

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y  
Buen Gobierno

“Cuando un gran poder conlleva una gran responsabilidad”.  
Análisis del estado actual de la facultad de interpretar contratos de  
concesión del OSITRAN y los efectos del precedente vinculante  
recaído en la Resolución de Consejo Directivo N°  
040-2019-CD-OSITRAN.

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en  
Derecho Público y buen gobierno

Autor:

***Christian Daniel Castillo Chavez***

Asesor:

***César Augusto Higa Silva***

Lima, 2021

## **RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo pretende abordar la situación actual de la función interpretativa de los contratos de concesión del OSITRAN, ello teniendo en consideración lo establecido en el precedente de observancia obligatoria emitido por el ente regulador a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD que precisa entre otras cosas que el ejercicio de la mencionada función siempre será de oficio. En ese sentido, es posible advertir que el mencionado criterio produce potenciales escenarios de inseguridad jurídica, por lo que realizando un análisis de la referida facultad y su evolución a través de los últimos 15 años proponemos una serie de modificaciones que tiene por objetivo reforzar el marco jurídico de concesiones de infraestructura en el Perú.

Palabras clave: OSITRAN, Interpretación, Regulador, Contratos de Concesión, Trato Directo, y Solución de Controversias.

## **ABSTRACT**

This paper aims to address the current situation of the interpretive function of OSITRAN's concession contracts, taking into consideration what is established in the precedent of mandatory observance issued by the regulatory entity through Directive Council Resolution No. 040-2019 -CD that specifies, among other things, that the exercise of the aforementioned function will always be ex officio. In this sense, it is possible to note that the aforementioned criterion produces potential scenarios of legal uncertainty, so by carrying out an analysis of the aforementioned power and its evolution over the last 15 years, we propose a series of modifications that aim to reinforce the framework. legal infrastructure concessions in Peru.

Keywords: OSITRAN, Interpretation, Regulator, Concession Contracts, Direct Deal, and Dispute Resolution.

## Resumen Ejecutivo

### Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>1. Aspectos constitucionales y normativos .....</b>	<b>3</b>
1.1. Base constitucional de la creación del OSITRAN como organismo regulador .....	3
1.2. Reconocimiento en la normativa nacional de la facultad del OSITRAN para interpretar contratos de concesión.....	5
1.3. Según nuestra normativa vigente ¿La facultad interpretativa de OSITRAN se da como parte del ejercicio de actividades de supervisión o de resolución de controversias a la luz de la normativa vigente?.....	10
<b>2. Naturaleza y finalidad de la interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de uso público en el Perú .....</b>	<b>12</b>
2.1. Naturaleza de los contratos de concesión de infraestructura de uso público en el régimen jurídico peruano.....	12
2.2. Naturaleza de la facultad interpretativa del OSITRAN como una potestad exorbitante de la administración.....	16
2.3. La finalidad de la interpretación de un contrato desde un enfoque civil ¿realmente difiere en el caso de los contratos de concesión?.....	21
<b>3. Tratamiento actual y retos en la delimitación de la facultad interpretativa del OSITRAN .....</b>	<b>26</b>
3.1. De los “Lineamientos para la interpretación de contratos de concesión” del año 2004 al precedente obligatorio de la Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN.....	26
3.2. La resolución de controversias en materia interpretativa según la regulación actual de las cláusulas de solución de controversias en los contratos de concesión en el Perú. ....	31
3.3. ¿Es revisable la interpretación que realiza OSITRAN de un contrato de concesión?..	33
3.4. Al día de hoy: ¿Cómo la Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN compromete la seguridad jurídica de los inversionistas en los contratos de concesión?.....	36

**4. Propuesta de modificación a la ley de creación de OSITRAN y su Reglamento, y de los “Lineamientos para el diseño de contratos de asociación público-privada (APP)”.**  
.....**39**

**Conclusiones** .....**43**

**Bibliografía**.....**45**



## INTRODUCCIÓN

Concesiones en infraestructura ¿Cómo hacerlo bien? Es la pregunta que José Luis Guash nos planteaba en su libro del 2005 con el mismo título, y que nos cuestiona entre otros desafíos el rol que debe cumplir un organismo regulador como garante de un sistema de concesiones que requiere una sólida instrumentación regulatoria. Es por ello, que temas como el desarrollado en el presente trabajo cobran vital relevancia, pues existen entre las diversas facultades otorgadas a los reguladores algunas que tendrán un gran impacto en la etapa ejecutiva de un contrato de concesión siendo la función interpretativa la que amerita nuestra atención al día de hoy por el tratamiento que ha tenido en el sistema jurídico peruano.

En atención a ello, en el presente trabajo abordaremos el tratamiento que ha tenido la función interpretativa del OSITRAN, en su calidad de ente regulador del sector infraestructura de uso público, toda vez que el mencionado regulador ha sentado un precedente administrativo de observancia obligatoria en el año 2019 a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN que ha generado más de una controversia en el sector. Esto último debido a que establece que la interpretación que realiza el OSITRAN siempre será de oficio, independientemente si una de las partes del contrato de concesión sugiere la interpretación siendo que el ejercicio de la misma siempre deberá estar basado en el interés público que suscita la interpretación de determinadas cláusulas de los contratos de concesión.

En ese sentido, como bien se puede advertir, el mencionado criterio resulta controvertido y suscita más de una suspicacia sobre el ejercicio de la función interpretativa. Por este motivo, hemos procedido a estructurar el presente trabajo en cuatro apartados siendo el primero de ellos un pequeño análisis sobre los aspectos constitucionales y normativos del OSITRAN y sus funciones haciendo énfasis en la interpretativa. En segundo lugar, nos centraremos en analizar la naturaleza y finalidad de la interpretación dentro de los contratos de concesión a fin de determinar si la misma varía a la de un contrato civil. Como tercer apartado procederemos a analizar el tratamiento actual que propone la

040-2019-CD-OSITRAN, y la forma como su criterio puede desarrollar un marco de inseguridad jurídica a los inversionistas. Finalmente, a manera de reflexión proporcionaremos una serie de modificaciones a la Ley de creación del OSITRAN, su Reglamento, y los Lineamientos para la elaboración de Contratos de Asociación Público Privada (APP), a manera de respuesta al escenario de inseguridad jurídica influenciado por el nuevo criterio establecido por el regulador.

Por lo señalado, esperamos que las siguientes páginas puedan servir de reflexión al lector para futuros trabajos o debates en torno a las funciones de los organismos reguladores, y cómo las mismas pueden tener un gran impacto en la vida de un contrato de concesión, y por ende, también en el servicio público o infraestructura que se pretende salvaguardar a través de los mismos. Por ello, con el objetivo de lograr una retroalimentación que permita brindar un punto crítico al tema emplearemos instrumentos doctrinarios pero sobre todo un análisis normativo histórico y sistemático así como descriptivo; y de esta manera, poder poner sobre la mesa este tema que ha sido si bien algunas veces mencionado pocas veces tratado y desarrollado a plenitud a través en un documento académico.

## 1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y NORMATIVOS

En el presente acápite, procederemos a desarrollar los fundamentos constitucionales y normativos que habilitaron a la creación del OSITRAN y su respectiva facultad interpretativa, con el objetivo de determinar si dicha potestad es ejercida como parte de sus labores de supervisión o si forma es parte del ejercicio de su facultad para resolver controversias.

### 1.1. Base constitucional de la creación del OSITRAN como organismo regulador

Para poder entender la base constitucional que permitió la creación del OSITRAN como organismo regulador en infraestructura de uso público, es imperante entender cuál es el tratamiento que le da nuestra constitución a este último término. En ese sentido, debemos empezar precisar que nuestra Constitución en artículo 73 establece que *“Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”*, pudiéndose apreciar que el citado artículo utiliza los términos “bienes de dominio público” y “bienes de uso público”, ello con la finalidad de realizar una necesaria acotación.

