acotar que la disposición del TULO de Concesiones modifica parcialmente la disposición original obtenida del Decreto Legislativo N.º 758 al especificar un artículo de la nueva Constitución, la vigente Constitución de 1993. Hasta ese momento no se contaba con otros mecanismos de solución de controversias en este ámbito⁵ regulados por el ordenamiento, sin embargo, aquello cambió con la introducción del régimen legal de las Asociaciones Público-Privadas (APP).

Con la publicación del Decreto Legislativo N.º 1012, Decreto Legislativo que aprobó la Ley Marco de APP en mayo de 2008, se introdujeron las APP al país, y en cuanto a la regulación de la solución de controversias, se incorporó, una fórmula imperativa respecto del arbitraje:

Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual. (Artículo 9.6, 2008).

Actualmente, dicha regulación se ha mantenido, lo que se evidencia en el siguiente extracto del Decreto Legislativo N.º 1362:

Los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. (2018, artículo 56).
[...]

⁵ Sin embargo, en la práctica, los contratos de concesión diseñados por PROINVERSIÓN incluyeron una etapa de negociación previa al arbitraje y un perito para la solución de controversias técnicas

Por lo tanto, todo contrato de APP debe incluir una cláusula arbitral en su diseño, no siendo posible establecer una jurisdicción distinta para la solución de las controversias suscitadas durante la ejecución. Desde luego, esto implica una evolución respecto del Decreto Supremo N.º 059-96-PCM, en el que la inclusión del arbitraje era potestativa, evidenciando así que el Estado priorizaba los beneficios que podría generar el arbitraje en las relaciones contractuales establecidas con los privados.

Por otro lado, con el Decreto Legislativo N.º 1012 también se adicionaron dos mecanismos de solución de controversias⁶ al régimen de los contratos administrativos en materia de servicios públicos e infraestructura para la etapa previa al arbitraje: el amigable componedor y la Junta de Resolución de Disputas (siendo este último un mecanismo ya utilizado en el régimen general de los contratos administrativos).

Ambos aún se mantienen de acuerdo a lo que señala el Decreto Legislativo N.º 1362:

Los contratos de Asociación Público Privada pueden incluir una cláusula que permita la intervención, dentro de la etapa de trato directo, de un tercero neutral denominado Amigable Componedor. [...]

Asimismo, las partes pueden someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, conforme a lo dispuesto en el respectivo contrato, siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita la facultad de recurrir al arbitraje. [...] (2018, artículo 56).

La etapa previa en la que se enmarcan ambos mecanismos fue denominada “trato directo”. En el Decreto Legislativo N.º 1012 no se regularon aspectos procedimentales de la misma, e incluso permitía la existencia de otra etapa de similar naturaleza y diferente denominación (2014, artículo 37, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1012). Además, su inclusión no resultaba obligatoria en los contratos de APP, dado que el establecimiento de dicha etapa se reguló de manera dispositiva (2014, artículo 9.6, Decreto Legislativo N.º 1012).

A diferencia de aquello, actualmente el Decreto Legislativo N.º 1362 sí cuenta con aspectos procesales regulados para la etapa de trato directo. Esta fue incluida en el desarrollo del principio de enfoque de resultados, como uno de los principios que contiene la norma.

⁶ Originalmente el mecanismo del amigable componedor se consideró únicamente en el reglamento del Decreto Legislativo N.º 1012, aprobado por Decreto Supremo N.º 127-2014-EF. Fue posteriormente que, a través de una modificación implementada por la Ley N.º 30114, se incluyeron al amigable componedor y a la Junta de Resolución de Disputas en el cuerpo normativo del Decreto Legislativo N.º 1012.

3. Enfoque de resultados: Las entidades públicas señaladas en el artículo 2, en el desarrollo de sus funciones, adoptan las acciones que permitan la ejecución de la inversión privada dentro de los respectivos plazos, evitan retrasos derivados de meros formalismos; así como, identifican, informan e implementan acciones orientadas a resolver la problemática que afecta los proyectos desarrollados bajo las modalidades reguladas en el presente Decreto Legislativo. Constituyen reglas para la aplicación de este principio en la toma de decisiones de las entidades públicas referidas en el artículo 2, las siguientes:

- a. (...)
- c. En el caso de controversias durante la ejecución del proyecto, cuando se cuente con pruebas, evaluaciones o elementos de juicio que permitan determinar que es más conveniente, en términos de costo beneficio, optar por el trato directo, en lugar de acudir al arbitraje, se opta por resolver dichas controversias mediante trato directo. (artículo 4, 2018).

De esta manera, se señala que la etapa de trato directo debe preferirse siempre, en lugar del arbitraje, si es que se puede determinar fehacientemente que consume un menor tiempo y menores recursos económicos. En cuanto a los dos mecanismos que pueden ser activados durante esta etapa exponemos, a continuación, un análisis conceptual de los mismos.

La Junta de Resolución de Disputas es un mecanismo de solución de controversias que adopta la forma de dispute board. Al respecto de estas:

Los *Dispute Boards* son reconocidos a nivel global como una herramienta efectiva y eficiente para la prevención y solución de controversias en los proyectos. Aunque, originalmente el mecanismo fue concebido en la industria de la construcción, su aplicabilidad se extiende a cualquier proyecto de similar naturaleza. *Dispute Board* se define como un panel de típicamente tres miembros de profesionales respetados que son seleccionados por las partes por su conocimiento y experiencia en el tipo de proyecto en el que actuarán. Su rol principal consiste en ayudar a las partes de manera contemporánea y oportuna para evitar conflictos, y si fuera necesario, resolverlos durante la ejecución del proyecto. (Tapia 2023, pp. 83-84).

Por lo tanto, es posible afirmar que su consideración en el marco de distintos contratos administrativos tuvo como objetivo la alineación con las mejores prácticas a nivel internacional en materia de contratación. No debe pasarse por alto que su principal enfoque se encuentra en la prevención de solución de conflictos, y no únicamente en la resolución de los mismos. Es decir, se trata de un mecanismo de solución de controversias que trasciende a su denominación, ya que posibilitará el uso de herramientas que permitan que las controversias no se desplieguen.

La inclusión de las *dispute boards* en el ordenamiento peruano se dio de manera progresiva, ya que de acuerdo a Canorio et al. (2021) se fue implementando de la siguiente manera:

1. Utilización en contratos suscritos con entidades financieras internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial (2010).
2. Regulación en el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (2013).
3. Incorporación de la Junta de Resolución de Disputas en el marco normativo de las APP (2013).
4. Incorporación de la Junta de Resolución de Disputas en el marco normativo de las contrataciones del Estado (2016).

Por lo que, al igual que ocurrió con el arbitraje, este mecanismo fue implementándose progresivamente, desde sectores o casos específicos, en el ordenamiento peruano hasta llegar al marco general de los contratos administrativos.

En cuanto al amigable componedor, Ternera Barrios (2007) lo define como un mecanismo de solución de conflictos “mixto”, en tanto puede entenderse como una especie de combinación del arbitraje (mecanismo heterocompositivo) y conciliación (mecanismo autocompositivo). Tiene elementos de lo primero porque la persona asignada como componedor tiene una participación en la determinación de la decisión cuyo contenido será tomado como transacción por las partes; y de lo segundo, porque la solución adoptada se realiza en representación de las partes y son estas quienes deben aceptarla (pp. 11-15). Evidentemente posee una naturaleza distinta al mecanismo anterior, ya que el enfoque principal del amigable componedor yace en la solución de las controversias, solo que a través de un procedimiento que toma distancia del arbitraje.

Los beneficios que presenta este mecanismo, de acuerdo a Talavera y Olórtégui (2015), son su celeridad en la solución de conflictos entre el Estado y privados, y la eficiencia económica en relación a los fondos públicos ya que se vuelve innecesario acudir a procesos más complejos como el arbitral o judicial para casos que podrían ser resueltos de manera más sencilla, amigable y directa. Respecto del arbitraje, por ejemplo, permite evitar un proceso extenso, el pago de costas y costos y cualquier monto producto de la decisión final expresada en el laudo (pp. 274-275). En este sentido, el amigable componedor es una sólida alternativa al arbitraje como mecanismo para resolver un conflicto, ya que recoge algunos de sus beneficios, pero no algunas de las mayores complicaciones que son, en esencia, la naturaleza de su proceso y su costo económico.

Ahora bien, la existencia de estos mecanismos en el diseño de las cláusulas de solución de controversias en los contratos de APP es calificada por la doctrina como partes de una “cláusula escalonada”, dado los distintos “escalones” que representan antes de alcanzar al arbitraje. Este concepto implica lo siguiente:

Las cláusulas escalonadas (multi-tier clauses en inglés) en el ámbito del arbitraje son cláusulas de resolución de disputas que prevén que las partes deban transcurrir al menos un mecanismo alternativo de resolución de disputas previo al comienzo del arbitraje.

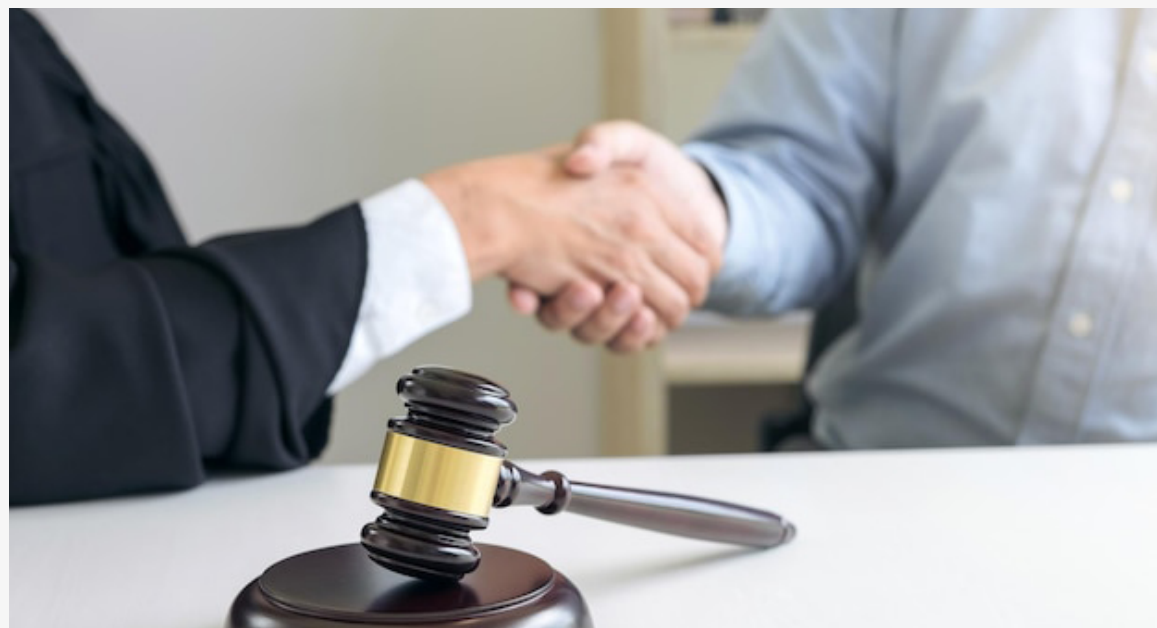
Se trata de cláusulas de solución de conflictos complejas que, con el mecanismo escalonado, buscan que las partes resuelvan de mutuo acuerdo sus desacuerdos antes de arribar a una instancia arbitral, donde la solución es impuesta por un árbitro. El arbitraje constituye la última ratio, luego de que no han tenido éxito los acercamientos de las partes por otras vías.

Este tipo de cláusulas son usuales en arbitraje de inversiones y cada vez más cobran relevancia en arbitraje comercial internacional. Su popularidad viene de la mano del auge de los mecanismos de resolución de conflictos, tales como la mediación, y del esfuerzo de los operadores del derecho e instituciones en emplearlas (Umpiérrez, 2021, p. 3).

En el ámbito actual de las APP el mayor sustento de que las cláusulas de solución de controversias sean del tipo escalonadas es el principio de enfoque de resultados. No obstante, es importante resaltar que existen otros factores que se consideran beneficiosos en la práctica para la inclusión de mecanismos previos al arbitraje (Caivano, 2011, pp. 70-71).

1. La solución ideal a una controversia es un acuerdo. Así se suprime la divergencia entre las partes, armonizando sus intereses y, por tanto, eliminando la controversia desde su origen.
2. No implican una solución impuesta, sino una solución aceptada por las partes.
3. Dado que son mecanismos autocompositivos, no permiten la posibilidad de que haya un perdedor.
4. Preservan mejor la relación entre las partes.
5. Sus costos y duración son bastante menores en comparación con un arbitraje.
6. En estos las partes controlan si es que el resultado les satisface o no, a diferencia del arbitraje.
7. Evitan escaladas en las controversias o conflictos que luego puedan generar situaciones irreversibles.

En este sentido, mecanismos como el trato directo, el amigable componedor y la Junta de Resolución de Disputas, como parte del diseño de una cláusula escalonada, implican una serie de beneficios para preservar la relación contractual. Dado que estos mecanismos actúan como instancias previas, permiten gestionar de manera anticipada las controversias, teniendo como objetivo evitar que se escale a un proceso arbitral. Lo anterior es de relevancia en el marco de los contratos de APP, dado que se encuentra en juego un bien jurídico superior: el interés público. Por lo tanto, la conservación de estos contratos es de relevancia para el Estado, evitando así situaciones que puedan generar controversias no solucionadas a tiempo o deterioros en la relación entre las partes.



Sin embargo, es necesario resaltar que este diseño también implica una serie de problemas. Se advierten dos grandes riesgos:

Not surprisingly, given its level of complexity, the use of a multi-tiered dispute resolution clause can have difficulties. Inexperience or haste in drafting will often result in confusion concerning the meaning, appropriateness and, sometimes, validity of such clauses. Given the layered nature of multi-tiered clauses, the impact of inadequate drafting is increased. Two types of issues generally occur. The first concerns the interpretation of a tier and what is required to complete a tier. This issue arises where, for example, a party ignores the initial tier and files a request for arbitration without having engaged in adjudication and mediation. The second issue is one of enforceability of the tiers, in particular, the degree to which the lower level tier decisions of the DAB and the mediator are enforceable. (Jones, 2009, p. 189).

En este sentido, desde la academia se identifica como potenciales dificultades que en la práctica las partes no interpreten adecuadamente los aspectos procesales de cada mecanismo escalonado; y también que alguna de las partes ignore el orden prelativo de los mecanismos y decida acudir directamente al arbitraje. Por lo que, si bien es cierto existen ventajas brindadas por las cláusulas escalonadas, cada contrato deberá ejecutarse de manera precavida para evitar comportamientos dañinos de las partes en la solución de controversias que puedan afectar el desarrollo de las operaciones de APP.

Finalmente, el marco vigente contiene también disposiciones que aplican de manera general a todos los mecanismos de solución de controversias, entre estas figura la siguiente:

Lo dispuesto en los numerales precedentes, no se aplica a las controversias internacionales de inversión que se sometan al mecanismo internacional de solución de controversias a que se refiere la Ley N.º 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión. (2018, artículo 56).

