

INFORME N° 008-03-GAL-OSITRAN

A : Alejandro Chang Chiang
Presidente del Consejo Directivo

c.c : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Inmunidad Soberana

Fecha : 25 de febrero de 2003

I. OBJETIVO:

El presente informe tiene por objetivo determinar si desde el punto de vista jurídico resulta procedente que el Concedente (MTC) en el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez renuncie a la inmunidad soberana respecto de las obligaciones asumidas por éste con relación al Endeudamiento Garantizado Permitido. Es decir, si resulta legalmente factible que el Estado pueda ser llevado a Tribunales Internacionales y que se someta a la decisión de los mismos, sin argüir como medio de defensa su inmunidad soberana, con el propósito de dotar de mayores garantías a los Acreedores Permitidos en beneficio del financiamiento de la Concesión, a través de una negociación directa con el Concedente, por ejemplo, los siguientes términos:

Controversias relacionadas al Endeudamiento Garantizado Permitido.
Cualquier conflicto o controversia que surja con relación a la interpretación, ejecución, cumplimiento o cualquier otro aspecto vinculado estrictamente a las obligaciones contraídas por el Estado con relación al Endeudamiento Garantizado Permitido, en cuanto a éste corresponda, siempre que el mismo haya sido previamente aprobado en su integridad por el Concedente; se someterá a un procedimiento de negociación directa. Si la controversia no se pudiera resolver, se recurrirá al arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Para tal efecto, el Concedente se obliga a someterse a la jurisdicción arbitral a que se ha hecho referencia desde el inicio del proceso hasta la ejecución del laudo correspondiente. ”

II. ANÁLISIS:

1. De acuerdo a lo previsto en las disposiciones legales que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, específicamente el artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el Estado puede someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones que otorgue al amparo de dicha norma a arbitrajes nacionales o internacionales.

Ello, en atención que el artículo 63 de la Constitución Política del Estado, referido a las garantías para la inversión privada (nacional e internacional), permite que el Estado y las demás personas de derecho público, puedan someter las controversias derivadas de relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

2. En el presente caso, el Concedente (MTC) en representación del Estado Peruano, suscribió el Contrato de Concesión con el Concesionario del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (LAP) y convino en someter las Controversias No Técnicas de Mayor Valor a que se refiere la Cláusula 17.4 a un arbitraje internacional de Derecho ante el CIADI y las Controversias No Técnicas de Menor Valor a que se refiere la Cláusula 17.5 a un arbitraje de Derecho en la Cámara de Comercio de Lima.

En ese sentido, en caso de producirse una Controversia No Técnica, sea ésta de Mayor Valor o Menor Valor, el MTC se encuentra obligado a someterse a los arbitrajes antes mencionados y a acatar lo resuelto en los laudos que se expidan.

3. La Leyes Peruanas señalan que ante la renuencia de acatar un laudo, es factible recurrir al Juez peruano competente y hacer cumplir el laudo como un proceso no contencioso (artículo 130° y siguientes de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje). Por lo tanto en el supuesto que el MTC fuese renuente de acatar un lado, es factible de acuerdo a las leyes peruanas, recurrir al Juez peruano para exigir su acatamiento.
4. Como consecuencia de lo mencionado el MTC, en dichos supuestos, **NO goza de ninguna inmunidad soberana**, puesto que no es un privilegio que los Estados puedan invocar ante sus propio Tribunales alguna inmunidad para desacatar el cumplimiento de sus obligaciones o los laudos emitidos en los procesos arbitrales a los que voluntariamente se sometió. Sin embargo, pese a lo mencionado, es claro que en caso de renuencia del Concedente (MTC) a cumplir con la ejecución del laudo, Los Acreedores Permitidos estarán obligados a las normas internas que establecen determinados trámites para poder ejecutar un laudo a través de un embargo.
5. De otro lado, resulta importante mencionar que de acuerdo a las disposiciones legales vigentes, también es factible que luego de practicarse un arbitraje internacional, los Acreedores Permitidos tengan el derecho de optar por hacer cumplir el laudo que le favorezca ante una jurisdicción distinta a la peruana.