En primer lugar, es necesario precisar que autores como Kresalja (2012)<sup>1</sup> definen a los bienes de dominio público *“aquellos que se encuentran afectados al uso general y su fundamento es el interés público”* (pp.179), dándonos a entender que este tipo de bienes tiene como principal elemento i) el uso general y ii) el interés público. Teniendo en consideración ello autores como Jorge Avendaño(2004)<sup>2</sup> han precisado que *“los bienes de uso público son una subespecie del género de los bienes de dominio público”* (pp. 684). Es así que los bienes de uso público forman parte del gran conglomerado de bienes de dominio público a cargo del Estado, por ello autores como Ariño (2004)<sup>3</sup> convienen en precisar que

---

<sup>1</sup> KRESALJA ROSELLÓ, Baldo Y OCHOA CARDICH, Cesar. “El régimen económico de la constitución de 1993”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año: 2012, pp. 179.

<sup>2</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. "Para leer el Código Civil.". Lima: Fondo Editorial PUCP. Año: 1984, pp.121.

<sup>3</sup> ARIÑO, Gaspar. 2004 “Principios del derecho público económico.” Lima: ARA. Año: 2004, pp.684.

los bienes de uso público son infraestructuras destinadas al aprovechamiento general, debiéndose entender por el término “uso público” como la posibilidad de que el bien pueda ser objeto de un uso general, sin perjuicio de ser susceptible de otros tipos de usos mediante el otorgamiento de autorizaciones y concesiones (pp. 684).

En ese orden de ideas, podemos apreciar como el artículo 73° de la Constitución le otorga un dinamismo diferente a los bienes del Estado destinados al uso general, permitiendo que en los denominados bienes de uso público se puedan establecer derechos de aprovechamiento económico a favor del sector privado a través instrumentos como las concesiones. Por lo tanto, la finalidad y relevancia es promover concesiones de infraestructura a través de iniciativas privadas, lo que conlleva inevitablemente a la intervención directa del sector privado en la explotación del bien de uso público a través de la suscripción de contratos de concesión de obras de infraestructura.

Ahora bien, el traslado de la explotación económica de los bienes de uso público al sector privado va de la mano con la preocupación por el control de la misma, a fin de que no se vean vulnerados los derechos de los consumidores y usuarios que tienen acceso a la infraestructura. Por este motivo, otro artículo constitucional que cobra relevancia es el artículo 65° que coloca al Estado como responsable por la protección de los intereses de los usuarios y consumidores. Ante el mencionado mandato de protección de los intereses de los usuarios, el Estado adoptó la teoría de la regulación plasmando en la creación de los organismos reguladores a fin de proteger a los usuarios de los servicios públicos e infraestructuras de uso público. En el presente caso OSITRAN fue creado para proteger a los usuarios de la infraestructura de uso público incluyendo tanto a los ciudadanos que acceden a la misma con el objetivo de adquirir algún bien o servicio, así como las personas naturales o jurídicas que realizan alguna actividad económica dentro de la misma.

En ese sentido, la creación del OSITRAN como organismo regulador tiene un cimiento constitucional basado en la necesaria intervención del Estado a través de los mismos para la protección de los intereses de los usuarios frente a la dinámica de la explotación económica de la infraestructura por parte del sector privado plasmada en los contratos de concesión, a



fin de garantizar el adecuado desenvolvimiento del mercado. Por este motivo, la satisfacción de las necesidades del usuario es el punto de referencia que debe tener en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado, pues ahí radica la principal finalidad que cumple un organismo regulador como promotor de la verdadera competencia que termina beneficiando a los usuarios, tal como lo precisa la sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Roberto Nesta Brero y Otros<sup>4</sup>.

## **1.2. Reconocimiento en la normativa nacional de la facultad del OSITRAN para interpretar contratos de concesión**

Como bien se señaló en el apartado anterior, ante la intervención del sector privado en la explotación económica de la infraestructura de uso público surge la obligatoriedad del Estado de intervenir a través de la regulación a fin de garantizar la protección de los intereses de los usuarios. Es así, que debemos recordar lo señalado por autores como Martin (2014)<sup>5</sup>, quien señala que la regulación tiene dos componentes: i) económico y ii) social. El primer componente procura que la regulación de aquellas actividades económicas concentradas en monopolios debido a la necesidad de imponer reglas que permita regular el poder económico que se concentra en estos grupos, mientras que el segundo regula las actividades económicas pueden generar consecuencias directas e indirectas en otros bienes protegidos por el Estado tales como el medio ambiente, salud y educación pública, entre otros (pp 86-190).

Por este motivo, el Estado interviene en la económica a través de entidades como los organismos reguladores que desarrollan acciones a fin de proteger los intereses económicos y sociales, lo que incluye tanto al concesionario cuyos intereses se encuentran plasmados en los contratos de concesión como el interés general que pretende proteger el Estado y que resulta medible a través de la satisfacción de las necesidades e interés de los usuarios. Tomando como punto de partida lo mencionado es que la Ley N° 29158, Ley Orgánica del

---

<sup>4</sup>Tribunal Constitucional del Perú (2003). Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Caso Roberto Nesta Brero y Otros. Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2021.

<sup>5</sup> MARTIN TIRADO, Richard. "El retorno del leviatán: mitos y verdades sobre la naturaleza del aporte regulatorio del OEFA." En OEFA: El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú: El aporte por regulación que recibe el OEFA. Primera Edición. Lima: OEFA, 2014, pág. 86-90.

Poder Ejecutivo (en adelante, “LOPE”), divide en dos tipos a los organismos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo: Organismos Públicos Ejecutores y Organismos Públicos Especializados. Es así, que los Organismos Públicos Especializados se subdividen a su vez en Organismos Técnicos Especializados y Organismos Reguladores, siendo el OSITRAN incluido en esta última categoría.

En consecuencia, al ostentar la categoría de organismo regulador de acuerdo a la LOPE se adquiere determinadas características que lo permiten diferenciar de otros organismos públicos del Poder Ejecutivo como INDECOPI, y a su vez garantizar el correcto desenvolvimiento de su accionar. Por ello su artículo 32, precisa las siguientes particularidades:

- i. Se crea para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados.
- ii. Su cobertura de atención es a todo el territorio nacional.
- iii. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM).
- iv. Determinan su política de gasto en base a la política general del gobierno.
- v. Dirigidos por un Consejo Directivo.
- vi. Dentro de su ámbito de competencia tiene determinadas facultades.

En atención a lo mencionado, el Estado intervendrá en la economía a través de entidades que desarrollen acciones a fin de proteger los intereses económicos y sociales. De ahí que nuestro ordenamiento cree a los organismos reguladores a través de Ley N° 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos- (en adelante, “Ley Marco”), dotándolos de las siguientes funciones establecidas en el artículo 3 de la referida norma:

- (i) **Función supervisora:** comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier

otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada

- (ii) **Función reguladora:** comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- (iii) **Función normativa:** comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
- (iv) **Función fiscalizadora y sancionadora:** comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.
- (v) **Función de solución de controversias:** Conciliar intereses entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de aquellos conflictos de las propias empresas.
- (vi) **Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan**

De esta manera, nuestro ordenamiento recoge la necesidad de establecer un marco regulatorio adecuado para lograr que las inversiones en servicios públicos u obras de infraestructura sea realizada de manera correcta, tomando como primer paso la creación de organismos reguladores que garanticen la competencia en determinados sectores de interés para el Estado. Esto último, es recogido por autores como Barrantes (2007) quien indica que **“para lograr los niveles de eficientes de inversión privada, es decir, aquellos que la sociedad está dispuesta a pagar, es necesario que el Estado se comprometa creíblemente a no expropiar las inversiones. Es esta característica la que justifica el establecimiento de un marco regulatorio que requiere la creación de nuevos organismos –los organismos reguladores- para garantizar su cumplimiento.”** (pp. 331) <sup>6</sup> (Subrayado propio).