Es decir, no siempre todas las controversias suscitadas en la ejecución de un contrato de APP podrán resolverse a través de los mecanismos antes descritos. En relación a la Ley N.º 28933, las controversias que no podrán resolverse por los mecanismos dispuestos en la regulación de APP son aquellas que se deriven de acuerdos, entre el Estado e inversionistas, o tratados celebrados entre el Estado peruano y otro Estado, que confieran derechos o garantías a inversionistas y contengan mecanismos internacionales de solución de controversias⁷.

⁷ De acuerdo al Decreto Supremo N.º 125-2008-EF que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 28933: Para efectos de la ley, se entiende por mecanismos internacionales de solución de controversias a aquellos establecidos en virtud de tratados de los que el Perú sea parte, cuyo cumplimiento compromete al Estado peruano en el ámbito del derecho internacional público, que cuenten con por lo menos una de las siguientes características generales:

- a. Sean administrados por organizaciones autónomas internacionales;
- b. Contengan ciertos tipos de reglas de procedimientos para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, incluyendo procedimientos ad hoc;
- c. Los costos del proceso sean asumidos íntegramente por las partes en la disputa;
- d. Los laudos arbitrales que emitan sean de obligatorio cumplimiento para las partes;
- e. La ley aplicable a la impugnación, reconocimiento y/o ejecución de los laudos arbitrales que emitan no sea la de ningún Estado, sino la que el propio mecanismo establezca (2008, artículo 3).

2.4 Regulaciones específicas por cada mecanismo

Por tratarse de mecanismos de solución de controversias en el marco de un contrato administrativo, estos se configuran en relación a regulaciones específicas que deberán, o podrán, implementarse en los contratos de APP. De esta manera, como en el arbitraje administrativo, estos mecanismos se llevan a cabo bajo normas de derecho público y no estrictamente de acuerdo a lo que las partes dispongan. Algunas de las regulaciones más relevantes del Decreto Legislativo N.º 1362 son las siguientes:

El amigable componedor

- Se le define como el tercero neutral que dirime y propone una fórmula de solución a la controversia entre las partes durante la etapa de trato directo. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.2).
- Solo aquellas controversias sobre materias arbitrables o susceptibles de arbitraje podrán someterse al amigable componedor. (Reglamento del Decreto Legislativo, artículo 120.3).
- Un amigable componedor, puede o no, dependiendo de las partes, manifestarse respecto de todas las controversias del trato directo. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 120.1).
- Se determina que los efectos jurídicos de aceptar, parcial o totalmente, la solución a la controversia son los de una transacción⁸. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.2).
- El amigable componedor puede ser designado por las partes o por un centro que administre mecanismos alternativos de solución de controversias. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 121.1).
- Los honorarios del amigable componedor son asumidos por el concedente y concesionario en partes iguales. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 120.4).
- El procedimiento ante el amigable componedor debe considerar una audiencia previa a la emisión del informe final en el cual, el amigable componedor emitirá su propuesta de solución debidamente sustentada. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 122.2).
- El acuerdo a través del cual aceptan la propuesta de solución contenida en el informe final del amigable componedor debe ser publicado en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 124.3).
- Cualquier plazo establecido por el reglamento que venciera hace expresa la terminación de la etapa de trato directo. No obstante, las partes pueden pactar prórrogas. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículos 127.1 y 127.2).

⁸ El Código Civil Peruano señala lo siguiente respecto de la transacción:

Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada. La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción. (artículos 1302 y 1303, 1984).

Junta de Resolución de Disputas

- Se establece que, por regla, este mecanismo de solución de controversias solo puede ser considerado en contratos de APP con un CTI mayor a 80 000 UIT. Excepcionalmente se podrá considerar para proyectos por debajo del umbral. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 130.1).
- Ocurre también durante la etapa de trato directo. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 130.2).
- La decisión emitida por la Junta de Resolución de Disputas es vinculante y ejecutable, salvo pacto en contrario de las partes. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.4 y Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 130.2).
- La resolución del conflicto a través de este mecanismo no impide recurrir al arbitraje. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.4 y Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 130.2).
- En vía arbitral, la decisión de la junta se considera como un antecedente (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 130.2).
- Puede ser conformada desde el inicio de la Etapa de Ejecución Contractual para ejercer las funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 130.4).
- Puede estar conformada por un experto o máximo por tres expertos designados por las partes o por un centro que administre mecanismos alternativos de solución de controversias. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 131).



Arbitraje

- Los contratos de APP siempre incluyen una cláusula arbitral. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.1).
- Solo puede someterse a arbitraje las materias controvertidas de libre disposición de las partes conforme al Decreto Legislativo N.º 1071. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 132.1)
- Los laudos arbitrales deben publicarse en los portales institucionales de cada entidad pública titular de proyecto. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.1).
- La entidad pública titular de proyecto debe garantizar la participación de organismos reguladores en los procesos arbitrales, de ser pertinente. (Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 56.3).
- Las controversias de naturaleza técnica son sometidas a arbitraje de conciencia, mientras que las de naturaleza no técnica a arbitraje de derecho. No obstante, cualquier controversia puede ser sometida a arbitraje de conciencia, de ser pertinente. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 132.1).
- Los miembros del Tribunal Arbitral deben ser, preferentemente, profesionales con una experiencia mínima de cinco años en la materia controvertida o abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o concesiones. (Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, artículo 132.2).

De estas últimas disposiciones relativas al arbitraje, realizaremos un breve análisis de la vinculada con la participación de los organismos reguladores en procesos arbitrales debido a sus implicancias jurídicas. El numeral 3 del artículo 56 del Decreto Legislativo N.º 1362 señala lo siguiente:

La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente. (2018).

Esta disposición, que expresamente habilita la inclusión de los organismos reguladores en procesos arbitrales enmarcados en la ejecución de un proyecto de APP, podría ser jurídicamente ejecutable en razón de otra dispuesta por el Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje, de acuerdo a cierta parte de la doctrina. Así, respecto de la extensión del convenio arbitral, su artículo 14 señala lo siguiente:

El convenio arbitral se extiende a aquellos 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. (2008).

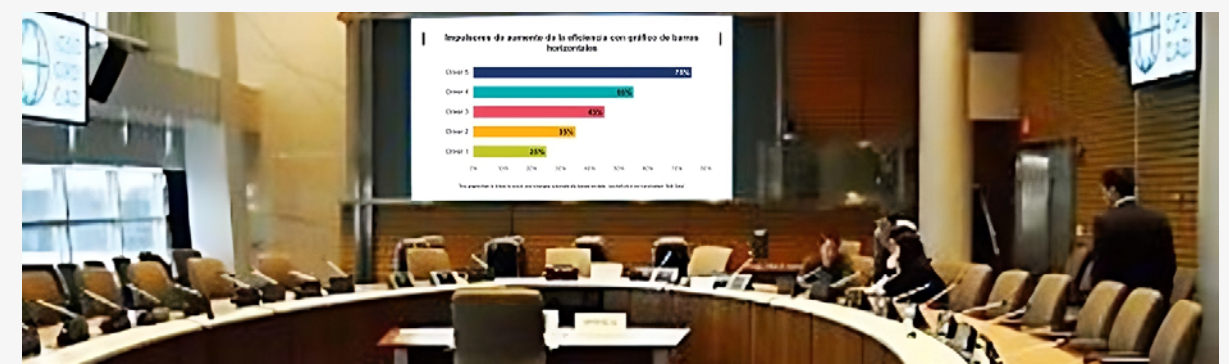
Es decir, el marco normativo permitiría que los convenios arbitrales puedan extenderse a otras personas que no lo suscribieron expresamente si es que se demuestra que estos tuvieron una participación activa y determinante en algún aspecto del contrato. Así lo entiende Martín Tirado, respecto de la participación de los organismos reguladores, quien concluye que si en un arbitraje, originado por un contrato de concesión, se requiere contar con la participación de uno de estos, este solo podría participar como tercero, y no como parte no signataria, dado que su activa intervención en el contrato solo se basa en una habilitación legal vinculada a su rol como supervisor del contrato y no en que este participe efectivamente como una parte contractual. (2012, pp. 173-174).

No obstante, existen otras posturas doctrinarias que mencionan que el artículo 14 no habilita la inclusión de terceros a un proceso arbitral, sino solo de partes no signatarias:

Muchos, equivocadamente, han señalado que el Artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El Artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación del convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito formal de validez), sino por hechos diferentes [...] (Bullard, 2012, p. 23).

Por lo expuesto, podría cuestionarse al artículo 14 del Decreto Legislativo N.º 1071 como la fuente legal que habilita que un organismo regulador pueda participar de un arbitraje en calidad de tercero, sin embargo, más allá de este debate jurídico, un factor que podría otorgar mayor claridad respecto del papel que podría cumplir esta entidad pública en un proceso arbitral es su naturaleza funcional.



Los organismos reguladores poseen una serie de funciones como respuesta al funcionamiento del mercado en un país donde los sectores económicos actúan con libertad. La Ley N.º 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos (2000), estableció que los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones:

- Función supervisora: verificar cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o técnicas.
- Función reguladora: fijar tarifas de los servicios.
- Función normativa: dictar reglamentos y normas.
- Función fiscalizadora y sancionadora: imponer sanciones producto de incumplimiento de obligaciones.
- Función de solución de controversias: conciliar intereses entre entidades o empresas y sus usuarios.
- Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios: recibir y procesar reclamos de usuarios de los servicios.

En este sentido, el rol de los organismos reguladores está orientado al adecuado funcionamiento del mercado. Por lo tanto, cuando el Decreto Legislativo N.º 1362 señala que la participación de estos en un proceso arbitral está dirigida a “coadyuvar al debido patrocinio del Estado”, se está desvirtuando su naturaleza funcional y la manera en la que podría participar según las reglas del arbitraje, ya que no podría actuar como parte. En este sentido, también se expresa Martín Tirado con lo siguiente:

Es importante advertir, que los organismos reguladores son entidades que cautelan a través del conjunto de potestades otorgadas a dichas entidades, el cabal cumplimiento de los contratos de concesión. Debe entenderse que no han sido diseñados para proteger los intereses de los usuarios de los servicios públicos y tampoco para proteger los intereses del Estado. En realidad, su rol no es defender a las partes del contrato, sino al propio contrato de concesión. (2012, p.171).

Ahora bien, independientemente de cómo se sustente jurídicamente su presencia en un proceso arbitral, la participación dentro de este se encuentra limitada por aquellas materias que lo involucren y que son efectivamente arbitrables. Para esto, se debe tener en claro que el artículo 133 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362 establece que ningún mecanismo de solución de controversias en los contratos de APP podrá versar sobre decisiones de organismos reguladores u otras entidades en ejecución de sus competencias administrativas.

En este sentido, debe determinarse qué forma parte de aquellas competencias administrativas. Martín Tirado explica que estas son aquellas que emanan de la ley e implican el *ius imperium* del Estado (2012, pp. 172-173). Dicho concepto es desarrollado por Castillo y Sabroso al mencionar que deben diferenciarse entre los actos de *ius imperium* e *ius gestionis* que pueden realizar los organismos reguladores. Al respecto, explican que los actos de *ius imperium* de un organismo regulador podrían emanar, por ejemplo, de las funciones establecidas por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, volviéndolos de no libre disposición y por ende no arbitrables; mientras que los actos de *ius gestionis* podrían ser aquellos en los que el organismo regulador interactúa contractualmente con los privados, lo que permitiría que puedan ser sometidos por arbitraje (2011, pp. 77-80). Por lo tanto, el organismo regulador solo podría ser incorporado a un proceso arbitral, si es que el sustento de su participación implica un acto de *ius gestionis* realizado por este.

No obstante lo mencionado por dichos autores, en la práctica la distinción entre unos actos y otros puede llegar a ser problemática, ya que en algunos casos los mismos podrían poseer distintas fuentes, pero el mismo contenido (como cuando alguna de las funciones específicas que otorga la ley a un organismo regulador se incluye también como una cláusula dentro del contrato de APP). Por lo que corresponde que en cada caso deba estudiarse a detalle si es que la decisión u acto realizado por el organismo regulador, que se pretende incluir en un proceso arbitral, es efectivamente materia arbitrable o no.



2.5 Aspectos mínimos de la cláusula en los contratos

De acuerdo a lo dispuesto por el ordenamiento, las cláusulas de solución de controversias en los contratos de APP tienen dos etapas claramente delimitadas: el trato directo y el arbitraje.

Así, del análisis realizado a los contratos de APP objeto de este estudio, se advierte que el común de estos incluye la siguiente información o regulación en sus cláusulas:

Tabla 3: Contenido de las etapas de solución de controversias

Trato directo ⁹	Arbitraje
• Contenido mínimo de la solicitud de inicio de la etapa. • Plazos mínimo y máximo de la duración de la etapa. • Diferencias procedimentales entre controversias destinadas a arbitraje nacional o internacional. • Facultad de poder ampliar los plazos por mutuo acuerdo. • Deber de definir la naturaleza técnica o no técnica de la controversia.	• Clasificación entre arbitraje de conciencia y de derecho. • Sede del arbitraje. • Clasificación entre arbitraje nacional o internacional de acuerdo con la cuantía. • Descripción del perfil de los árbitros. • Facultades específicas del tribunal arbitral. • Plazos para las actuaciones y decisión final del Tribunal Arbitral. • Institución encargada de administrar el arbitraje. • Si es arbitraje nacional: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, entre otros. • Si es arbitraje internacional: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), Cámara de Comercio Internacional, entre otros. • Reglas procedimentales diversas (número de árbitros por tribunal, perfiles profesionales de los árbitros, designación de los árbitros, otras facultades de los árbitros, gastos vinculados, entre otros).

⁹ No se consideran regulaciones específicas para los mecanismos de Junta de Resolución de Disputas o amigable componedor porque, de hecho, la mayoría de contratos de APP no los consideran.

Se advierte que, no obstante contener las disposiciones comunes que se anotan anteriormente, no existen cláusulas de solución de controversias estandarizadas. Esto porque cada contrato incluye fórmulas legales diversas, las cuales en algunos casos pueden contener defectos en su diseño, pudiéndolas convertir en lo que en doctrina se conviene en denominar “cláusulas patológicas”.

Para Frédéric Eisemann, acuñador del término de cláusula patológica, un convenio arbitral debe contar con cuatro elementos principales:

1. Producir consecuencias mandatorias para las partes, que es algo común a todos los acuerdos;
2. La exclusión de la intervención de las cortes sobre las disputas, al menos hasta la emisión del laudo;
3. El otorgamiento de poderes a los árbitros para resolver las disputas que surjan entre las partes; y
4. Permitir la realización de un procedimiento bajo las mejores condiciones de eficiencia para la emisión de un laudo susceptible de ejecución judicial. (Eisemann, 1974, como se citó en Rivas Caso, 2020).

En este sentido, la falta o defecto de alguno de estos puede implicar que el convenio o cláusula arbitral contenga una “patología”. Ejemplos de lo anterior son aquellas disposiciones dentro de las cláusulas de solución de controversias que no definen con precisión la institución que deberá administrar el arbitraje cuando este sea iniciado por alguna de las partes ya que incorporan dos o más instituciones sin precisar el mecanismo a utilizar para la selección de una, o refieren a que el arbitraje será conducido bajo el reglamento de alguna institución arbitral sin precisar si esta misma lo administrará, lo cual podría generar un desacuerdo previo afectando el carácter mandatorio de la cláusula y las condiciones de eficiencia que esta debe brindar para su aplicación.