Ello, como consecuencia de que el Derecho Internacional Público actualmente admite la posibilidad de que los Estados puedan someterse a tribunales de otros Estados cuando actúan como parte en relaciones contractuales con particulares sin ejercer la soberanía estatal.

6. Es de mencionar que antes del Siglo XX no se admitía dicha posibilidad, pues se consideraba que sobre la base de la Teoría de la Inmunidad Soberana Absoluta de los Estados, ninguno de ellos podía someterse a la jurisdicción de tribunales de otros Estados.

Sin embargo, como ha sido mencionado, a partir de mediados del siglo XX, el gran desarrollo de la actividad empresarial del Estado conllevó a que el Estado en sus relaciones comerciales no intervenga en ejercicio de soberanía sino en un plano de igualdad con los particulares y que por lo tanto, pueda someter sus controversias a arbitrajes internacionales y a tribunales internacionales. Así, la Teoría de la Inmunidad Soberana Absoluta del Estado se mediatizó con el propósito de asegurar un plano de igualdad con los particulares que suscribieran contratos con los Estados.

7. En el presente caso, de acuerdo a lo mencionado, resulta factible que el MTC en representación del Estado pueda pactar con los Acreedores Permitidos el sometimiento a tribunales internacionales para la ejecución de los laudos emitidos en arbitrajes internacionales, sin que sea menguada la soberanía del Estado. Ello, en la medida que el MTC en el Contrato de Concesión no actúa en posición de soberanía estatal sino como parte de un relación contractual con un privado donde determinadas controversias pueden ser sometidas a arbitrajes.

8. Desde este punto de vista, somos de opinión que lo importante es que el MTC frente a la solicitud de los Acreedores Permitidos acepta una jurisdicción que satisfaga a ambas partes y que se comprometa a aceptar la decisión que se adopte en dicha jurisdicción.

En tal sentido, la propuesta de OSITRAN sería que el MTC evalúe el sometimiento a una determinada jurisdicción arbitral y que así se garantice a los Acreedores Permitidos que tal como ocurre si demandan en el Perú, el MTC respetará la ejecución de los laudos que se soliciten en dicha jurisdicción, es decir, en la práctica, renunciará a la denominada inmunidad soberana.

9. Finalmente, cabe resaltar que se han presentado evidencias de al menos otros 10 casos de contratos de concesión financiados por OPIC que han hecho expresa renuncia a la inmunidad soberana.

III. CONCLUSIONES:

1. Desde el punto de vista doctrinario jurídico el Estado al suscribir contratos con particulares puede someter las controversias con los Acreedores Permitidos que se deriven de dichos contratos a arbitrajes internacionales. Ello está expresamente previsto en el artículo 63 de la Constitución Política del Estado.
2. En dicho supuesto, el Estado actúa frente a las decisiones de los árbitros (laudos) sin el ejercicio de su soberanía y por lo tanto debe acatar los mismos y puede exigírsele su acatamiento ante los tribunales nacionales sin que pueda interponer como medio de defensa su soberanía.
3. Asimismo, de acuerdo al Derecho Internacional Público resulta factible que el Estado en los contratos con los particulares pueda renunciar a la jurisdicción de los tribunales nacionales en el caso de la ejecución de los laudos arbitrales internacionales y someterse a la jurisdicción de los tribunales internacionales.
4. Como consecuencia de ello, resulta factible que el MTC, en aquellas controversias que puedan ser resueltas a través de arbitrajes con los Acreedores Permitidos, pueda renunciar a los tribunales nacionales y someter la ejecución de los laudos a los tribunales internacionales.
5. Para tal efecto, tendrá que evaluar una jurisdicción que satisfaga a ambas partes y comprometerse a aceptar la decisión que se adopte en dicha jurisdicción.
6. Ello implica, en nuestra opinión, una renuncia válida y legal a la denominada inmunidad soberana con el propósito de garantizar a los Acreedores Permitidos y su Endeudamiento Garantizado Permitido en los términos de un acuerdo directo con el Concedente.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

JRP/gsg
REG-SAL-GAL-03-1346