En ese orden de ideas, autores como Guash (2005) también coinciden en la necesidad de la

---

<sup>6</sup> BARRANTES CÁCERES, Roxana. “Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos.” En: Círculo de Derecho Administrativo N 07. 2007, pág. 331.

creación de los organismos reguladores para la correcta ejecución de un contrato de concesión priorizando para lograr ello que la estructura orgánica de estas entidades sea la adecuada; por este motivo señala que *“el vigor con que se apliquen los contratos no sólo depende de la existencia de una agencia reguladora, sino que también requiere de una sólida estructura, organización e instrumentación regulatoria y adecuados recursos financieros, que permitan a la agencia el desempeño de sus funciones.”* (pp.168)<sup>7</sup> (Subrayado propio).

En ese sentido, podemos concluir que el rol de los organismos reguladores en nuestro ordenamiento recae en ser garantes del interés público que se pretende satisfacer a través de los contratos de concesión suscritos entre el Estado y el privado. Para lo cual las 5 funciones mencionadas son transversales a todos los organismos reguladores independientemente de su sector; sin perjuicio de ello, resulta necesario contar con normas que formulen marcos de desenvolvimiento de estos organismos reguladores. En atención a ello, el numeral 2 del artículo 3 de la Ley N° 27332 que precisa lo siguiente: *“Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.”* (subrayado nuestro), con ello se asegura que el desarrollo normativo de cada sector habilite de una manera más concreta a los organismos reguladores para el correcto desempeño de sus funciones.

De hecho, como bien se ha mencionado en el acápite anterior los organismos reguladores tienen facultades que deben ser ejercidas con ciertas limitaciones, pues de ellos depende velar por el cumplimiento de sus funciones, y que, como consecuencia de sus acciones, no se vulneren los intereses o derechos de los administrados. Por ello, se ha emitido normativa que regule las facultades, siendo necesario precisar que entre la facultad que nos interesa abordar para el presente trabajo es la interpretativa, la cual ha sido plasmada como una de las tantas funciones que tiene el OSITRAN.

Por este motivo, a nivel facultad de interpretación de contratos de concesión del OSITRAN ha sido reconocida en el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley

---

<sup>7</sup> GUASH, José Luis. “Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.” Op. Cit. 2005, pág. 168.

de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (en adelante, “Ley OSITRAN”), la misma que precisa que entre las funciones de este regulador se encuentra: *“interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.”*

De igual manera, en el artículo 29 ° del Reglamento de la Ley N° 26917 aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, “Reglamento”), se precisa que *“Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, (...) La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus anexos, bases de licitación y circulares.”*

Por lo expuesto se puede apreciar que la mencionada función interpretativa de los contratos de concesión del OSITRAN tiene reconocimiento a nivel normativo en nuestro ordenamiento, colocando al Consejo Directivo de dicho organismo como única instancia administrativa dotada para ejercer la mencionada facultad. No obstante, de una primera impresión en la redacción de la función interpretativa en ambos cuerpos normativos se puede advertir que, pese a tener restricciones de forma respecto a quien realiza y qué determina la interpretación, no se encuentran mayores limitantes a su ejercicio que permitan orientar de forma concisa bajo que contexto se utiliza la referida función.

En consecuencia, al ser la interpretación de los contratos de concesión una función más del OSITRAN otorgado por el marco jurídico vigente, resulta necesario tener claridad respecto de cuál de las seis facultades reconocidas a los organismos reguladores en la Ley Marco correspondería, ello con el objetivo de determinar el contexto de su aplicación, o si en todo caso la función interpretativa responde a una habilitación legal diferente a las señaladas en la referida Ley Marco y que por lo tanto requeriría de un desarrollo legislativo y reglamentario mucho más preciso y extenso.

**1.3. Según nuestra normativa vigente ¿La facultad interpretativa de OSITRAN se da como parte del ejercicio de actividades de supervisión o de resolución de controversias a la luz de la normativa vigente?**

Teniendo en consideración lo señalado en el punto anterior, consideramos necesario el intentar comprender si el ejercicio de la facultad interpretativa del OSITRAN se da a partir del ejercicio de las potestades otorgadas por la Ley Marco; es decir, como parte de las actividades de supervisión, fiscalización, resolución de controversias, regulación, normativa, o solución de reclamos, o, por el contrario, pertenece a un tipo de facultad diferente otorgada solamente al OSITRAN. En ese sentido, procederemos a realizar un análisis sistemático por ubicación de norma para poder entender de primera mano a cuál de las actividades pertenece la facultad interpretativa de OSITRAN, ello con el objetivo de verificar si lo establecido en el marco normativo conversa con el uso que le ha dado la entidad en la realidad.

En primer lugar, corresponde analizar a detalle si la Ley Marco de organismos reguladores precisa algo respecto; sin embargo, la mencionada norma sólo se limita a detallar las facultades generales con las que cuenta todo organismo regulador en el Perú. De igual manera, revisamos el Reglamento de la Ley Marco aprobada por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM; no obstante, no encontramos alguna mención respecto a la facultad interpretativa.

En segundo lugar, se procedió a revisar la Ley OSITRAN en donde sí se encontró mención de la facultad interpretativa como una de las funciones del ente regulador el “*interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación*”; en otras palabras, interpretar los contratos de concesión de su sector. Cabe resaltar respecto a este punto que en la Ley OSITRAN solo hace mención de la función interpretativa que tiene este regular en dicho apartado más no desarrolla la misma en algún otro apartado de la norma.

Finalmente, el Reglamento de la Ley OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N°

044-2006-PCM, y en cuyo artículo 31 se puede observar que la función de interpretativa otorgada en la Ley OSITRAN se regula bajo el título “Discrepancias sobre la interpretación”; no obstante, ello, lo que más llama la atención es que la mencionada facultad se encuentra dentro del Capítulo II apartado que le pertenece a la función reguladora, lo cual nos podría llevar a pensar que desde la ubicación en la normativa esta función interpretativa se da en el marco de facultad de regulación, lo cual diferirá un poco de la verdadera finalidad de esta último. Sin embargo, mediante Decreto Supremo N° 114-2013 se realizó una modificación al Reglamento de la Ley OSITRAN; y como consecuencia de ello, la función interpretativa del OSITRAN migró al artículo 29 y formó parte del Capítulo III que pertenece a la facultad supervisora del ente regulador, por lo que se puede asumir que sistemáticamente la función interpretativa de los contratos de concesión se da en el marco del ejercicio de la facultad de supervisión.

Por las consideraciones expuestas, podemos concluir partiendo de un criterio sistemático por ubicación de norma que la función de interpretar contratos se da en el marco del ejercicio de la facultad de supervisión del OSITRAN, criterio que también es compartido por el Consejo Directivo de la entidad en el precedente recaído en la Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN, que procederemos a comentar en otros apartados del presente trabajo. No obstante, se puede apreciar que durante casi 7 años desde la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley OSITRAN se entendió que la facultad interpretativa se daba dentro de las facultades regulatorias, por lo que no resultaría extraño que la misma sea reconocida como una facultad independiente que no se de en el marco de cualquier otra facultad establecida en la Ley Marco o que se cambie y forme parte del ejercicio de otras facultades como la facultad de resolución de controversias.

Cabe precisar que de la revisión de la normativa actual no se advirtió que la función de realizar interpretaciones pertenezca a la facultad de resolución de controversias, tanto por su ubicación dentro de la Ley OSITRAN o su Reglamento, de igual forma, no se reguló nada respecto a la función interpretativa en los apartados de la función de resolución controversias. Por este motivo, se puede apreciar que al día de hoy el ejercicio de la función de resolución de controversias no incluiría el ejercicio de la función interpretativa

para efectuar el cumplimiento del mismo.

## **2. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE USO PÚBLICO EN EL PERÚ**

En el presente acápite abordaremos más a profundidad las implicancias de la facultad de interpretación enfocada a los contratos de concesión de infraestructura, para lo cual comenzaremos abordando cual es la naturaleza de estos últimos en el Perú, y luego, analizaremos de igual manera la naturaleza de la facultad interpretativa del OSITRAN entendiendo a la misma como la expresión de una potestad exorbitante que ostenta la administración. Finalmente, en este apartado examinaremos si la finalidad de la interpretación de un contrato de concesión difiere del ejercicio que se hace al interpretar algún otro tipo contractual.