Un caso similar es el expuesto por Castillo Freyre y Bedoya Denegri, donde las partes deciden establecer en su cláusula de arbitraje a una institución para que administre el proceso arbitral, pero utilizando el reglamento de otra (2021, p. 123). Esto también es una cláusula patológica, dado los problemas que generaría en la ejecución del proceso arbitral, o eventual laudo, ya que de por sí resulta difícil concebir que una institución acepte administrar un proceso arbitral con reglas que no fueron diseñadas en su ámbito de competencia.

Otro aspecto a considerar en la elaboración de las cláusulas de solución de controversias en contratos de APP es la regulación de los arbitrajes de emergencia, figura de relativa nueva incorporación. Este mecanismo no ha sido regulado ni en el Decreto Legislativo N° 1362, ni en el Decreto Legislativo N° 1071, sin embargo, el referente normativo más próximo se encuentra en la Ley N° 32069, en el sentido de que admite su procedencia únicamente cuando el convenio arbitral lo señale expresamente (Artículo 343, Numeral 343.1). El arbitraje de emergencia según Sumaria-Benavente puede definirse de la siguiente manera:

El arbitraje de emergencia, consistiría, en resumen, en un árbitro ad hoc nombrado por la institución a la que las partes han sometido la controversia o han adoptado sus reglas, para decretar una orden o medida cautelar sobre la base de la urgencia de la decisión. Para el nombramiento del árbitro de emergencia este mecanismo debe estar establecido en las reglas de la institución y no haberse excluido expresamente en el convenio arbitral por las partes. Corresponde a este árbitro de emergencia conocer solo el pedido de la medida cautelar, pero impedido de un prejuzgamiento sobre el fondo de la controversia que solo corresponde al tribunal arbitral. (2015, p. 73).

Es decir, este mecanismo presenta diversas limitaciones, puesto que su aplicación se restringe a escenarios específicos en los que la urgencia de la tutela sea inminente, lo cual debe ser probado.

Se advierte que la figura del arbitraje de emergencia, ha sido principalmente desarrollada por los reglamentos de algunas instituciones de arbitraje, como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI o el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Así, el reglamento de la CCI estipula lo siguiente:

La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral (“Medidas de Emergencia”), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia (...)

Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si:

(...)

b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia (...) (2022, Artículo 29).

Mientras que el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima regula el arbitraje de emergencia de la siguiente manera:

Hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes que requiera medidas cautelares urgentes puede solicitar que se inicie un procedimiento ante un árbitro de emergencia (el “Árbitro de Emergencia”), quien conoce y resuelve la respectiva solicitud, según el procedimiento establecido en las “Reglas del Árbitro de Emergencia” (Apéndice I del Reglamento).

(...)

Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos:

(...)

b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o

c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro. (2025, Artículo 34).

De ambos textos normativos podemos concluir que, si bien el arbitraje de emergencia es regulado, este puede ser excluido del arbitraje que se rige por estos reglamentos si así lo acuerdan expresamente las partes en la cláusula de solución de controversias. Además -en el caso del reglamento del Centro de la CCL- al ser el Estado parte en el contrato de APP, este mecanismo sería de aplicación únicamente en el caso que se encuentre expresamente previsto en el convenio arbitral.

Al respecto, se han identificado algunos contratos de operaciones de APP recientemente adjudicadas, que excluyen expresamente la aplicación del arbitraje de emergencia:

- Nuevo Terminal Portuario de San Juan de Marcona
- Anillo Vial Periférico
- Ferrocarril Huancayo Huancavelica
- Creación de los servicios especializados de salud del Hospital Especializado en la Red Asistencial Piura de ESSALUD, distrito de Veintiséis de Octubre, provincia de Piura, departamento de Piura.
- Creación de los servicios especializados de salud del Hospital Especializado Chimbote en la Red Asistencial Ancash de ESSALUD, distrito de Nuevo Chimbote, provincia del Santa, departamento de Ancash.
- Grupo 1 del Plan de Transmisión 2023-2032
- Grupo 2 del Plan de Transmisión 2023-2032
- Grupo 4 del Plan de Transmisión 2023-2032

 2.6 Legislación comparada 2.6.1 Caso México

En la Ley de Asociaciones Público-Privadas de México y su Reglamento es posible identificar hasta cuatro mecanismos de solución de conflictos.

- i. Negociación (artículo 134).
- ii. Comité de Expertos (artículo 134).
- iii. Conciliación (artículo 138).
- iv. Arbitraje (artículo 139).

Este marco normativo divide sus etapas y mecanismos en relación al tipo de controversia.

Por un lado, para “divergencias de naturaleza técnica o económica” (artículo 134) se señala que existirá una etapa de negociación, equiparable al trato directo (en el marco peruano) en la que las partes contractuales deben participar de mutuo acuerdo. No obstante, la norma señala que si la negociación no tiene un resultado positivo en la solución de la controversia (es decir, no haya permitido alcanzar un acuerdo entre las partes), esta se deberá someter al siguiente mecanismo: el Comité de Expertos, a través del cual se busca obtener una propuesta para resolver la divergencia.

En este sentido, la negociación se distingue del trato directo en tanto no incluye mecanismos determinados para su funcionamiento, siendo el Comité de Expertos una etapa por sí misma y al mismo tiempo una especie de Junta de Resolución de Disputas.

Por otro lado, señala que las desavenencias derivadas del cumplimiento del contrato de APP (artículo 138) se resuelven a través de la conciliación, que en este ordenamiento adquiere otro sentido al originarse con una solicitud presentada ante un órgano denominado “Secretaría de Función Pública”, tras la cual se da inicio al mecanismo de solución de controversias. Su inclusión en los contratos de APP no resulta obligatoria y, además, el término “desavenencia”, de acuerdo al artículo 141 del Reglamento de la Ley, se vincula directamente a determinados trabajos señalados en la Ley de Obras Públicas de México.

De manera similar, para controversias respecto del cumplimiento de obligaciones contractuales (artículo 139), en este ordenamiento se incluye una norma facultativa respecto del arbitraje, no resultando en una obligación para todos los contratos de APP. Así, es jurídicamente posible que en el ordenamiento mexicano puedan existir contratos de APP que no cuenten con una cláusula arbitral.

Finalmente, la norma también incluye un apartado dedicado a la competencia de la jurisdicción federal mexicana. Esta competencia comprende a las controversias vinculadas a la interpretación o aplicación de la Ley de APP; o interpretación o aplicación del contrato de APP (en caso no se haya pactado una cláusula arbitral de acuerdo al reglamento). Esto, como tal, no podría ser considerado como un mecanismo de solución de controversias a nivel contractual, en tanto está vinculado a la jurisdicción federal del país.

 2.6.2 Caso Chile

En Chile las APP se encuentran reguladas por el Decreto MOP 900, que incluye el texto refundido de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, y el Decreto MOP 956, que incluye el reglamento de dicha ley. Este ordenamiento considera tres mecanismos de solución de controversias.

- i. La Comisión Conciliadora (título XII del reglamento).
- ii. Panel Técnico (artículo 36 de la ley).
- iii. Comisión Arbitral (artículo 36 de la ley).

En este sentido, no se detallan etapas, sino la existencia de órganos colegiados conformados por profesionales, cuyos perfiles son descritos por las normas, como los mecanismos destinados que deben resolver determinado tipo de controversias. El primero de estos, la Comisión Conciliadora, se encuentra únicamente regulado en el texto reglamentario, más no en el de la ley.

La ley distingue entre controversias técnicas o económicas y las vinculadas a la interpretación o aplicación del contrato de concesión. Las primeras deben ser resueltas por el Panel Técnico necesariamente, pudiendo ser vistas por la Comisión Arbitral de manera posterior. Las segundas son vistas tanto por la Comisión Conciliadora como por la Comisión Arbitral, de manera sucesiva.

Existe la peculiaridad de que la Comisión Conciliadora puede a su vez constituirse como Comisión Arbitral, si así lo solicitase el concesionario. Vale resaltar que solo la Comisión Arbitral es capaz de emitir decisiones vinculantes para las partes de los contratos. Tanto el Panel Técnico como la Comisión Conciliadora solo emiten decisiones y opiniones no vinculantes, y que pueden ser rechazadas en la jurisdicción arbitral.

También es importante resaltar que el proceso arbitral llevado a cabo ante la Comisión Arbitral se encuentra ampliamente regulado por la ley. Por lo que, en comparación con el arbitraje en el caso peruano, existen muchas más regulaciones en temas sustanciales tales como filtros de idoneidad realizados por la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aspectos procedimentales para la elección de los miembros de la comisión, vigencia de su conformación (toda la vigencia del contrato de concesión), afectación de sus actuaciones en la ejecución del contrato, entre otros.

 2.6.3 Caso República Dominicana

Finalmente, en cuanto al ordenamiento de República Dominicana tenemos a la Ley N.º 47-20, Ley de Alianzas Público-Privadas y al Decreto N.º 434-20, Reglamento de la Ley N.º 47-20. En este caso no existen mecanismos de solución predeterminados. Es decir, el artículo 76 de la ley menciona expresamente lo siguiente:

Artículo 76.- Mecanismos de solución de controversias. Los mecanismos de solución de controversias deben estar previstos en el contrato.

Párrafo I.- Las partes podrán pactar mecanismos alternativos de solución de controversias tales como: la renegociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los cuales no son limitativos.

Es decir, aunque la ley incluye algunos mecanismos tales como la conciliación o el arbitraje, no ordena que estos deban estar necesariamente incluidos en los contratos de APP. Sin embargo, el mecanismo que se elija o se proponga, sí deberá estar necesariamente expresado en el contrato.

Además, en el reglamento de la misma norma se añade un supuesto interesante: es posible que el contrato de APP no incluya ningún mecanismo de solución de controversias. Si fuera ese el caso, la norma estipula que las controversias deberán someterse a la jurisdicción contenciosa administrativa.

A continuación, incluimos en dos cuadros comparativos los mecanismos de solución de controversias de los ordenamientos analizados con respecto a Perú. En la tabla 4 se podrá visualizar los aspectos más comparables entre cada ordenamiento, y en la tabla 5 un resumen de todos los mecanismos estudiados.

Tabla 4: Aspectos comparables entre ordenamientos

Descripción	México	Chile	República Dominicana	Perú
Cláusulas escalonadas	X	X		X
Etapas de negociación o mutuo acuerdo	X		X	X
Órganos colegiados	X	X	X	X
Arbitraje	X	X	X	X

Tabla 5: Resumen de los mecanismos descritos de la legislación internacional

México	Chile	República Dominicana	Perú
Para divergencias de naturaleza técnica o económica: - Negociación - Comité de Expertos	Para controversias técnicas o económicas: Panel Técnico	Las partes pueden incluir libremente cualquiera de estos mecanismos u etapas: - Conciliación - Mediación - Arbitraje - Otros	Para todo tipo de controversias: - Trato directo: amigable componedor y Junta de Resolución de Disputas - Arbitraje
Para desavenencias contractuales: Conciliación	Para controversias contractuales: Comisión Conciliadora		
Para controversias contractuales: Arbitraje	Para controversias técnicas, económicas y contractuales: Comisión Arbitral		

III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO

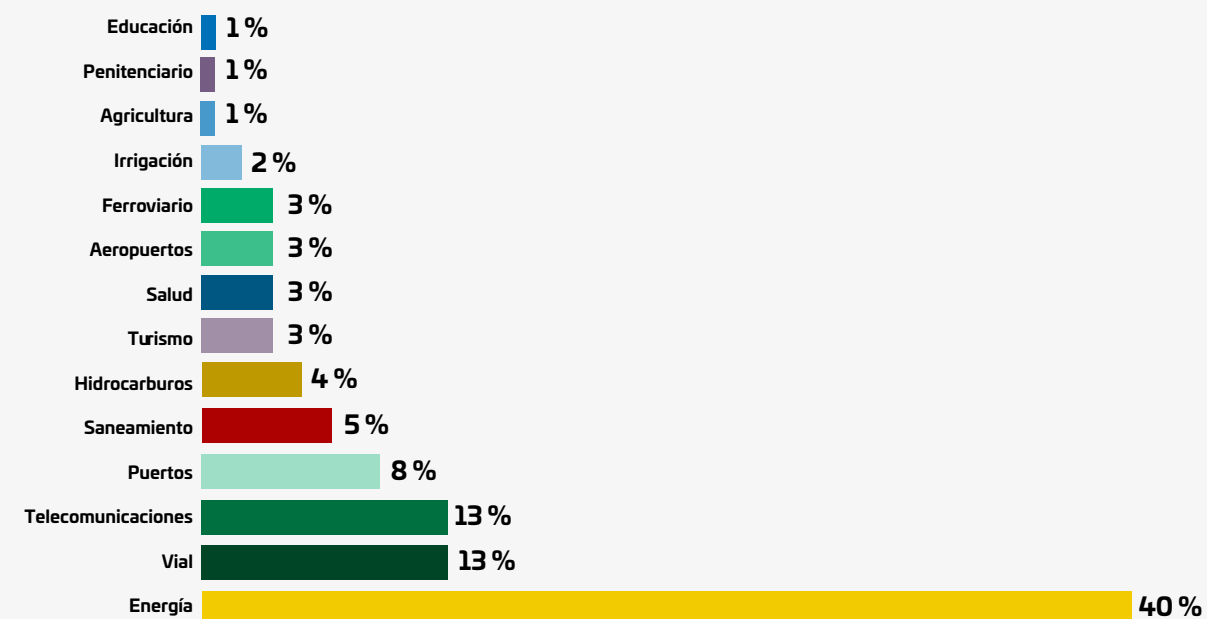
3.1 Explicación del estudio estadístico

Las estadísticas del presente trabajo se obtuvieron a partir de la revisión de los contratos de las 107 operaciones de APP adjudicadas por PROINVERSIÓN en el periodo comprendido entre los años 2002 y 2024.

De este universo de contratos se ha podido recoger diversa información vinculada a las cláusulas materia de análisis del presente trabajo, que permita determinar si es que estas fueron incluidas en el diseño contractual de cada proyecto y si determinados aspectos de su redacción y regulación, variaron para cada caso.

De la información analizada, se observa que la mayoría de las operaciones evaluadas pertenecen al sector Energía, el cual abarca un 40 % del total de las operaciones y equivale a 43 de estas. Dicho sector es seguido por los sectores Telecomunicaciones con 13 %, Vial con 13 %, Puertos con 8 % y Saneamiento con 5 % (ver figura 1).

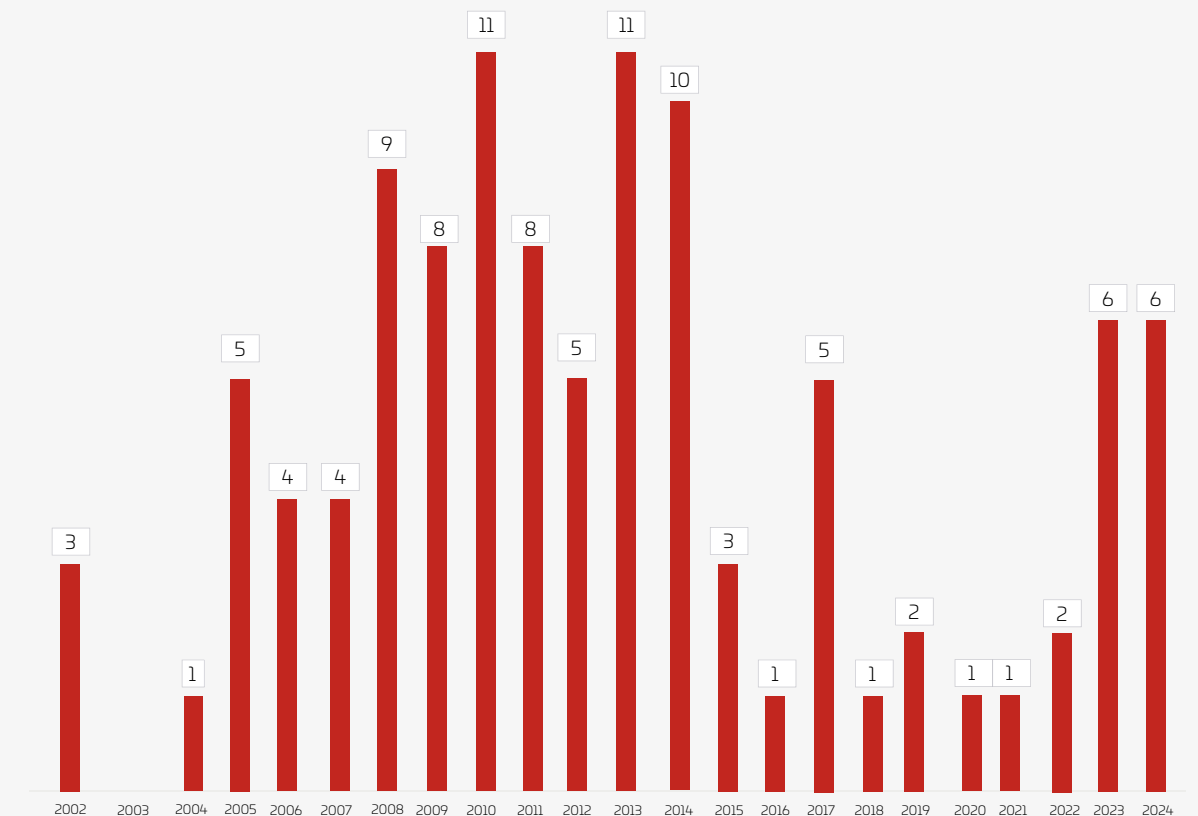
Figura 1: Operaciones de APP adjudicadas por sector



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

Asimismo, se evidencia que, entre los años 2008 y 2014, se llevó a cabo la mayor cantidad de adjudicaciones del periodo evaluado, siendo esto un total de 62 operaciones que equivalen al 61 % de adjudicaciones. De la misma manera, en dicho periodo se ubican los años en los cuales hubo más adjudicaciones por año que en comparación con el resto de los años: 2010 y 2013 (que tuvieron 11 adjudicaciones por año, equivalente a un 11 % cada uno). (Ver figura 2).

Figura 2: Operaciones de APP adjudicadas por año

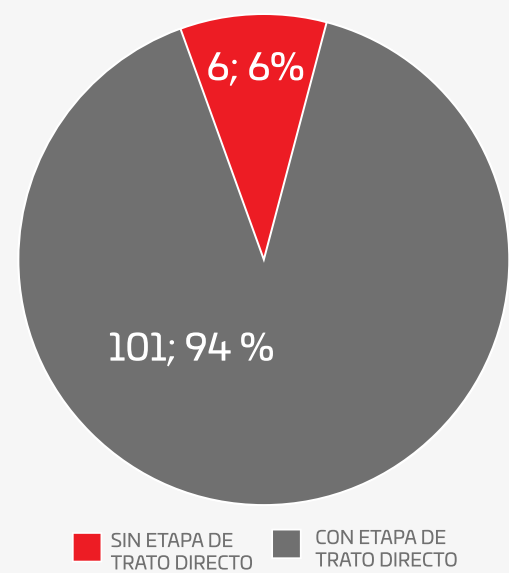


Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

3.2 Resultados del estudio estadístico: trato directo

A continuación, se expondrán los resultados del estudio estadístico enfocado en las etapas de trato directo. Se ha verificado que el 94 % de las operaciones evaluadas cuentan con contratos cuyas cláusulas de solución de controversias incluyen a la etapa de trato directo (ver figura 3).

Figura 3: Trato directo en la cláusula de solución de controversias



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN



Con respecto al análisis sectorial, se destaca que aquel 6 % de las operaciones analizadas cuyos contratos no consideran a la etapa del trato directo pertenecen al sector de Telecomunicaciones (ver tabla 6).

Tabla 6: Trato directo en la cláusula de solución de controversias

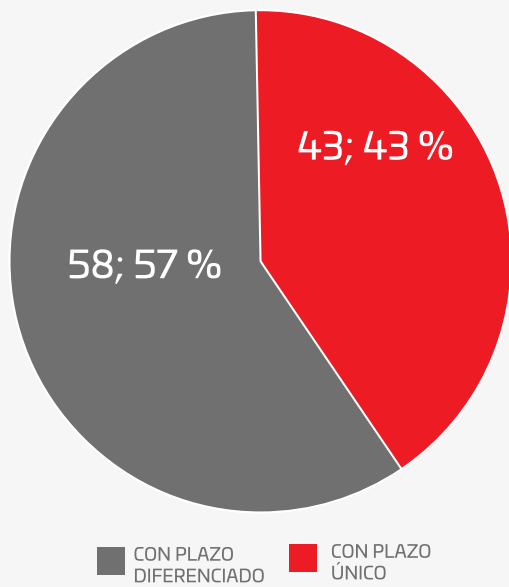
SECTOR	SIN ETAPA DE TRATO DIRECTO	CON ETAPA DE TRATO DIRECTO	TOTAL
Aeropuertos	-	3	3
Agricultura	-	1	1
Educación	-	1	1
Energía	-	43	43
Ferrovionario	-	3	3
Hidrocarburos	-	4	4
Irrigación	-	2	2
Penitenciario	-	1	1
Puertos	-	9	9
Salud	-	3	3
Saneamiento	-	6	6
Telecomunicaciones	6	8	14
Turismo	-	3	3
Vial	-	14	14
Total general	6	101	107

Fuente: Elaboración propia con información de PROINVERSIÓN



En cuanto a las fórmulas adoptadas para esta etapa, se ha identificado un escenario particular en cuanto a los plazos máximos de trato directo. El 57 % de las operaciones cuyos contratos consideran a dicha etapa, diferencian entre plazos máximos para controversias nacionales o internacionales (es decir, poseen plazos diferenciados). Mientras que el 43 % restante no realiza esta diferenciación, sino que plantea un plazo máximo único para ambos tipos de controversias (ver figura 4).

Figura 4: Etapas de trato directo con plazo único o diferenciado



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

Asimismo, cabe mencionar que los principales sectores cuyas operaciones cuentan con contratos que indican un plazo máximo único en su etapa de trato directo son los sectores Energía (11 operaciones), Vial (10 operaciones) y Telecomunicaciones (7 operaciones). En el caso de las operaciones cuyos contratos cuentan con plazo diferenciado en la etapa de trato directo, se destacan los siguientes sectores: Energía (32 operaciones), Puertos (6 operaciones) y Vial (4 operaciones). (Ver tabla 7)

Tabla 7: Etapas de trato directo con plazo único o diferenciado

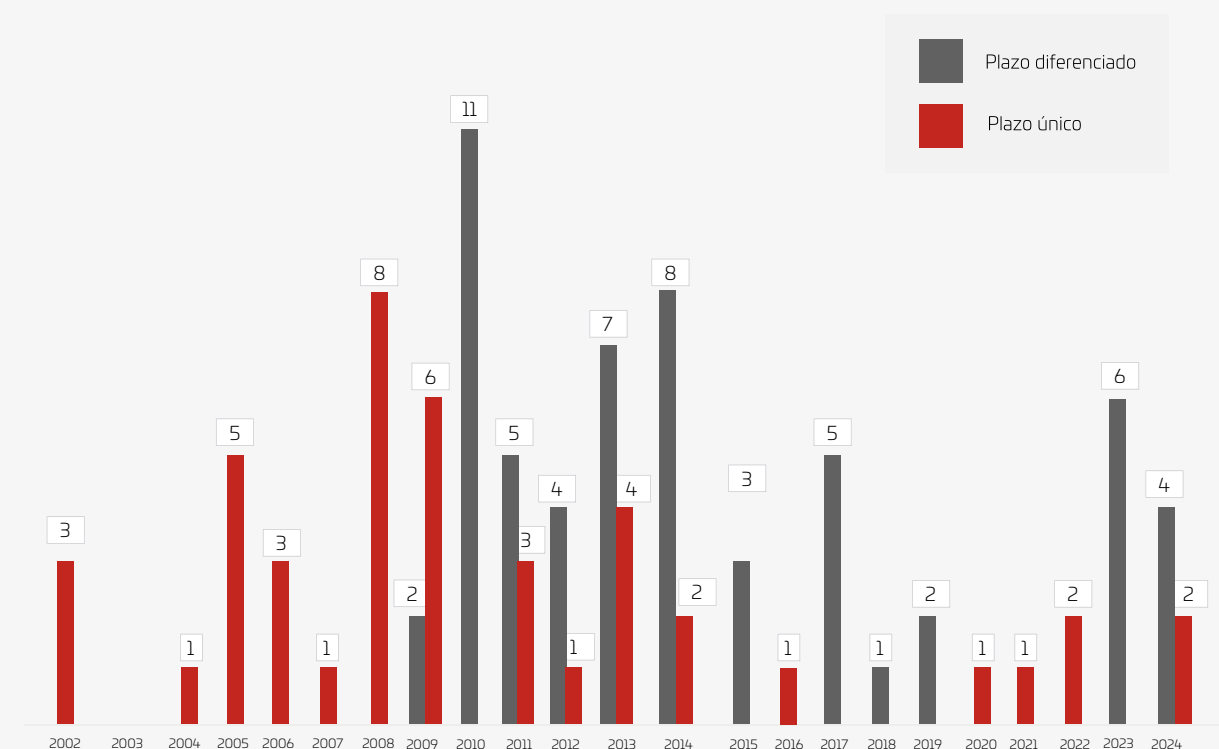
SECTOR	CON PLAZO ÚNICO	CON PLAZO DIFERENCIADO	TOTAL
Aeropuertos	1	2	3
Agricultura	1	-	1
Educación	1	-	1
Energía	11	32	43
Ferrovionario	-	3	3
Hidrocarburos	3	1	4
Irrigación	-	2	2
Penitenciario	1	-	1
Puertos	3	6	9
Salud	1	2	3
Saneamiento	3	3	6
Telecomunicaciones	7	1	8
Turismo	1	2	3
Vial	10	4	14
Total general	43	58	101

Fuente: Elaboración propia con información de PROINVERSIÓN

Además, se observa una evolución con respecto al criterio adoptado para establecer el trato directo en los contratos analizados (ver figura 5).

- De 2002 a 2008 hubo solamente operaciones cuyos contratos indicaban un plazo único para la etapa de trato directo, es decir, no hicieron diferencia entre controversias nacionales e internacionales.
- Desde 2009 hubo operaciones cuyos contratos indicaban un plazo diferenciado entre controversias nacionales e internacionales.
- Desde 2010, el número de operaciones cuyos contratos indicaban un plazo diferenciado en esta etapa superan al número de operaciones con un plazo único. Excepto en los años 2016 y de 2020 a 2022, periodos en los que no hubo contratos con esta característica.
- Las operaciones de los años 2010, de 2018 a 2019 y 2023, contaron con contratos que indicaron únicamente plazos diferenciados para la etapa de trato directo.

Figura 5: Evolución de fórmula de plazos máximos de trato directo

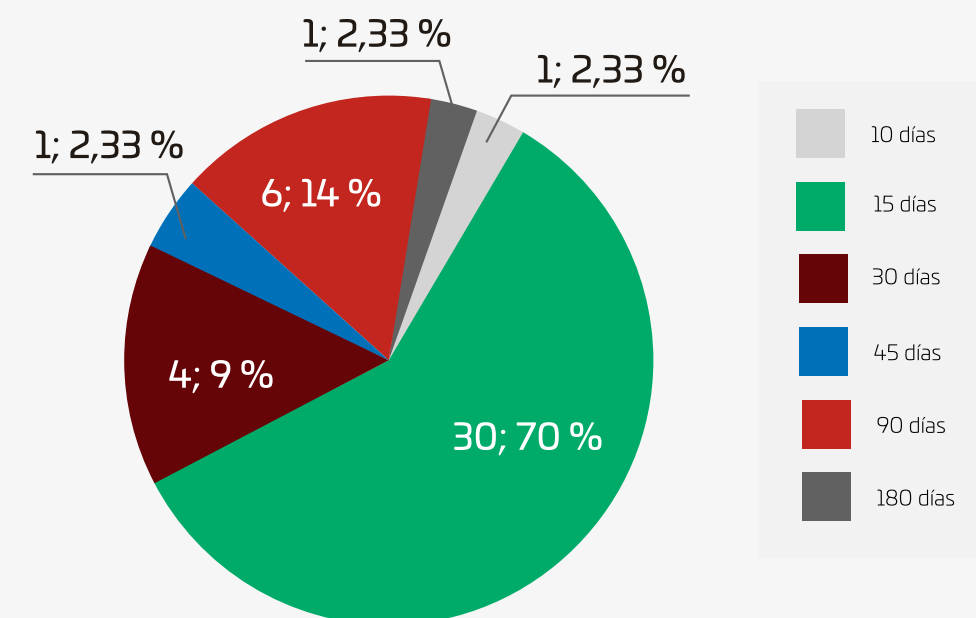


Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

En cuanto a las operaciones cuyos contratos incluyen etapas de trato directo con plazos máximos únicos, que equivalen a 43 operaciones, un 70 % de estas presentan un plazo máximo único de 15 días. Este porcentaje de dichas operaciones es seguido por los plazos máximos únicos de 90 días (en un 14 %), 30 días (en un 9 %), 10 días (en un 2,33 %), 45 días (en un 2,33 %); y 180 días (en otro 2,33 %). (Ver figura 6).

Esta información pone en evidencia que en la gran mayoría de los contratos de APP no se considera un plazo máximo realista para la etapa de trato directo. Las negociaciones, trámites, reuniones, y demás coordinaciones, que forman parte de esta etapa, no llegan a ser abarcadas eficazmente en un plazo máximo de 15 días. Aquello resulta incluso más interesante de ser analizado si es que se considera que este plazo aplica tanto para controversias nacionales e internacionales (estas últimas pudiendo llegar a diferenciarse por un mayor monto involucrado o complejidad del caso).

Figura 6: Plazos máximos únicos de trato directo



Fuente: Elaboración propia con información de PROINVERSIÓN

Se observa que los sectores con mayor cantidad de operaciones cuyos contratos indican 15 días como plazo máximo único de la etapa de trato directo son: Vial (8), Telecomunicaciones (7) y Energía (6). Además, se evidencia que el 100 % de las operaciones de los siguientes sectores consideraron este mismo plazo máximo único en sus contratos para la etapa de trato directo: Aeropuertos (1), Hidrocarburos (3), Saneamiento (3) y Telecomunicaciones (7). (Ver tabla 8).