### **2.1. Naturaleza de los contratos de concesión de infraestructura de uso público en el régimen jurídico peruano.**

Un primer punto de partida es entender que las concesiones administrativas tienen características y regímenes jurídicos diferentes, un ejemplo claro de ello se da al comparar las concesiones mineras con las concesiones de infraestructura de uso público, en donde se puede apreciar que estas últimas se plasman a través de contratos mientras que las primeras se otorgan a través de actos administrativos. Al respecto autorizada doctrina nacional como el profesor Zegarra acotan que una concesión administrativa es una relación jurídica a través de la cual se otorga por un periodo de tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada.” En: Themis N° 39. Lima, 2005, pág. 102



A partir de lo mencionado es que resulta necesario partir de lo regulado en nuestra normativa nacional respecto, teniendo que remontarnos a la definición que manejaba la norma base que dio origen a las concesiones de infraestructura: Decreto Supremo N° 059-96-PCM “Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos” (en adelante, TUO), y el Decreto Supremo N° 060-96-PCM que aprueba el Reglamento del TUO (derogado por el Decreto legislativo N° 1224; y éste último derogado por el Decreto Legislativo N° 1362). Al respecto, el Decreto Supremo N° 060-96-PCM definía a la concesión como:

*“(…) El acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido” (Subrayado nuestro).*

Lo señalado en la norma nos permite advertir que el concepto de acto administrativo al que hace referencia la norma es el acta de adjudicación de la buena pro al postor ganador y no el contrato de concesión a ser suscrito, y que otorgará los derechos a favor del concesionario de la obra pública de infraestructura. Por este motivo, es necesario acotar que, al ser la adjudicación de la buena pro el resultado final de un procedimiento de selección, en dicha etapa aún no se otorga el derecho para la ejecución y explotación de la obra pública de infraestructura, la cual será otorgada únicamente con la suscripción del contrato de concesión.

Es a partir del orden de ideas expuesto, es que autores nacionales como Martín (2016, pp. 435-436)<sup>9</sup> señalan que el contrato de concesión de infraestructura cuenta con una triple

---

<sup>9</sup> MARTÍN, Richard. “La declaración de nulidad de los contratos de promoción de la inversión privada por vicios de corrupción en el procedimiento de selección.” En: Libro Derecho Administrativo: Hacia un Estado más confiable, Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Lima, 2016, pág. 435-436.

naturaleza:

- i) **Procedimiento administrativo:** se escoge a la contraparte del sector privado en el Contrato de Concesión a través de un concurso público.
- ii) **Acto Administrativo:** al emitirse el acta de buena pro que da a conocer al postor ganador.
- iii) **Contrato:** otorga el derecho para la ejecución y explotación de obras o servicios públicos con la suscripción del contrato de concesión.

De igual manera, autores como Shimabukuru (2015, pp. 104 - 126)<sup>10</sup> han resumir de forma muy práctica las teorías que describen la naturaleza de los contratos de concesión de infraestructura, agrupándolas de la siguiente manera:

- i) **Teoría del acto unilateral:** Dota a la administración pública de una posición dominante para organizar a su criterio el servicio, siendo que los derechos y obligaciones del concesionario derivan de una decisión unilateral.
- ii) **Teoría del contrato privado:** Considera al contrato de concesión como un contrato regulado por el derecho civil, siendo que la administración actuaría como una persona de derecho privado sobre la base de la “teoría de la doble personalidad del Estado”.
- iii) **Teoría del acto mixto o doble configuración:** Admite que en los contratos de concesión existen dos tipos de categorías de cláusulas diferentes: (i) naturaleza legal, y (ii) contractual.
- iv) **Teoría del contrato público en sentido estricto:** Los contratos de concesión no tienen ni una naturaleza legal ni una reglamentaria, dado que el contrato de concesión es un contrato público que cuenta con un marco normativo especial el cual permite regular el servicio.

En el caso del Perú, nuestra doctrina nacional ha prestado principal énfasis en la “Teoría del

---

<sup>10</sup> SHIMABUKURO, Néstor. “El contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de promoción de la inversión privada: una propuesta de principios jurídicos para su fase de ejecución”. Tesis para optar el Título de Abogado PUCP. 2015, pág. 104-126.

Acto Mixto”, como ejemplo de ello autores como Zegarra (2005)<sup>11</sup> precisa que *“los contratos de concesión tienen un aspecto legal que permite al Estado controlar y vigilar legalmente la satisfacción del interés público, y a su vez tienen un aspecto contractual que desarrolla el contenido económico del mismo, así como los derechos y obligaciones de las partes contratantes”* (pp.103). Cabe indicar que si bien existe este aspecto contractual el Estado no puede imponer cláusulas injustificadas que terminen perjudicando a su contraparte, por ello autores como Danós (2000) precisa que *“el aspecto legal de un contrato de concesión no debe ser percibido como una carta abierta para que el Estado impute cualquier obligación al concesionario y/o modifique el objeto contractual a su conveniencia, reduciendo la intervención del concesionario al solo cumplimiento de las obligaciones plasmadas en el contrato de concesión”* (pp.56-57)<sup>12</sup>.

En ese sentido, a ser la naturaleza del contrato concesión un “acto mixto” y tener este un aspecto contractual, ello conlleva a que se respete lo pactado por las partes sin menoscabar los intereses económicos que motivaron a los privados a participar en el concurso y celebrar el contrato de concesión. Por ello, si el privado decidió celebrar el contrato con la administración se debe a que identificó un negocio rentable, siendo que la administración evaluó la propuesta del privado en el marco de un proceso de selección y decidió adjudicar la buena pro. Por ello, en los contratos de concesión se reconoce el interés individual de los concesionarios, pero sin descuidar ni desconocer el interés público que hay de por medio y que se plasma en este tipo de contratos.

Es a raíz de dicha interacción que muchos autores nacionales e internacionales como Cassagne (2015) afirman que *“En los contratos que celebra la administración, regidos fundamentalmente por principios y normas de derecho público, la concepción contractual se configura sobre la base de un acuerdo voluntades cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes en función de los intereses que persiguen”* (pp. 27-28)<sup>13</sup>. De igual

---

<sup>11</sup> ZEGARRA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada.” En: Themis N° 39. Lima, 2005, pág. 103.

<sup>12</sup> DANÓS, Jorge. “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas y servicios públicos a través de las concesiones.” En: Revista Advocatus N° 02. Lima. 2000, pág. 56-57.

<sup>13</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “La división público-privada: Una dicotomía central de la contratación administrativa.” En: Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA 2015. Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico Business Law Journal. 2015, pág. 27-28.

manera, Fernández (2012) recalca que *“la concesión (...) configura una situación jurídico-administrativa cuya organización debe ser fruto de un cierto equilibrio entre la imprescindible defensa de los intereses públicos presentes (...) y los intereses del concesionario que también han de ser tomados en consideración” (pp.230-231)<sup>14</sup> (subrayado nuestro).*

Por lo expuesto, podemos concluir que la naturaleza de un contrato de concesión de infraestructura en el Perú es “Mixta”, pues se busca en el mismo un equilibrio entre el interés general o público y el interés del privado, dado que, si bien la satisfacción del interés público es el motivo principal de la administración para suscribir un contrato de concesión con el privado, no se debe ignorar o desconocer que la concesión es un contrato también, y por lo cual también se debe proteger por los intereses del privado quien realiza la inversión en el proyecto.

## **2.2. Naturaleza de la facultad interpretativa del OSITRAN como una potestad exorbitante de la administración.**

Como bien se precisaba en el apartado anterior, los contratos de concesión ostentan una naturaleza “Mixta” mediante la cual por un lado el privado pretende satisfacer sus intereses económicos y por el otro el Estado busca salvaguardar el interés general, y es respecto a este último que examinaremos a la facultad interpretativa como un instrumento contractual que representa una manifestación de la potestad exorbitante del Estado para salvaguardar el interés público. Ahora bien, alcanzar el interés público no se limita a la satisfacción de un interés económico por parte del Estado sino a la satisfacción de la colectividad y que justifica la suscripción del contrato de concesión, pues como bien señala Morón (2008) *“(...) para alcanzar la categoría de interés público no basta el simple interés estatal o con el interés meramente económico del Estado (ejemplo, hacer una concesión rentable económicamente) o del gobierno de turno (ejemplo, tomar una concesión de empresas no*

---

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ, Rafael. “Las concesiones administrativas de dominio público.” Navarra: Editorial Aranzandi S.A., 2012, pág. 230-231

*afines al gobierno). (...)” (pp. 776)<sup>15</sup>.*

En ese orden de ideas, autores como Bercaitz (1980) reiteran a *“la finalidad, como elemento del contrato administrativo, consiste en el in último que se persigue con él, esto es, el interés público, que no es genérico ya que varía de uno a otro contrato según el fin particular a que responde cada uno, conforme a ley.” (pp.292)<sup>16</sup>*. Es decir, que este tipo de contratos administrativos como lo son los contratos de concesión tienen por finalidad satisfacer los intereses de la colectividad como una de sus características más particulares, y adicionalmente, tiene como característica la subordinación, considerándola como *“un estado de subordinación jurídica del co-contratante [privado] tiene su origen en la desigualdad de propósitos por las partes en los contratos administrativos.” (pp.345)<sup>17</sup>*.

Sobre el particular, es necesario precisar que esta subordinación plasmada en una desigualdad jurídica expresada a través de determinados poderes exorbitantes que cuenta el Estado en el marco de un contrato de concesión se materializa en cláusulas exorbitantes, pues como recalca Bercaitz (1980) las mismas se encuentran *“se hayan pactado o no tales cláusulas, evidentemente exorbitantes al derecho privado, no hay duda de que ellas están presentes en el contrato.” (pp. 215)<sup>18</sup>*. No obstante, el reconocer sesgadamente esta última afirmación trae consigo una serie de repercusiones como vendría a ser el permitir que el Estado plasme en los contratos de concesión facultades unilaterales para modificarlo, resolverlo, o interpretarlo, permitiendo su aplicación independientemente de si se encuentran reguladas en el mismo o no, resultando muchas veces no solamente perjudicial a los intereses privados sino a la colectividad.

Al respecto, es necesario acotar que admitir la abrumadora supremacía del interés general por sobre el particular supone deslegitimar la finalidad de los contratos de concesión, que

---

<sup>15</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Redescubriendo una institución escondida: el rescate de las concesiones.” En: El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Editora jurídica Grijley. 2008. pág. 776.

<sup>16</sup> BERCAITZ, Miguel Ángel. “Teoría general de los contratos administrativos.” Segunda Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1980, pág. 292.

<sup>17</sup> Idem, pp. 345.

<sup>18</sup> Idem, pp. 215.

se centra en ser de un carácter “Mixto” que busca en la relación contractual el respetar los derechos y cumplir las obligaciones que se desprenden del propio contrato. Es por ello que en el ordenamiento jurídico peruano no se admite la existencia de cláusulas exorbitantes implícitas, y ello es recordado por autores como Huapaya (2013) que señalan que “(...) en el régimen jurídico de los contratos públicos de concesión PIP, no encontraremos “cláusulas exorbitantes” o “potestades implícitas” que surjan de un régimen legal administrativo específico. Por el contrario, lo que encontraremos será un régimen legal donde las llamadas “cláusulas exorbitantes” no surgen de la imposición de la norma o se presumen implícitas, sino que tendrán que ser (i) pactadas, y (ii) estar presentes de forma expresa en las Bases o el Contrato.” (pp.295)<sup>19</sup>.

Lo mencionado en el párrafo anterior, reafirma que la no existencia de cláusulas exorbitantes implícitas en el ordenamiento jurídico peruano atiende a la necesidad de equilibrio entre el interés general y el interés particular. Esto último es expresado por autores como Cassagne al afirmar lo siguiente:

*“En los contratos que celebra la administración, regidos fundamentalmente por principios y normas de derecho público, la concepción contractual se configura sobre la base de un acuerdo voluntades cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes en función de los intereses que persiguen. Mientras la finalidad que persigue la Administración es la realización del bien común, que radica en la cláusula relevante de interés público que lo justifica; el contratista persigue, en cambio, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando conectado con el interés público, de un modo mediato, a través del contrato que celebra.” (2015, pp. 27-28)<sup>20</sup>*

Asimismo, a manera de reforzar lo señalado tenemos autores como Martín que afirman que

---

<sup>19</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios y obras públicas de infraestructura”. En: Revista de Derecho IUS ET VERITAS N° 46. Lima. 2013, pág. 295.

<sup>20</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “La división público-privada: Una dicotomía central de la contratación administrativa.” En: Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA 2015. Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico Business Law Journal. 2015, pág. 27-28.

este desequilibrio entre las partes en un contrato de concesión resulta inexistente toda vez que ambas partes ostenta interés que son dignos de tutela y que son resguardados a través de un vínculo contractual:

*“en realidad, no existe tal desigualdad de partes, en la medida en que ambas tienen intereses dignos de tutela por el ordenamiento jurídico, para la cual ambas establecen vínculos contractuales con la finalidad de satisfacer sus necesidades de cooperación. En tal sentido, no existe una “primacía de intereses”, sino que únicamente el ordenamiento establece ciertas facultades específicas, con el objeto de que la Administración cautele la correcta ejecución de las prestaciones involucradas con los fondos públicos en las prestaciones de cargo de la administración. Exorbitantes o no, cláusulas de igual tipo pueden darse (y de hecho se dan) también en los contratos privados, de tal modo que tampoco este sería un criterio diferenciador.” (2006, pp.106)<sup>21</sup>*

Por lo expuesto hasta este punto, hay que tener en cuenta que, si bien existe facultades exorbitantes del Estado a fin de salvaguardar el interés público, las mismas no resulta implícitas y son plasmadas en cláusulas en los contratos de concesión, con el objetivo de preservar un equilibrio entre el interés general y el interés particular. Lo mencionado, es recalado por autores como Fernández (2012) quien precisa que *“la concesión (...) configura una situación jurídico-administrativa cuya organización debe ser fruto de un cierto equilibrio entre la imprescindible defensa de los intereses públicos presentes (...) y los intereses del concesionario que también han de ser tomados en consideración” (pp. 230-231)<sup>22</sup>.*

Ahora bien, el identificar a la facultad interpretativa del OSITRAN como una prerrogativa, que no representa mayores complicaciones pues para ser considerado como tal solo bastará

---

<sup>21</sup> MARTIN TIRADO, Richard James. “La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública.” En: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico. Infraestructura, contratos, servicios públicos e inversión. Lima: Editora Jurídica Grijley. 2006, pág. 106

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ, Rafael. “Las concesiones administrativas de dominio público.” Navarra: Editorial Aranzandi S.A., 2012, pág. 230-231.

que cuente con una habilitación legal, siendo que su habilitación legal está plasmada en la Ley OSITRAN y su Reglamento. Sobre el particular, autores como Cassagne (2009) señalan que *“la prerrogativa se ubica en un plano superior a la relación jurídica singular siendo un poder abstracto general e irrenunciable, cuyo fundamento emana del ordenamiento jurídico del Estado. No hay que confundir, entonces, la prerrogativa con el acto de su ejercicio respecto de una relación jurídica determinada o individualizada, porque ella no es un elemento de la relación como es el derecho subjetivo y el interés legítimo”* (pp-38) <sup>23</sup>. En ese sentido, se puede apreciar como la facultad interpretativa del OSITRAN toda vez que cuenta con una habilitación legal vendría a ser una prerrogativa de la administración; no obstante, el ejercicio de la misma como bien lo hemos mencionado no puede ser ajeno a los alcances del contrato, puesto que la facultad interpretativa otorgada termina teniendo implicancias prácticas en la etapa de ejecución del Contrato.