Tabla 8: Plazos máximos únicos de trato directo

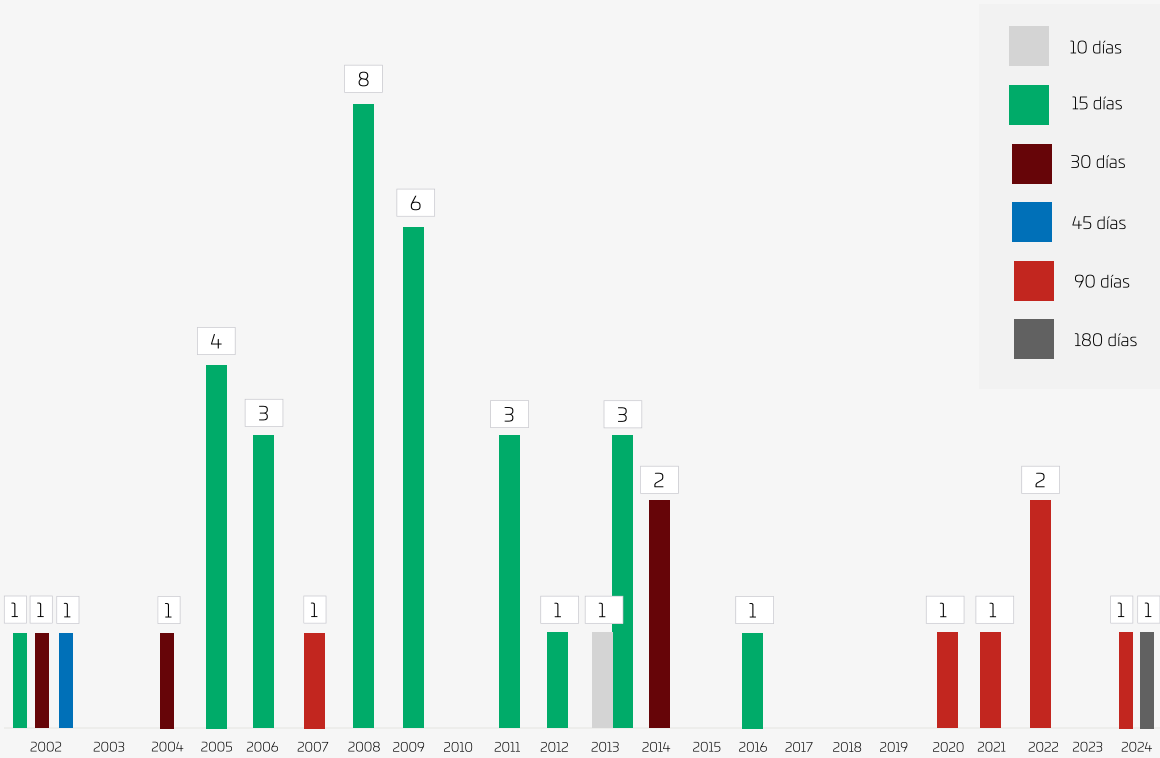
SECTOR	10 DÍAS	15 DÍAS	30 DÍAS	45 DÍAS	90 DÍAS	180 DÍAS	TOTAL
Aeropuertos	-	1	-	-	-	-	1
Agricultura	-	-	1	-	-	-	1
Educación	-	-	-	-	1	-	1
Energía	1	6	1	-	3	-	11
Ferrovionario	-	-	-	-	-	-	-
Hidrocarburos	-	3	-	-	-	-	3
Irrigación	-	-	-	-	-	-	-
Penitenciario	-	-	1	-	-	-	1
Puertos	-	2	-	-	-	1	3
Salud	-	-	1	-	-	-	1
Saneamiento	-	3	-	-	-	-	3
Telecomunicaciones	-	7	-	-	-	-	7
Turismo	-	-	-	1	-	-	1
Vial	-	8	-	-	2	-	10
Total general	1	30	4	1	6	1	43

Fuente: Elaboración propia con información de PROINVERSIÓN

Así también, se observa una evolución de estos plazos únicos para la etapa de trato directo, tal y como se describe en las siguientes líneas (ver figura 7):

- El plazo de 15 días se dio por última vez en 2013, a excepción de una operación adjudicada en 2016.
- Desde el año 2017, la inclusión de plazos únicos en los contratos se dio en pocas operaciones, pero presentaron una evolución de plazos de 90 días (o 3 meses).
- En 2024 se presentó el primer caso de una operación cuyo contrato consideró un plazo único de 180 días (o 6 meses).

Figura 7: Evolución de los plazos únicos para la etapa de trato directo

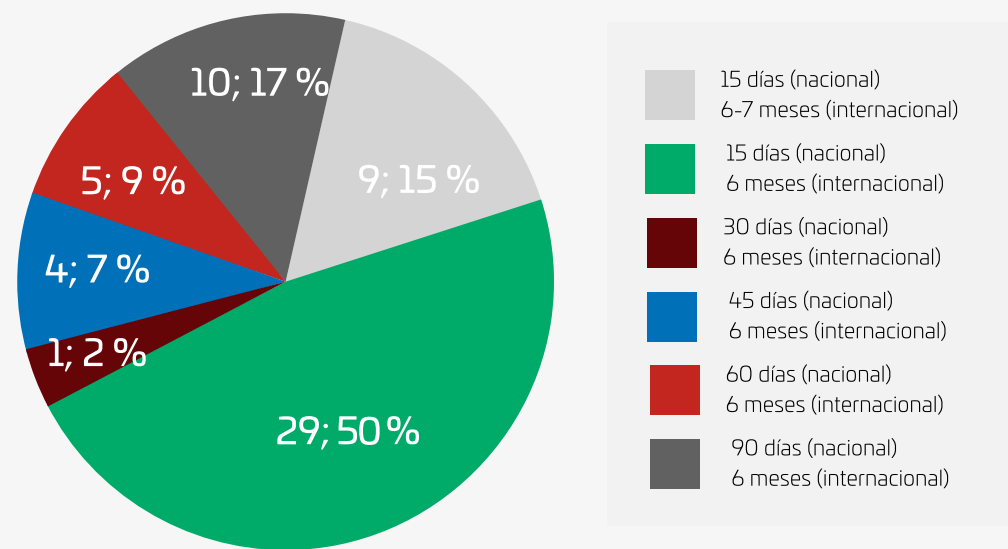


En cuanto al 57 % de las operaciones analizadas cuyos contratos que incluyen cláusulas con plazos diferenciados por tipo de arbitraje, se identifica que un 65 % de los mismos considera 15 días como plazo máximo para la etapa de trato directo en controversias nacionales, representando a la mayoría de estos contratos. A diferencia de estos, solo un 2 % considera un plazo máximo de 30 días, un 7 % un plazo máximo de 45 días, un 9 % un plazo máximo de 60 días y un 17 % un plazo máximo de 90 días.

A diferencia del escenario anterior, se puede corroborar que el 100 % de estos contratos considera como mínimo un plazo máximo de 6 meses para controversias internacionales (ver figura 8).

Esta diferencia entre plazos por tipo de controversia se debe esencialmente a la diferencia de los montos a través de los cuales se determina la naturaleza de la controversia. No obstante, esta práctica puede no resultar del todo beneficiosa acorde a la realidad, dado que, sin dejar de lado los montos de la controversia los cuáles justifican que la misma sea desarrollada de una manera u otra, en la práctica no termina de funcionar de manera idónea con los plazos que realmente necesitan las partes para negociar directamente.

Figura 8: Plazo de trato directo nacional e internacional



Así también, cabe mencionar que, respecto de las operaciones con plazos diferenciados en etapa de trato directo entre plazos máximos para controversias nacionales o internacionales, la mayoría de los sectores optaron por un plazo de trato directo de 15 días para controversias nacionales y de 6 meses para controversias internacionales (50 %).

Los sectores Energía, Puertos, Salud y Saneamiento son los que tienen operaciones cuyos contratos señalaron plazos más atípicos. Es de resaltar que el 100 % de las operaciones del sector Salud incluyeron los plazos más extensos para la etapa de trato directo (ver tabla 9).

Tabla 9: Plazo de trato directo nacional e internacional

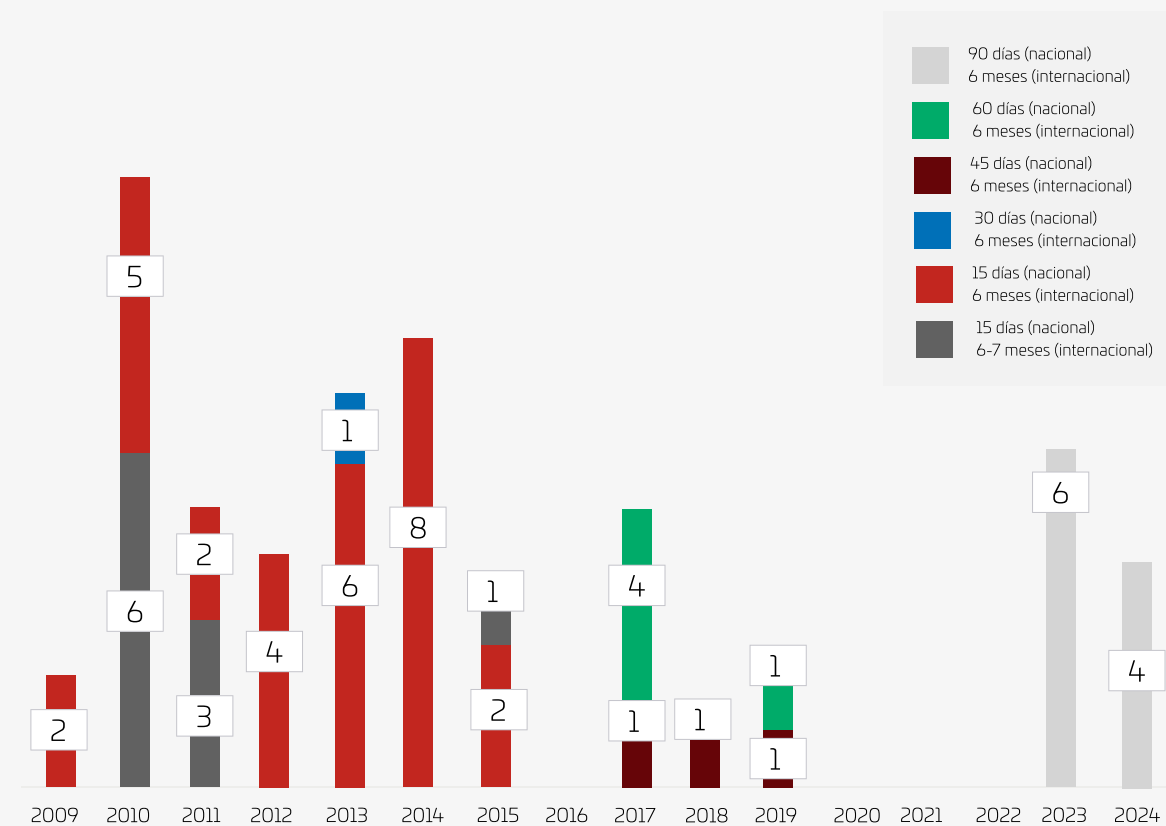
SECTOR	15 DÍAS 6 MESES	15 DÍAS 6-7 MESES	30 DÍAS 6 MESES	45 DÍAS 6 MESES	60 DÍAS 6 MESES	90 DÍAS 6 MESES	TOTAL
Aeropuertos	2	-	--	-	-	-	2
Agricultura	-	-	-	-	-	-	-
Educación	-	-	-	-	-	-	-
Energía	11	8	-	1	5	7	32
Ferrovioario	1	1	-	-	-	1	3
Hidrocarburos	1	-	-	-	-	-	1
Irrigación	2	-	-	-	-	-	2
Penitenciario	-	-	-	-	-	-	-
Puertos	4	-	-	2	-	-	6
Salud	-	-	-	-	-	2	2
Saneamiento	1	-	1	1	-	-	3
Telecomunicaciones	1	-	-	-	-	-	1
Turismo	2	-	-	-	-	-	2
Vial	4	-	-	-	-	-	4
Total general	29	9	1	4	5	10	58

Fuente: Elaboración propia con información de PROINVERSIÓN

Por último, se evidencia una evolución de estos plazos diferenciados en el tiempo, como se describe a continuación (ver figura 9):

- Respecto a los plazos de controversias internacionales, estos han sido de 6 meses, mayoritariamente, y se han mantenido fijos desde 2002 hasta la fecha.
- De 2002 a 2014, se consideraron plazos de 15 días para controversias nacionales. Excepto el año 2013, donde hubo una operación cuyo contrato incluyó un plazo de 30 días.
- Desde 2015, los plazos de 15 días para controversias nacionales fueron incrementados a 45 días.
- El año 2015 fue el último año donde se empleó el plazo de 15 días para controversias nacionales.
- En 2017 y 2019, los plazos para controversias nacionales incrementaron a 60 días.
- En 2023 y 2024, los plazos para controversias nacionales se incrementaron a 90 días.

Figura 9: Evolución de los plazos diferenciados de trato directo



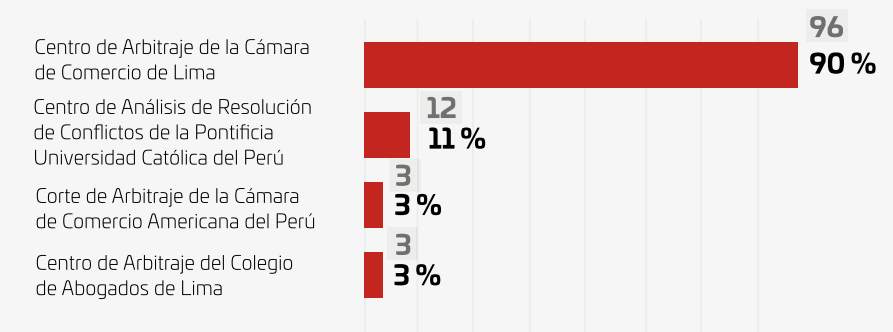
Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

3.3 Resultados del estudio estadístico: centros de arbitraje

De lo revisado, se observó que los contratos de las operaciones analizadas establecen centros de arbitraje tanto nacionales como internacionales.

Respecto a los centros de arbitraje nacionales, el 90 % de las operaciones establecen en sus contratos al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, seguida por el 11 % que incluye al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el 3 % a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú y otro 3 % al Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (ver figura 10).

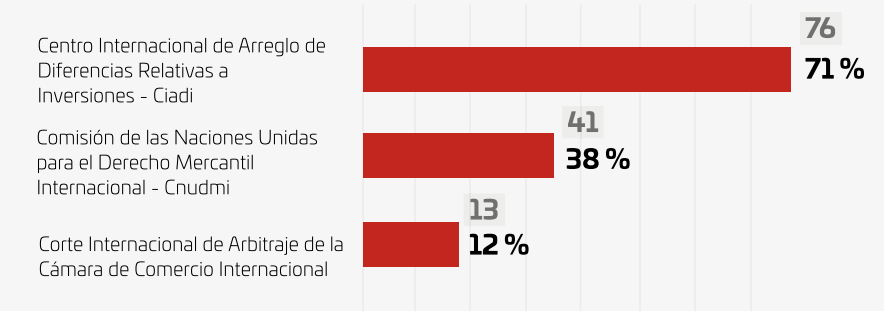
Figura 10: Centros de arbitraje nacionales



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

Por otro lado, en cuanto a los centros de arbitraje internacionales, el 71 % de los contratos contempla al Ciadi como institución competente. Asimismo, un 38 % de las operaciones incluye a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), usualmente como centro alternativo en caso de que el Ciadi no tuviera competencia respecto de la controversia. Finalmente, el 12 % de las operaciones incluye en sus contratos a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional como centro de arbitraje (ver figura 11).

Figura 11: Centros de arbitraje internacionales



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

Se evidencia que existe una tendencia institucional a establecer al Ciadi como la institución internacional idónea para la resolución de controversias de montos más elevados en los contratos. Se coloca un énfasis particular en lo anterior, dado que los procesos arbitrales ante el Ciadi se someten a condiciones específicas que analizaremos a continuación a diferencia de otras instituciones internacionales.

Acudir al Ciadi es posible debido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Ciadi), el cual se encuentra en vigor desde 1966. Este convenio crea al centro con el objetivo de “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje”. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [Ciadi], artículo 1).

Perú es un Estado Contratante de dicho convenio desde el 08 de septiembre de 1993 de acuerdo a los registros del centro (Ciadi, s. f.). Por lo tanto, el Convenio Ciadi le es aplicable en lo que disponga. Este señala, respecto a la jurisdicción del centro, lo siguiente:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

[...]

Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

[...]

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle el carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (Artículo 25).

De esta disposición se puede concluir que el Ciadi es competente para resolver controversias de inversiones, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, siempre y cuando exista un consentimiento expreso de las partes. En este contexto, el Estado peruano ha expresado su consentimiento de someter las controversias derivadas de contratos de Asociación Público-Privada y de tratados internacionales que incluyen la participación del Ciadi. Entre estos últimos, se encuentran los Tratados de Libre Comercio (TLC), Bilateral Investment Treaty (BIT) o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Appri).

Por lo tanto, en la práctica se puede iniciar un arbitraje internacional ante el Ciadi, con el Estado peruano como parte, por cualquiera de estos dos instrumentos. Sin embargo, la contraparte privada no siempre activa solo uno de estos, sino que ocasionalmente puede utilizar ambos al mismo tiempo. A continuación, detallamos casos en los que se puede evidenciar lo anterior, de acuerdo a la información expuesta por el Ciadi (s. f.) en su base de datos de casos pendientes y concluidos.

I. De manera acumulativa (invocando al contrato de APP y un tratado internacional dentro de un mismo proceso), como sucede respecto del proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero en el Caso Ciadi ARB/18/27 - Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S. A. y Corporación América S. A. vs. el Estado peruano, en el que los demandantes sostuvieron dentro de sus argumentos vulneraciones al contrato de concesión y al tratado bilateral Perú-Argentina.

II. De manera paralela (invocando al contrato de APP o a tratados internacionales en procesos arbitrales distintos), como sucede en el proyecto Gasoducto Sur Peruano en los siguientes casos:

- Invocando al contrato de APP: Caso Ciadi N.º ARB/24/29, Gasoducto Sur Peruano S. A. en liquidación vs. Estado peruano.
- Invocando tratados internacionales:
 - Caso Ciadi N.º ARB/18/26, Enagás S. A. (España) y Enagás Internacional S. L. U. (España) vs. el Estado peruano, (respecto del Appri con España).
 - Caso Ciadi N.º ARB/20/4, Odebrecht Latinvest S. à. r. l. vs. el Estado peruano, (respecto del Convenio entre el Perú y la Unión Económica Belga-Luxemburguesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones).

Es importante resaltar que, en el caso de las APP, los procesos de selección generalmente implican la creación de una sociedad concesionaria, estructurada como una sociedad con propósito exclusivo o Special Purpose Vehicle (SPV), bajo leyes peruanas, para la suscripción de los mismos. Esto implicaría que, en primera instancia, no pudieran participar de un proceso arbitral ante el Ciadi por ser parte del mismo Estado contratante (Perú), no obstante, debe tenerse en cuenta el literal b) del artículo 25. En aplicación de este, si la persona jurídica está sometida a control extranjero, y aquello se ha predeterminado entre las partes, entonces sí estaría habilitada una sociedad concesionaria para acudir al Ciadi.

Por dicha razón, en los contratos de APP diseñados por PROINVERSIÓN en los que se considera al Ciadi, se señala lo siguiente en sus cláusulas de solución de controversias como, por ejemplo, se advierte en el Contrato de Concesión de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada:

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE en representación del Estado de la República del Perú declara que al Concesionario se le considere como “nacional de otro Estado Contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal. (2009, PROINVERSIÓN).

Sin embargo, este control extranjero deberá siempre ser ejercido por un nacional de un Estado contratante, caso contrario el Ciadi no será competente para resolver la controversia presentada. Es decir, una persona jurídica nacional de un país que no es Estado contratante en el marco del Convenio Ciadi, sin importar si ejerce control sobre otra, no podría acudir al Ciadi dado que no cumpliría con lo estipulado por el artículo 25.

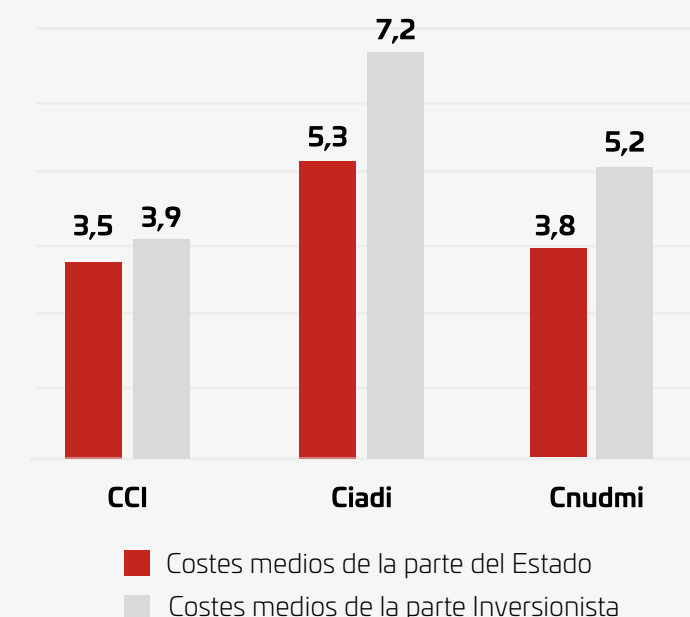
En este sentido, la inclusión del Ciadi en un contrato de APP diseñado por PROINVERSIÓN amerita el siguiente análisis:

- Verificar si es que la parte que representa al Estado peruano en un contrato de APP ha sido acreditada o no ante el Ciadi para formar parte de un arbitraje.
- La existencia del Ciadi como institución a cargo de la administración del proceso arbitral en el marco de algún Appri, TLC, BIT o similar.

Adicionalmente, otro aspecto a considerar es el costo que implica a las partes el resolver una controversia en el Ciadi. Según el estudio de Hodgson et al. (2021), los costos medios por proceso arbitral del año 2017 a 2020 ante el Ciadi, en comparación con el CCI y Cnudmi son los siguientes (ver figura 12):

- El costo medio de los inversionistas como parte en un proceso arbitral ante el Ciadi es de USD 7 200 000,00, mientras que ante el Cnudmi es de USD 5 200 000,00 y USD 3 900 000,00 para el caso de la CCI.
- El costo medio de los Estados demandados como parte en un proceso arbitral ante el Ciadi es de USD 5 300 000,00, mientras que ante el Cnudmi es de USD 3 800 000,00 y USD 3 500 000,00 para el caso de la CCI.
- En todos los casos, se observa que el costo medio en que incurren los inversionistas es mayor que el de los Estados demandados. Ante el Cnudmi, el costo medio de los inversionistas es mayor al del Estado en un 36,84 %, cifra que disminuye a 35,85 % ante el Ciadi y a 11,43 % para el caso del CCI.

Figura 12: Costos medios incurridos por las partes ante un proceso arbitral (en millones de dólares)



Elaboración propia.

Fuente: Hodgson, M., Kryvoj, Y., & Hrčka, D. (2021)

A partir de lo descrito, se evidencia que acudir al Ciadi no solo es costoso para ambas partes, sino que impacta económicamente, en mayor medida, a los inversionistas.

Por otro lado, de lo revisado se identificaron algunas operaciones cuyos contratos no han considerado al Ciadi dentro del diseño de sus cláusulas de solución de controversias, incorporando a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como centro de arbitraje internacional para controversias con montos elevados. Entre estos, los contratos de los procesos Ferrocarril Huancayo-Huancavelica (USD 30 000 000,00 como umbral), Anillo Vial Periférico (USD 30 000 000,00 como umbral) y el Nuevo Terminal Portuario de San Juan de Marcona (USD 50 000 000,00 como umbral).

Lo indicado anteriormente sugiere una tendencia en los procesos recientemente adjudicados por PROINVERSIÓN a sustituir el Ciadi en sus contratos por la CCI como centro de arbitraje internacional para controversias en el marco de la ejecución contractual que involucren un monto determinado. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrían continuar acudiendo al Ciadi para la solución de controversias relacionadas estrictamente a temas de inversión, en el marco de tratados internacionales suscritos, más no por controversias en la ejecución del contrato que pudieran suscitarse.

De la información identificada por sectores, se pone en evidencia que el sector cuyas operaciones han considerado en menor proporción la posibilidad de acudir al Cnudmi sí y solo sí el Ciadi no fuera competente para resolver la controversia (5 de 36 contratos), es el sector Energía. A comparación del resto de sectores esto resulta llamativo, dado que en la gran mayoría de estos sí se ha considerado prácticamente al 100 % dicha opción residual de poder acudir al Cnudmi (ver tabla 10).

Tabla 10: Centros de arbitraje

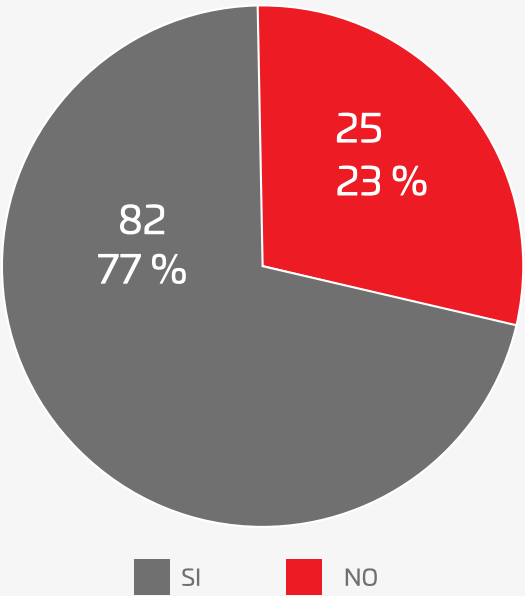
SECTOR	N.º DE OPERACIONES EVALUADAS	CENTROS DE ARBITRAJE NACIONALES				CENTROS DE ARBITRAJE INTERNACIONALES		
		CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA	CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAPUCP	CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ	COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA	CIADI	CNUDMI	CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL
Aeropuertos	3	3	-	-	-	3	3	-
Agricultura	1	1	-	-	-	1	-	-
Educación	1	1	-	-	-	-	-	-
Energía	40	43	3	3	3	36	5	8
Ferrovial	2	1	1	-	-	2	2	1
Hidrocarburos	4	2	2	-	-	1	1	-
Irrigación	2	2	-	-	-	2	2	-
Penitenciario	1	-	-	-	-	-	-	1
Puertos	8	9	1	-	-	8	8	1
Salud	3	-	3	-	-	2	-	1
Saneamiento	6	5	1	-	-	5	5	-
Telecomunicaciones	14	13	-	-	-	1	1	-
Turismo	3	3	-	-	-	2	2	-
Vial	13	13	1	-	-	13	12	1
Total general	101	96	12	3	3	76	41	13

Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos y de PROINVERSIÓN

3.4 Resultados del estudio estadístico: umbral para que la controversia se resuelva en arbitraje internacional

Luego de las operaciones evaluadas, el 77 % cuenta con contratos que consideraron el arbitraje internacional dentro de sus cláusulas de solución de controversias (ver figura 13).

Figura 13: Operaciones con contratos que consideraron arbitraje internacional



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos (2023) y de PROINVERSIÓN

Asimismo, resulta conveniente señalar que los sectores con al menos una operación que no considera en sus contratos al arbitraje internacional son el sector Educación, Energía, Hidrocarburos, Saneamiento, Telecomunicaciones y Turismo. Cabe mencionar que esto se destaca en el sector Educación, ya que su única operación no considera al arbitraje internacional en su contrato; así como en el sector Hidrocarburos y Telecomunicaciones, pues la mayoría de sus operaciones presenta contratos que no han hecho mención del arbitraje internacional (ver tabla 11).

Tabla 11: Operaciones con contratos que consideraron arbitraje internacional

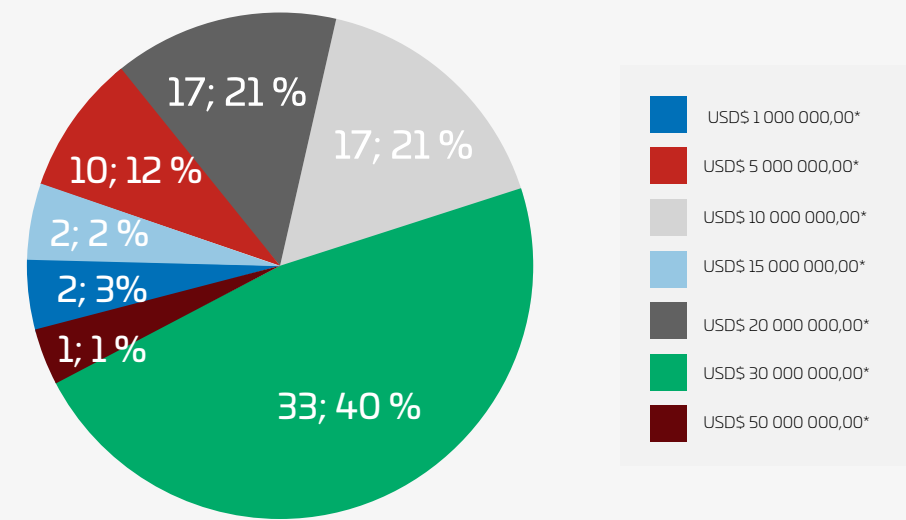
SECTOR	SI	NO	TOTAL
Aeropuertos	3	-	3
Agricultura	1	-	1
Educación	-	1	1
Energía	37	6	43
Ferrovioario	3	-	3
Hidrocarburos	1	3	4
Irrigación	2	-	2
Penitenciario	1	-	1
Puertos	9	-	9
Salud	3	-	3
Saneamiento	5	1	6
Telecomunicaciones	1	13	14
Turismo	2	1	3
Vial	14	-	14
Total general	82	25	107

Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos (2023) y de PROINVERSIÓN

Se observó que del 77 % de operaciones que sí considera al arbitraje internacional, un 40 % considera que las controversias con un monto involucrado igual o mayor a USD 30 000 000,00 deben resolverse mediante arbitraje internacional.

El resto de las operaciones consideran la resolución de una controversia mediante arbitraje internacional si es que las mismas tienen los siguientes montos involucrados: USD 50 000 000,00 (1 %); USD 20 000 000,00 (21 %); USD 15 000 000,00 (2 %); USD 10 000 000,00 (21 %); USD 5 000 000,00 (12 %) y USD 1 000 000,00 (3 %). (Ver figura 14).