Sobre este punto debemos recordar que la facultad interpretativa de OSITRAN pese a tener una habilitación normativa, en su ejercicio no se encuentra plasmada o regulada en los vínculos contractuales a través de una cláusula exorbitante, lo cual la convertiría desde nuestra perspectiva como una potencial amenaza al equilibrio que se busca preservar entre el interés general y el interés particular. Debemos recordar que como bien precisamos no existen en nuestro ordenamiento jurídico potestades o prerrogativas exorbitantes implícitas, dado que todas estas independientemente de su alcance y naturaleza se deben ver plasmadas en el contrato de concesión, y respecto a las cuales autores como Danós establecen una remarcada diferenciación entre una prerrogativa y un derecho de la administración en el marco de un contrato, precisando lo siguiente:

*“(…) que es importante distinguir entre prerrogativas y Derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares, porque los Derechos constituyen las exigencias que una de las partes del contrato tiene frente a la otra parte contratante, que tienen su origen en la propia relación contractual, y por tanto su ejercicio no supone privilegio alguno. En cambio, la prerrogativa es*

---

<sup>23</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. 3era. Edición. Buenos Aires: Lexis – Nexis, 2009; pp. 38.



*el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente” (2006, pp 14)<sup>24</sup>*

En ese sentido, como bien señala Cassagne (2011)<sup>25</sup> el régimen exorbitante se encuentra por encima de la cláusula exorbitante, y por lo tanto si tal potestad ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico ella será siempre ejercitable, aún si no existiera pacto expreso, lo cual es lo que podemos observar con la presente facultad interpretativa del OSITRAN, la cual pese a no tener una regulación específica respecto a su uso en los contratos de concesión se viene empleando por el ente regulador en el marco de sus funciones de supervisión. Todo ello nos permite cuestionarnos si la forma como al día de hoy se viene ejercitando dicha potestad exorbitante por parte del OSITRAN es la correcta y si por el contrario su falta de regulación explícita en los contratos de concesión terminando por vulnerar los intereses de los particulares y muchas veces las del propio Estado, afectando el tan necesario equilibrio que debe existir en un contrato de concesión.

### **2.3. La finalidad de la interpretación de un contrato desde un enfoque civil ¿realmente difiere en el caso de los contratos de concesión?**

Como bien hemos expuesto hasta este punto, tenemos que la naturaleza de un contrato de concesión es “Mixta” y alberga un equilibrio entre el interés general y el interés particular, siendo que la facultad interpretativa recaída sobre el OSITRAN en tanto cuenta con una habilitación legal es considerada como una potestad exorbitante que necesariamente debería ser regulada en los contratos de concesión a fin de no vulnerar el equilibrio mencionado. Ahora bien, en el presente apartado corresponde analizar si el objetivo de la

---

<sup>24</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El régimen de los contratos estatales en el Perú.en: Ita ius esto. Revista jurídica publicada por estudiantes de la Universidad de Piura. Año 2006, pp. 14.

<sup>25</sup> Dicho autor afirma válidamente, que el régimen el administrativo o exorbitante se encuentra por encima de la cláusula exorbitante, constituyendo aquél un régimen jurídico general, que establece prerrogativas para la Administración cuando contrata, así como las respectivas garantías a los administrados co-contratantes. En cambio, la “cláusula exorbitante” al provenir de un pacto trasunta la imposición concreta de una obligación por parte de la Administración Pública, razón por la cual no existen las denominadas “cláusulas exorbitantes implícitas” en los contratos públicos. Por lo tanto, si tal potestad ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico, ella será siempre ejercitable, aún si no existiera pacto expreso. En: CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires: editorial La Ley, 2011,pp. 42-43.

interpretación realizada a un contrato de concesión varía a la interpretación contractual que se efectúa a cualquier contrato civil.

En primer lugar, debemos empezar por entender que significa interpretar un contrato, y sobre todo su necesidad, pues es bien tal como dice autores como Alterini (1998) “*si existiera el contrato perfecto que previera la totalidad de las alternativas y posibilidades de comportamiento, seguramente ni las partes ni el juez tendrían que interpretarlo*” (pp.411)<sup>26</sup>. Por ello, es que autores como Lorenzetti (2004) precisan que “*la interpretación del contrato implica la determinación del contenido querido por las partes; es reconocer, la voluntad externa declarada, o adjudicar un sentido a la regla contractual*” (pp. 455)<sup>27</sup>.

En ese orden de ideas, remarcar lo señalado por Messina (2012) que desde una perspectiva civil “*la interpretación es una reflexión sobre el texto previo y surge como necesidad ante normas ambiguas o poco claras. Es un acto cognitivo que permite acceder a la verdadera intención declarada de las partes*” (pp.1056)<sup>28</sup>. Ahora bien, lo antes mencionado nos puede llevar a concluir que desde una óptica principalmente civil la interpretación es un instrumento que permite esclarecer la verdadera intención de las partes plasmada en un contrato civil.

Ahora bien, cabría preguntarnos si es que la misma perspectiva resulta válida para los contratos de concesión teniendo en consideración su naturaleza “Mixta”. Sobre el particular, considero que la finalidad de la interpretación no difiere mucho en los contratos de concesión pues su aplicación y existencia tiene por objetivo el esclarecer los alcances del mismo independientemente de su naturaleza, esta perspectiva es recogida en la doctrina nacional en autores como Menchola y Chamorro (2015) precisan que “*Entiéndase por interpretación la labor destinada a esclarecer el sentido y los alcances de un término o regulación contractual acordada entre las Partes en el texto del Contrato de Concesión,*

---

<sup>26</sup> ALTERINI, Atilio A. Contratos Civiles, comerciales, de consumo. Teoría General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 411.

<sup>27</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. I, p. 455.

<sup>28</sup> MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela. Interpretación del Contrato. Artículos publicados en Teoría General del Contrato: Libro Homenaje al profesor doctor Ricardo Lorenzetti. Primera Edición. Buenos Aires: La Ley, 2012. Pp. 1059.

*esto es, es la labor destinada a esclarecer la voluntad común de las Partes que por un problema de lenguaje no pudo ser plasmada con claridad en el texto contractual.” (pp. 97)*

29

De igual manera, otros autores nacionales como Bullard (2007) precisan que “(...) la interpretación subsana lo que en principio es un problema de lenguaje, un problema básicamente de semántica. Bajo tal perspectiva, las partes saben en qué estaban de acuerdo, sólo que no pudieron decirlo con claridad” (1711)<sup>30</sup>. En otras palabras, sea desde un contrato meramente civil o un contrato de concesión, en ambos casos estamos hablando de ciertos impedimentos semánticos que permiten tener claridad sobre sus acuerdos por ello el ejercicio interpretativo en ambos resulta igual. De igual manera, autores como Barchi sustenta la necesidad de la interpretación surge ante la necesidad de dotar de claridad a los signos usados por las partes en el contrato, dado que en su momento puede no haber expresado un inmediatamente perceptible:

*“(...) la razón de la interpretación –su necesidad– está antes que nada en el hecho que los signos usados por los contratantes (principalmente sus palabras, pronunciadas o escritas) pueden ser oscuras o ambiguas: pueden no expresar algún significado inmediatamente perceptible, o bien expresar dos o más significados posibles, distintos entre ellos (expresiones polisémicas); hasta el extremo de la antinomia, cuando una proposición del texto expresa un significado y otra exprime un significado opuesto y, por tanto, incompatible. (...)” (2007, pp. 1769-1770)<sup>31</sup>*

Adicionalmente a lo señalado, debemos resaltar que nuestro Código Civil recoge en su artículo 1362° que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, principio que debe ser cumplido tanto para

---

<sup>29</sup> MENCHOLA, Muriel y CHAMORRO, Mery. “Algunas reflexiones sobre la ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, modificación, y solución de controversias.” En: Revista Derecho y Sociedad N° 45. Lima. 2015, pág. 97.

<sup>30</sup> BULLARD González, Alfredo. De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Año 2007. pp. 1711.