Figura 14: Monto mínimo involucrado para que la controversia se resuelva en arbitraje internacional



*Al menos una de las operaciones con contrato no hace mención del Ciadi

Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos (2023) y de PROINVERSIÓN

Con respecto al análisis sectorial, se observa que al menos una operación en la mayoría de los sectores ha señalado al monto de USD 30 000 000,00 como monto mínimo involucrado en la controversia para que esta sea resuelta mediante arbitraje internacional. Los sectores que no presentan este detalle son Agricultura, Educación, Penitenciario y Turismo. Además, se constata que solo las operaciones del sector Eléctrico han indicado en sus contratos el monto de USD 20 000 000,00 como monto mínimo involucrado en la controversia para que esta sea resuelta mediante arbitraje internacional. Por último, se observa que solo el sector Puertos ha considerado en el contrato de una de sus operaciones el monto de USD 50 000 000,00 como monto mínimo involucrado en la controversia para que esta sea resuelta mediante arbitraje internacional, siendo este el monto mayor empleado en los contratos históricamente (ver tabla 12).

Tabla 12: Monto mínimo involucrado para que la controversia se resuelva en arbitraje internacional

SECTOR	USD 1 000 000	USD 5 000 000	USD 10 000 000	USD 15 000 000	USD 20 000 000	USD 30 000 000	USD 50 000 000	TOTAL DE OPERACIONES
Aeropuertos	-	1	1	-	-	1	-	3
Agricultura	1	-	-	-	-	-	-	1
Educación	-	-	-	-	-	-	-	-
Energía	1	-	-	-	17	19	-	37
Ferrovioario	-	-	1	-	-	2	-	3
Hidrocarburos	-	-	-	-	-	1	-	1
Irrigación	-	-	1	-	-	1	-	2
Penitenciario	-	-	1	-	-	-	-	1
Puertos	-	1	4	-	-	3	1	9
Salud	-	-	-	1	-	2	-	3
Saneamiento	-	2	2	-	-	1	-	5
Telecomunicaciones	-	-	-	-	-	1	-	1
Turismo	-	-	1	1	-	-	-	2
Vial	-	6	6	-	-	2	-	14
Total general	2	10	17	2	17	33	1	82

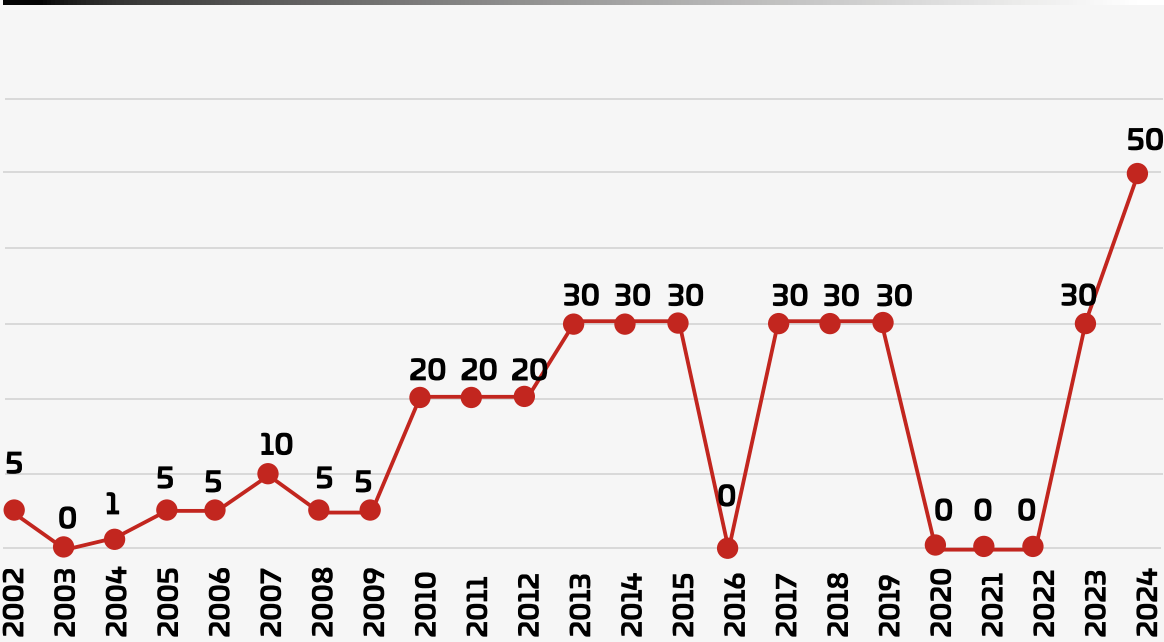
Fuente: elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos (2023) y de PROINVERSIÓN

Finalmente, se observa la siguiente evolución de los montos considerados como umbral para que una controversia sea resuelta mediante arbitraje internacional¹⁰ (ver figura 15):

- Del año 2002 a 2009: USD 5 000 000,00.
 - Excepto por una operación ¹¹ del año 2007, cuyo monto fue de USD 10 000 000,00).
- Del año 2010 a 2012: USD 20 000 000,00.
- De 2013 a 2024: USD 30 000 000,00.
 - Excepto por una operación ¹² del año 2024, cuyo monto fue de USD 50 000 000,00.

Cabe precisar que, en los años 2016 y de 2020 a 2022, los contratos de las operaciones adjudicadas no consideraron arbitraje internacional.

Figura 15: Evolución de los montos como umbral para que la controversia se resuelva en arbitraje internacional (en millones de USD)



Fuente: Elaboración propia con información del libro 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos (2023) y de PROINVERSIÓN

¹⁰ Se consideran los montos máximos por cada periodo analizado.

¹¹ Corredor Vial Interoceánico Sur: Tramo 1 y 5

¹² Nuevo Terminal Portuario de San Juan de Marcona

IV. CASOS DE APLICACIÓN

4.1 Contrato de Gerencia “Gestión del Instituto Nacional de Salud del Niño – San Borja”

Este proyecto se diseñó para ser implementado a través de un contrato de gerencia, una modalidad permitida por el marco jurídico que se distingue de los contratos de concesión. Su relevancia yace en que fue de los primeros contratos de APP en incluir los mecanismos de controversias, distintos al arbitraje, introducidos por el Decreto Legislativo N.º 1012.

El contrato fue suscrito por el Ministerio de Salud (Minsa) de la República del Perú y Gestora Peruana de Hospitales S. A. (SGP) el 13 de octubre de 2014, contando además con la intervención del Instituto Nacional de Salud del Niño San Borja (INSN-SB). El objeto de este fue la operación y mantenimiento del edificio y los servicios requeridos, es decir, alimentación, lavandería, limpieza y bioseguridad, seguridad integral, gestión de residuos hospitalarios, patología clínica, central de esterilización y el servicio de asistencia técnica de adquisición.

La cláusula de solución de controversias del contrato diseñado por PROINVERSIÓN incluye una sección de disposiciones generales de la que extraemos el siguiente texto:

El desacuerdo o discrepancia entre las Partes respecto a la existencia, validez, exigibilidad, situación jurídica, interpretación, vigencia, el cumplimiento o la ejecución de todo o parte del Contrato o todo desacuerdo o discrepancia relativos en general a los compromisos, derechos, deberes, cargas y obligaciones de cada Parte o de la SGP en su relación con el Supervisor (a quien para los efectos de la presente Cláusula 31 le resultará de aplicación la regulación referida a cualquiera de las “Partes”) en lo relacionado al presente Contrato (en adelante, las “Diferencias”), se deberán tratar de resolver a través de negociaciones directas entre las Partes.

Las negociaciones directas no deberán tomar más de treinta (30) Días Calendario desde que una de las Partes plantee a la otra la existencia de la Diferencia, salvo que las Partes hayan sometido la controversia al procedimiento de solución amigable en trato directo, previsto en el Título VI del Decreto Supremo N.º 127-2014-EF, reglamento del Decreto Legislativo N.º 1012. Cualquiera de las Partes en dirimencia o desacuerdo podrá dar por terminado por anticipado o inclusive podrá indicar que renuncia a hacer el uso del trato directo.

El Amigable Componedor propondrá una fórmula de solución de controversias, que de ser aceptada de manera parcial o total por las Partes, producirá los efectos legales de una transacción.

Si no se llega a un acuerdo en el periodo de Trato Directo ya sea que se trate de una Diferencia de naturaleza técnica, entendida como toda aquella de carácter no legal (en adelante, “Diferencia Técnica”) o que se trate de una Diferencia de carácter legal (en adelante, “Diferencia Legal”), se procederá conforme a lo indicado en el numeral 31.2

Si la Diferencia es de naturaleza legal, en lugar de recurrir al procedimiento del numeral 31.2, ambas Partes de común acuerdo podrán acordar prescindir del mismo y acudir en su lugar a un arbitraje conforme al numeral 31.3 ó 31.4, según corresponda.

Si hubiera una Diferencia sobre la determinación del carácter técnico o legal de otra u otras Diferencias, se entenderá que la Diferencia es una Diferencia Legal. Las Partes deberán distinguir entre sí las Diferencias, de modo que cuando resulte aplicable, quedarán individualizadas dentro de la misma controversia, de ser el caso, las Diferencias Técnicas y Legales. Si las Diferencias de distinta naturaleza se encuentran no obstante interrelacionadas entre sí en razón a la conexidad parcial de sus considerandos y/o la ejecución de cada pronunciamiento, para la aplicación del procedimiento del numeral 31.2, se deberá designar a un equipo de dos Expertos, uno técnico y otro legal, los mismos que deberán emitir su dictamen de modo conjunto en un mismo documento con dos secciones, una técnica y otra legal.

La terminación, resolución o extinción del Contrato, la determinación de Fuerza Mayor, la reclamación de indemnidades en virtud al numeral 27.4 o la invalidez manifiesta de un dictamen conjunto de un Experto técnico y uno legal por contradicción de sus pronunciamientos respectivos, de ser el caso, en ningún caso serán consideradas como Diferencias Técnicas.

La tramitación del procedimiento previsto en el numeral 31.2, así como el proceso previsto en el numeral 31.3 o 31.4 no suspenderá la ejecución del Contrato.

Cada una de las Partes conviene en ejecutar sin demora las disposiciones de cualquier decisión final del Experto o del Tribunal Arbitral. (2014, cláusula trigésimo-primera, numeral 1).

Es posible identificar que la inclusión del mecanismo del amigable componedor impacta en el plazo máximo considerado para la etapa de trato directo. Aquello tiene sentido en tanto que la utilización de dicho mecanismo implica un procedimiento ordenado y secuencial. Igualmente, incluye lo ya dispuesto por la norma: los efectos de la aceptación de la fórmula propuesta por el amigable componedor son los mismos efectos de una transacción.

También se incluye una referencia al mecanismo de la Junta de Solución de Controversias, aunque sin dicha denominación. Se utilizará para señalar que serán necesarios el trabajo de dos expertos en conjunto, cada uno con respectiva capacidad de poder manifestarse sobre lo técnico y legal de las controversias.

Como se verá a continuación, el contrato utiliza la denominación de “solución por un experto”. Esto no contraviene el ordenamiento, dado que como se mencionó en un apartado previo, la junta puede estar también compuesta por un solo experto, teniendo en la práctica las mismas funciones que permite la norma. Así también, no se considera un “escalón” de cumplimiento obligatorio previo al arbitraje, ya que las partes podrán prescindir del mismo.

Sin perjuicio de esto, el contrato diseñado por PROINVERSIÓN señala, a diferencia del amigable componedor, disposiciones procedimentales precisas para este mecanismo. Dentro de estas, se pueden sintetizar algunas como las siguientes (2014, cláusula trigésimo-primera, numeral 2):

1. Activación posterior al vencimiento del plazo de trato directo (cláusula 31.2.1.).
2. Método de designación del experto (cláusula 31.2.2. y 31.2.3).
3. Oportunidad del pago de honorarios del experto (cláusula 31.2.4.).
4. Aspectos procedimentales: plazos para descargos, audiencia única y plazos para dictamen (cláusula 31.2.5 a 31.2.8).
5. Carácter vinculante y definitivo del dictamen para controversias menores o iguales a USD 5 000 000,00 (cláusula 31.2.9).
6. Carácter no obligatoriamente vinculante del dictamen para controversias mayores a USD 5 000 000,00 (cláusula 31.2.9).
7. Sede e idioma del procedimiento (cláusula 31.2.12).

Se pone en evidencia que este mecanismo se asemeja más a un proceso arbitral dado el número de aspectos procedimentales regulados. Es importante contrastar esto con la definición abordada líneas atrás ya que el mecanismo no estaría cumpliendo con la finalidad esencial de una dispute board, sino únicamente el rol de ser una especie de instancia previa al arbitraje. Esto presenta una excepción, ya que el diseño de la cláusula está orientado a no permitir que conflictos de montos menores terminen en procesos más complejos, esto en relación al carácter vinculante o no en función al monto. En este sentido, la conformación del panel de expertos o experto no tendría como objetivo prevenir conflictos, sino solo resolverlos.



4.2 Contrato de Concesión “Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada”

En cuanto a solución de controversias, el Contrato de Concesión del proyecto “Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada” marcó un hito en la evolución de los montos umbral establecidos en las cláusulas de solución de controversias de los contratos de APP para acudir a un arbitraje internacional.

Esta operación fue un punto de inflexión a partir del cual dichos montos umbral se aumentaron considerablemente, es así cómo este contrato de concesión fue el último en considerar un monto umbral de USD 5 000 000,00, ya que luego los montos fueron evolucionando y a la fecha el mayor monto umbral considerado es de USD 50 000 000,00.

El contrato de concesión fue suscrito el día 4 de agosto de 2009 por el Estado peruano como concedente, representado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; y por Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada S. A. (concesionario); con la intervención de Sedapal (quién asumió todas las facultades y derechos que le correspondían al concedente de acuerdo al contrato de concesión, salvo determinadas excepciones). Su objeto es el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada.

Este contrato, diseñado por PROINVERSIÓN (2009), señala lo siguiente respecto al arbitraje como mecanismo de solución de controversias:

Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con los Numerales 1 y 2 del Artículo 57° del Decreto Legislativo N° 1071, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

(i) Cuando las Controversias No Técnicas tengan un monto involucrado superior a Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$ 5 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional, las Partes tratarán de resolver las controversias mediante trato directo, dentro de un plazo de seis (6) meses establecidos en la Cláusula 16.11, pudiendo ampliarse por decisión conjunta de las Partes en los términos establecidos.

En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo del trato directo referido en el párrafo precedente, las controversias suscitadas será resuelta mediante arbitraje internacional de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”), establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE en representación del Estado de la República del Perú declara que al CONCESIONARIO se le considere como “nacional de otro Estado Contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos de América, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral, conforme lo dispuesto en los reglamentos arbitrales de las instituciones administradoras de arbitraje correspondientes.

Si por cualquier razón el CIADI decidiera no ser competente o declinara asumir el arbitraje promovido en virtud de la presente Sección, las Partes de manera anticipada aceptar [sic] someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas que (a) tengan un monto involucrado superior a Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$ 5 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional, o (b) las Partes no estén de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, a las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional). En ese caso el arbitraje se llevará a cabo en Lima, Perú.