<sup>31</sup> BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. La interpretación del Contrato en el Código Civil de 1984. En: Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. pp. 1769 y 1770

los casos de contratos civiles como los contratos de concesiones al representar una de las reglas base de cualquier tipo de contratación y que mantiene la seguridad jurídica para las partes contratantes. Por ello, reafirmamos nuestra adhesión a la postura asumida por Menchola y Chamorro respecto a que son las partes quienes de común intención establecen las reglas para la interpretación contractual en el contrato de concesión:

*“(...)corresponde a las Partes determinar cuál fue su común intención al momento de pactar el contrato y, por consiguiente, cómo debe ser interpretado el texto contractual. Dicha supremacía de las partes para determinar los alcances de la manifestación de voluntades plasmada en el Contrato de Concesión resulta plenamente aplicable tanto en el caso que exista consenso de las Partes sobre la interpretación del contrato como en el caso que exista divergencia o contraposición entre el Estado y el Concesionario.” (2015, pp.97)<sup>32</sup>*

Por lo expuesto, se puede concluir que son las partes las llamadas a decidir si se realiza la interpretación a través de un tercero como sería en este caso el OSITRAN en el ejercicio de su facultad interpretativa, o, por el contrario, si las partes deciden realizar la interpretación de forma directa a través de un acuerdo o utilizando los medios preestablecidos en el contrato de concesión, como lo vendría a ser la etapa del “Trato Directo” a través de la cual se designa un “amigable componedor” para dar solución a la controversia, por lo que consideramos que a fin de salvaguardar el interés general plasmado en los contratos de concesión la opción más eficiente y rápida recae en la figura del “Trato Directo”. Esta última figura es recogida en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1362, actual normativa marco para los contratos de concesión bajo el régimen de asociaciones público privadas, y de cuyo texto precisa lo siguiente: “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, quien propone una fórmula de solución de la controversia que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos jurídicos de una transacción”.

---

<sup>32</sup> Idem, pp.97.

A manera de ejemplo, mencionamos algunas cláusulas de solución de controversias a través de las cuales se establece de forma explícita que las partes reconocen que pueden adoptar acuerdos sobre la interpretación del contrato en caso existan incertidumbre jurídica respecto a algunas de sus cláusulas, siendo el “Trato Directo” la vía idónea para realizarlo:

***“Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia***

*16.4 Trato Directo*

*16.4.1 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen aplicable a las Tarifas reguladas por el OSITRAN cuya vía de reclamo es la vía administrativas u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de las funciones administrativas serán resueltos por trato directo entre las Partes. (...).”*

***“Contrato de Concesión de Longitudinal de la Sierra***

*“18.11 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica sobre materias de carácter disponible que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión con excepción de los actos administrativos que emita el REGULADOR que se refiere la Cláusula 18.12, serán resueltos por trato directo entre las Partes.”*

A partir de las cláusulas descritas, se puede apreciar que es un común denominador en los contratos de concesión de infraestructura regular la posibilidad que las partes mediante la suscripción de un acta de trato directo puedan resolver la incertidumbre en materia interpretativa del contrato. En consecuencia, tenemos que el trato directo como una vía idónea a nivel legal y contractual para dilucidar las controversias en materia interpretativa en los contratos de concesión, siendo que la interpretación realizada de común acuerdo por

las partes será plasmada en un acto cuya vinculatoriedad será exigible para ambas.

Por las consideraciones expuestas, se puede concluir que la finalidad de la interpretación contractual no difiere entre un contrato civil o un contrato de concesión, siendo que en el caso de estos últimos la vía idónea habilitada a nivel normativo y también en la mayoría de los casos a nivel contractual es realizar la interpretación a través de la etapa de trato directo a fin de que de común acuerdo se pueda dilucidar la incertidumbre. No obstante, como bien lo hemos señalado en los acápites anteriores existe también el ejercicio de la facultad interpretativa llevada a cabo por OSITRAN y cuyos alcances procederemos a analizar en el siguiente apartado.

### **3. TRATAMIENTO ACTUAL Y RETOS EN LA DELIMITACIÓN DE LA FACULTAD INTERPRETATIVA DEL OSITRAN**

En el presente punto se abordará cuál es el tratamiento actual que tiene la facultad interpretativa del OSITRAN en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en consideración los últimos pronunciamientos en sede administrativa del organismo regulador, analizando cómo interactúa ello con la regulación de resolución de controversias en materia interpretativa en los contratos de concesión. Asimismo, en paralelo planteamos si los mencionados pronunciamientos de OSITRAN pueden ser revisados en sede arbitral, todo ello con el objetivo final de confirmar si el tratamiento actual que se le da a dicha facultad compromete de alguna manera la seguridad jurídica de los inversionistas de los contratos concesión.

#### **3.1. De los “Lineamientos para la interpretación de contratos de concesión” del año 2004 al precedente obligatorio de la Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN.**

En el año 2004 el Consejo Directivo del OSITRAN aprobó mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN los “Lineamientos para la interpretación de contratos de concesión” (en adelante, el “Lineamiento”) con el objetivo de poner en evidencia los criterios que suele evaluar el regulador en el marco de las solicitudes e iniciativas

relacionadas a las interpretaciones de los contratos de concesión. En ese orden de ideas, el Lineamiento precisa en su justificación un punto interesante respecto a que durante su etapa de ejecución los contratos de concesión requieren ser interpretados, dado que requieren aclaraciones o precisiones con relación a determinadas cláusulas estipuladas en los mismos, precisando que tanto el concedente como el concesionario son las partes legitimadas para solicitar la interpretación; sin embargo, también justifican que los terceros con legítimos interés también pueden solicitar la interpretación.

En ese sentido, el Lineamiento plantea que OSITRAN cuenta con facultades que le permiten interpretar tanto de oficio como a solicitud de parte, justificándose base al inciso e) del Artículo 7.1 de la Ley 26917, el cual si bien le otorga la facultad no precisa nada sobre si esta se realiza de oficio o se activa a requerimiento de alguna de las partes del contrato o incluso por un tercero interesado. Por ello podemos apreciar como los Lineamientos inician la controversia al acotar que OSITRAN puede realizar la interpretación de oficio o a iniciativa de parte, siendo que en el punto 6 de los Lineamientos precisa las materias sobre las que OSITRAN puede pronunciarse especificando que respecto a la interpretación la misma se orienta a determinar el sentido de una o más cláusulas del contrato concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación.

Finalmente, acotar que respecto a los Lineamientos que en su punto 6 precisan los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales los cuales son: i) literal, ii) lógico, iii) sistemático, y iv) histórico.

Ahora bien, durante 15 años el OSITRAN mantuvo este criterio otorgado por los Lineamientos a través de los cuales se le permitía realizar la interpretación tanto de oficio como a solicitud de parte, siendo que su puesta en práctica no fue pacífica pues se suscitaron muchos casos en los cuales las partes en los contratos de concesión recurrieron al organismos regulador para obtener un pronunciamiento sobre una controversia interpretativa derivada de las cláusulas de sus contratos, pese a que en los mismos existían canales y métodos para atender estos percances. En atención a ello, el OSITRAN mediante Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN (en adelante, “RCD 040”) estableció un

precedente administrativo de observancia obligatoria a fin establecer que el inicio del procedimiento de interpretación de los contratos de concesión siempre sea de oficio, cambiando radicalmente el criterio ya establecido en el Lineamiento y optando por una de las dos posturas a fin de intentar dotar de mayor seguridad jurídica al tema.

No obstante, lo mencionado, procederemos a analizar detenidamente los considerandos del 26 al 36, los cuales de acuerdo al RCD 040 son los de observancia obligatoria. Respecto, al considerando 26, en el mismo se advierte que el mismo OSITRAN reconoce la necesidad de establecer de modo expreso y con carácter general el alcance de su facultad interpretativa con relación al hecho que válidamente activa su ejercicio. Es así, que se observa como OSITRAN indirectamente reconoce que el tratamiento dado al tema durante los últimos 15 años no ha sido necesariamente el más claro e idóneo, por lo que reconoce que la facultad interpretativa debe delimitarse.