Alternativamente las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuero distinto al del CIADI, si así lo estimaran conveniente.

Las Partes expresan su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los tribunales arbitrales señalados en los párrafos precedentes.

(ii) Las Controversias No Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Cinco millones y 00/100 Dólares (US\$ 5 000 000,00), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria primero la Ley General de Arbitraje peruana y después el Código Procesal Civil del Perú.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los ciento veinte (120) Días Calendario posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral. Excepcionalmente, el laudo podrá emitirse fuera de este plazo cuando el Tribunal Arbitral considere indispensable actuar medios probatorios como peritajes o inspecciones oculares fuera de la ciudad donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral, dentro de un plazo no mayor a treinta (30) Días Calendario. (Cláusula 16.12, literal b).

De esta cláusula se puede distinguir uno de los elementos ya mencionados en apartados previos que es la clasificación entre arbitraje nacional e internacional de acuerdo a la cuantía en controversia. Así, el contrato de concesión está diseñado para que los arbitrajes internacionales (en este caso, ante el Ciadi) estén dirigidos para las controversias con montos en discusión más elevados; y el arbitraje nacional (en este caso, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima) para las controversias con montos en discusión menos elevados. Desde luego, el umbral de qué tan elevado es el monto involucrado en una controversia forma parte del análisis del caso, ya que no siempre este cálculo se ha realizado de manera idónea a lo largo del tiempo.

Existió una controversia durante la ejecución del contrato de este proyecto que tuvo problemas al momento de la activación del arbitraje correspondiente dado que las partes constataron que el monto de la misma superaba el monto umbral de USD 5 000 000,00, lo cual implicaba que se ventile como una controversia internacional. Este escenario, se puede inferir, era razonablemente indeseado por ambas partes, dado que los montos involucrados en la controversia eran menores que los gastos arbitrales de acudir al arbitraje internacional.

La controversia en mención inició con una solicitud del concesionario presentada el 19 de mayo de 2022 al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y finalizó a través del laudo del Caso Arbitral N.º 0303-2022-CCL. En su escrito de demanda, el concesionario solicitó, entre otros, que se declare que el retraso ocurrido en la construcción de las obras de la primera etapa del proyecto se debía a un caso de fuerza mayor y que por lo tanto correspondía se dejen sin efecto las penalidades comunicadas por Oficio 184-2013/VIVIENDA-VMCS del 15 de abril de 2013 por parte del concedente.

En el citado oficio se señalaba que el monto de la penalidad aplicada al concesionario ascendía a S/ 16 520 000,00. A continuación, expondremos como el monto de la controversia varió en relación al tipo de cambio en el año 2013, fecha en la que se emitió el oficio que impuso la penalidad, y el año 2022, fecha en la que se inició la controversia tomando como base la información dispuesta por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat).

Tabla 13: Diferencia entre los montos en dólares de la penalidad, según los tipos de cambio

15 de abril de 2013			19 de mayo de 2022		
Soles (S/)	Tipo de cambio (S/)	Dólares (\$)	Soles (S/)	Tipo de cambio (S/)	Dólares (\$)
16 520 000,00	2,5	6 608 000,00	16 520 000,00	3,7	4 464 864,86

Como se puede observar, los montos de la controversia se modificaron con el paso del tiempo.

En este contexto, si la controversia se hubiera planteado desde su origen, es decir, en 2013, la misma hubiera tenido que ser presentada ante el Ciadi, o en su defecto, la Uncitral, dado que se superaba el monto umbral para que una controversia deba ser resuelta mediante un arbitraje internacional. Esto, desde luego, hubiera implicado un proceso más costoso para ambas partes. Con el monto de 2022, fecha en la que el concesionario inicia la controversia, el panorama cambia, dado que de acuerdo a lo regulado contractualmente y al monto de la penalidad adecuado al tipo de cambio, el centro al que correspondía acudir era el CCL.



V. CONCLUSIONES

Finalmente, de lo analizado en el presente estudio se obtienen las siguientes conclusiones:

5.1 El marco legal de concesiones de obra pública de infraestructura y servicios públicos desde 1991 consideraba la posibilidad de utilizar el arbitraje como medio de solución de controversias. Antes de la entrada en vigor de la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley N.º 26850 de 1997, ya se permitía que el Estado pudiera acudir a sede arbitral con la finalidad de resolver sus controversias en el marco de concesiones de infraestructura y servicios públicos. Es decir, antes de que el arbitraje se instaurara como el mecanismo de solución de controversias en el marco general de los contratos administrativos, ya se consideraba como un mecanismo en el caso de los contratos administrativos vinculados a concesiones de infraestructura y servicios públicos.

5.2 El marco legal de Asociaciones Público-Privadas consideró como mandatoria la utilización del arbitraje como medio de solución de controversias desde su incorporación al ordenamiento jurídico peruano en el año 2008, manteniéndose así desde entonces.

5.3 Los contratos de Asociación Público-Privada diseñados por PROINVERSIÓN y celebrados por el Estado peruano en el periodo 2002 a 2024 evidencian una evolución progresiva en cuanto a sus cláusulas de solución de controversias, producto de las lecciones aprendidas en la experiencia acumulada por PROINVERSIÓN y la incorporación de buenas prácticas en su diseño.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, es notable la ausencia de una redacción estandarizada en dichas cláusulas. En este contexto, es pertinente que se evalúe la estandarización de las mismas, tanto en su redacción como en los montos umbrales establecidos para acudir a cierto tipo de mecanismo, con el fin de dotar de mayor consistencia a los contratos futuros.

No obstante la eventual estandarización de estas cláusulas, cada contrato deberá tener la capacidad de adaptarse a la complejidad de las operaciones a cargo de PROINVERSIÓN y al contexto en el cual se desenvuelve. De esta manera, se prioriza la óptima ejecución de las operaciones como consecuencia de que la relación contractual entre el Estado y los privados cuenta con mecanismos de solución de controversias idóneos, eficientes y plenamente ejecutables.

5.4 El proceso de estandarización de las cláusulas de solución de controversias debe implicar también evaluar la selección de la institución a cargo de los arbitrajes internacionales tomando en consideración aspectos relevantes para la relación jurídico contractual con los inversionistas tales como costos a ser asumidos por las partes, ocurrencia de procesos acumulativos o paralelos, condiciones para la ejecución de los laudos, entre otros.

5.5 La mayor parte de las operaciones de APP (77 %) considera al arbitraje internacional dentro de sus contratos. De estos, el umbral máximo involucrado en la controversia para que esta deba ser resuelta mediante arbitraje internacional ha evolucionado, siendo en el año 2002 en promedio de USD 5 000 000,00 y en el año 2024 de USD 30 000 000,00, salvo una operación que consideró un umbral de USD 50 000 000,00.

5.6 El 94 % de las operaciones de APP evaluadas incluye la etapa de trato directo dentro del diseño de su cláusula de solución de controversias, y de estas, el 30 % considera un plazo máximo único de trato directo de 15 días.

5.7 Del 94 % de las operaciones APP evaluadas que incluyen la etapa de trato directo, un 29 % presenta plazos máximos diferenciados de 15 días para controversias nacionales y 6 meses para controversias internacionales. Dicha práctica de diferenciación también ha ido variando, ya que desde el año 2010 estos han tenido mayor presencia en los contratos de APP, en comparación a los plazos únicos. Asimismo, estos plazos han evolucionado, ya que el plazo máximo de trato directo para controversias nacionales ha llegado a ser de 90 días en 2024, haciendo uso del plazo de 15 días por última vez en 2015.

5.8 Los principales centros de arbitraje determinados en los contratos de las operaciones estudiadas son, para arbitrajes nacionales, el Centro de Arbitraje de la CCL (que representa al 90 % de estas) y para arbitrajes internacionales, el Ciadi (que representa al 71 % de estas). No obstante, se evidencia que, debido a los factores que implican los procesos arbitrales ante el Ciadi, algunos contratos de APP han comenzado a retirar dicha institución de la cláusula de solución de controversias. Por lo que, debe evaluarse en cada operación de APP qué centro de arbitraje internacional se debe establecer en el contrato.

5.9 De la legislación comparada de la muestra tomada (México, Chile y República Dominicana) se advierte que los países analizados consideran un diseño jurídico similar al ordenamiento peruano, pero con diferencias particulares en cuanto a las materias a resolver por cada mecanismo u órgano correspondiente. En este sentido, dichos ordenamientos incluyen mecanismos y etapas que se podrían estudiar de manera equiparable a los del ordenamiento peruano, pero que en la práctica se despliegan en contextos distintos, ya que en Perú los mecanismos y etapas establecidos por la normativa funcionan para todo tipo de controversia.

5.10 Los contratos de APP deben evitar incluir disposiciones patológicas en el capítulo correspondiente a solución de controversias, como la no identificación precisa del mecanismo de selección del centro de arbitraje, el reglamento con el cual se ventilará la controversia o qué institución la administrará, entre otros, con la finalidad de evitar disputas previas a procesos arbitrales o la dificultad en el desarrollo de la solución de las controversias que pudieran suscitarse en la ejecución de los contratos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arrarte, A. M., y Paniagua, C. (2007). Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra. *Advocatus*, (016), pp. 181-200. <https://doi.org/10.26439/advocatus2007.n016.2913>

Bullard, A. (2012). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. pp. 21-44. Instituto Peruano de Arbitraje.

Cámara de Comercio Internacional (2022). Reglamento de arbitraje y reglamento de mediación.

Canorio, B., Campos, S., Espinoza, O. y Segovia, J. (2021). Beneficios de la Junta de Resolución de Disputas en los contratos de obras públicas [Tesis de Maestría, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas]. Repositorio Institucional – Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Castillo, M. y Bedoya, A. (2021). Arbitraje, Cláusulas arbitrales patológicas. Estudio Mario Castillo Freyre.

Castillo, M. y Sabroso, R. (2011). ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de Ositrán. Estudio Mario Castillo Freyre.

Caivano, R. (2011). Las cláusulas ‘escalonadas’ de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral* (Tomo I, pp. 65-94). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-I.pdf>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2025). Reglamento y estatuto de arbitraje 2025.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2023). Laudo Arbitral de Derecho entre Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada S. A. contra la República del Perú – Caso Arbitral 0303-2022-CCL.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2022). *Ciadi: Convenio, reglamento y reglas*.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (s. f.). Base de datos de Estados Miembros del Ciadi. <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (s. f.). Base de datos de casos. <https://icsid.worldbank.org/es/node/12451>

Constitución Política del Perú de 1979 [Const]. (Perú).

Constitución Política del Perú de 1993 [Const]. (Perú).

Contrato de Concesión del Diseño, Financiamiento, Construcción, Operación y Mantenimiento del Proyecto Planta de Tratamiento de Aguas Residuales Taboada – PTAR Taboada. (2009). PROINVERSIÓN.

Contrato de Gerencia del Proceso de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto “Gestión del Instituto Nacional de Salud del Niño – San Borja”. (2014). PROINVERSIÓN.

Danós, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 9-44. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330>

Decreto Supremo N.º 034-80-VC. Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - Rulcop. (Perú).

Decreto Supremo N.º 065-85-PCM. Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales para el Sector Público - RUA. (Perú).

Decreto Legislativo N.º 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (Perú).

Decreto Supremo N.º 758. Dictan Normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos. (Perú).

Decreto Legislativo N.º 1362. Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. (Perú).

Decreto Legislativo N.º 1012. Decreto Legislativo que aprueba la Ley marco de asociaciones público privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. (Perú).

Decreto Supremo N.º 240-2018-EF. Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. (Perú).

Decreto Supremo N.º 059-96-PCM. Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. (Perú).

Decreto 900 del 18 de diciembre de 1996. Por el que se fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N.º 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. (Chile).

Decreto 956 del 20 de marzo de 1999. Por el que se emite el reglamento del DFL MOP N.º 164 de 1991 modificado por las leyes N.º 19.252 de 1993 y N.º 19.460 de 1996 (Chile).

Decreto N.º 434-20 de 01 de septiembre de 2020. Por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley N.º 47-20 de Alianzas Público-Privadas. (República Dominicana).

Henderson, L., Miralles, D., Cohen, D. y Verástegui, L. (2023). 20 años impulsando infraestructura y servicios públicos: Adjudicaciones en Asociaciones Público-Privadas Proyectos en Activos y Obras por Impuestos. PROINVERSIÓN.

Hodgson, M., Kryvoi, Y., & Hřčka, D. (2021). Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration. British Institute of International and Comparative Law (BIICL) y Allen & Overy.

Jones, D. (2009). Dealing with Multi-Tiered Dispute Resolution Process. The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 75(2), 188-198. Kluwer Law International.

Kundmüller, F. (2011). Es urgente “arbitralizar” al arbitraje peruano. Arbitraje PUCP, (1), 58-67. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/112648>

Ley N.º 26850 de 1997. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (Perú).

La Ley N.º 27332 de 2000. Ley Marco de los Organismos Reguladores (Perú).

Ley de Asociaciones Público-Privadas del 16 de enero de 2012. (México).

Ley N.º 47-20 de 7 de febrero de 2020. Por la que se emite la Ley de Alianzas Público-Privadas. (República Dominicana).

Martin, R. (2012). La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de Terceros en el Arbitraje Administrativo. Revista De Derecho Administrativo, (11), 155-180. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13552>

Morón, J., Aguilera, Z. (2017). Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal. Fondo Editorial PUCP.

Reglamento de la Ley de Asociaciones Público-Privadas del 5 de noviembre de 2012. (México).

Rivas, G. (2020). La anulación de laudos en Perú por problemas en el convenio arbitral. Foro Jurídico, (18), 181-196. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23394>

Santistevan, J. (2011). Comentario al artículo 4 del Decreto Legislativo 1071. En C. Soto & A. Bullard (Eds.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I, pp. 34-51). Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). <https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf>

Sumaria-Benavente, O. (2015). Arbitraje y tutela de urgencia: el arbitraje de emergencia. Advocatus, (032), 71-91. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n032.4385>

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria. (s. f.). Sunat - Tipo de Cambio Oficial. Recuperado el 12 de mayo de 2025 de <https://e-consulta.sunat.gob.pe/cl-at-ittipcam/tcS01Alias>

Talavera, A., & Olórtegui, J. (2015). ¿El Sistema del amigable componedor podría ser el respaldo que necesita el procurador para poder transar las controversias y no someterlas a arbitraje? Derecho & Sociedad, (44), 271-278. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14410>

Tapia, C. (2023). Una revisión de la regulación de Obras por Impuestos en materia de solución de controversias y dispute boards. IUS ET VERITAS, (66), 78-89. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.006>

Tenera, F. (2007). Amigable composición: contrato para solucionar conflictos. Revista de Derecho Privado, (38), 3-17.

Umpiérrez, M. (2021) Cláusulas escalonadas: ¿Cómo evitar que se conviertan en cláusulas patológicas? Concepto, problemática y soluciones. Revista Arbitraje Alumni, (2), 1-14. <https://www.arbitrajealumni.org/pages/revista/larevista.html>

PRO INVERSION



PRO INVERSIÓN

PRO
INVERSIÓN

Av. Enrique Canaval y Moreyra 150
Piso 9, San Isidro
Lima 27 / PERÚ
T: +51 1 200 1200

www.investinperu.pe



ISBN: 978-612-49956-4-4