Por otro lado, en su considerando 27 el OSITRAN reconoce que en atención a la finalidad pública de la interpretación contractual que realiza es que los mismos siempre deben realizarse de oficio, justificándose en que dicha facultad y deber se deriva de una norma con rango de ley cuya observancia es indiferente a si las partes en el contrato lo solicitan o no. Por ello, se prescinde de la otra opción establecida en el lineamiento respecto a que la interpretación podía ser realizada a solicitud de parte; y, de esta manera, aclara que la función de OSITRAN es interpretar mas no “resolver solicitudes de interpretación”.

Asimismo, un punto a resaltar es que en su considerando 28 reconoce que si bien en los Lineamientos se estableció que las partes y terceros legítimamente interesados pueden solicitar la interpretación; y en consecuencia, el inicio de un procedimiento, recalcan que ello en la realidad no se materializa debido a que los Lineamientos no precisan requisitos de admisibilidad que al ser cumplidos den inicio al procedimiento. Al respecto, señala además que la mencionada solicitud no debería activar automáticamente el ejercicio de la función interpretativa del regulador, toda vez que le corresponde a este último realizar un análisis previo para determinar existe o no ambigüedad, duda u oscuridad en la cláusula a interpretar, y que justifique su accionar.



Ahora bien, acotan en sus fundamentos 29 y 30 que pese a haber realizado el análisis de admisibilidad de las solicitudes de interpretación presentadas, tomándose como referencia lo establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSITRAN, ello no significa que la sola interposición active el ejercicio de la función interpretativa del regulador. Esto último, debido a que ello implicaría imponer la obligación al regulador de iniciar procedimientos de interpretación contractual siempre que se reciba un documento pese a que a según su criterio no exista ambigüedad, lo cual generaría innecesariamente el empleo de mayores recursos tanto para los solicitantes como para OSITRAN.

En atención a lo mencionado, concluyen en sus fundamentos 31 y 32 que la presentación de solicitudes de parte o terceros no implica el equivalente al ejercicio de un derecho de acción en sede administrativa sino por el contrario lo interpreta como una puesta en conocimiento de un hecho al OSITRAN, que podría ameritar el inicio o no de un procedimiento interpretativo. Por ello, precisan que la facultad de determinar la existencia de la ambigüedad de las cláusulas y disponer el inicio de oficio del procedimiento de interpretación corresponde, exclusiva y excluyentemente, al Consejo Directivo del OSITRAN.

En ese orden de ideas, a través de sus considerandos 33 y 34, OSITRAN acota que la facultad interpretativa ya ha venido siendo ejercida de esta manera, pues señala que han venido emitiendo resoluciones en las que se archiva de plano escritos que se han estado considerando solicitudes de parte, por haber determinado desde un inicio que la cláusula o cláusulas respecto de las cuales se ha requerido ejercer la función interpretativa, resultan ser claras. Asimismo, citan como base legal para la adopción de este criterio a los artículos 114 y 115.1 del TUO LPAG<sup>33</sup>, que precisan que el procedimiento es promovido de oficio

---

<sup>33</sup> Artículo 114.- Formas de iniciación del procedimiento

El procedimiento administrativo es promovido de oficio por el órgano competente o instancia del administrado, salvo que por disposición legal o por su finalidad corresponda ser iniciado exclusivamente de oficio o a instancia del interesado.

Artículo 115.- Inicio de oficio

por un órgano competente siempre que cuente con una norma que lo habilite siendo la misma el inciso e) del artículo 7.1 de la Ley N° 26917, que otorga la facultad de interpretar contratos al OSITRAN.

Finalmente, precisan en sus considerandos 35 y 36 que cuando OSITRAN tome conocimiento y determine la existencia de ambigüedad en alguna cláusula de un contrato de concesión podrá dar inicio al procedimiento de interpretación, el cual siempre será de oficio por decisión de su Consejo Directivo. Asimismo, acota que los Lineamientos fueron aprobados a fin de orientar a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación adoptados por el regulador, no siendo el mismo vinculante para este último, por lo que establecer que el inicio de la interpretación de un contrato de concesión sea siempre de oficio no constituye un desconocimiento o apartamiento ilegal de los Lineamientos aún vigentes.

Por lo expuesto, podemos concluir que entre el 2004 y 2019 OSITRAN ha variado su postura respecto a los alcances de su facultad contractual, siendo que a través de la RCD 040 ha determinado que la misma siempre será ejercida de oficio, y que pese a que las partes del contrato o terceros legitimados plantean requerimientos de interpretación, la facultad de determinar si amerita o no una interpretación siempre será del regulador. Por ello, dicho accionar en un primer momento resultaría positivo pues pretende brindar mayor seguridad jurídica al establecer que el regulador será el filtro para determinar una necesidad interpretativa en el contrato; sin embargo, advertimos que el tomar dicha postura no resuelve el problema de fondo el cual radica en respetar la voluntad de las partes plasmada en los contrato de concesión, pues por sí estos ya establecen un procedimiento para resolver controversias interpretativas, y que en el siguiente acápite procederemos a precisar.

---

115.1 Para el inicio de oficio de un procedimiento debe existir disposición de autoridad superior que la fundamente en ese sentido, una motivación basada en el cumplimiento de un deber legal o el mérito de una denuncia.

### **3.2. La resolución de controversias en materia interpretativa según la regulación actual de las cláusulas de solución de controversias en los contratos de concesión en el Perú.**

Como bien se ha planteado en el apartado anterior, al día de hoy el OSITRAN ejerce su facultad interpretativa exclusivamente de oficio, permitiendo determinar qué controversias o no pueden ser materias de un procedimiento de interpretación a su cargo. No obstante, como bien comentamos consideramos que la postura tomada por OSITRAN no termina de resolver el verdadero problema respecto a cómo el ejercicio de esta función termina por sobreponerse a lo previamente preestablecido en los contratos de concesión, más puntualmente, en sus cláusulas de resolución de controversias en las cuales en su mayoría se regula la forma como deben tratarse las controversias interpretativas.

No obstante lo señalado, debemos advertir que nuestro marco jurídico de concesiones conformado por el Decreto Legislativo 1362 (DL 1362) y su Reglamento, si bien reconoce que los contratos de concesión deben incorporar una cláusula de resolución de controversias no especifica que las mismas deban precisar controversias en materia interpretativa pues solo se limita a mencionar los mecanismos idóneos como el arbitraje, Junta de Resolución de Disputas o el “Amigable Componedor”. Esto último, debido a que como bien hemos señalado en el punto 2.3 del presente trabajo, la incorporación del término controversia interpretativa ha sido establecido en la redacción desde la praxis incorporando en las cláusulas de resolución de controversias.

En ese sentido, como bien hemos señalado el artículo 56 del DL 1362 solamente precisa los mecanismos idóneos para resolver las controversias, otorgando de esta manera plena facultad a las partes en el marco de un contrato de concesión para determinar qué tipo de controversias pueden ser sometidas a determinados mecanismos. Es así, que considero que la postura en la redacción de la mencionada norma resulta beneficiosa pues permite dar flexibilidad a los tipos de controversias a ser tratadas y además brinda un contenido mínimo de mecanismos para poder resolverlas, aclarando en todo momento que la vía idónea será siempre el arbitraje previo cumplimiento de la etapa de trato directo.

Asimismo, de una revisión general del Reglamento del DL 1362 (Decreto Supremo N° 240-2018-EF) se puede apreciar como su capítulo II “Solución de Controversias” se centra específicamente en los mecanismos mínimos que deben ser incluidos en todo contrato de concesión de este sector, más no una clara identificación de alguno con relación a un determinado problema. Es así, que existe un vacío en la norma que como bien mencionamos resulta de mucha ventaja pues permite derivar controversias en materia interpretativa a través de cualquiera de los mecanismos establecidos en la norma y que se encuentran plasmados de forma obligatoria en los contratos de concesión.

Ahora bien, cabría preguntarse el porqué de la mención de la palabra “controversia interpretativa” en la redacción de diversas cláusulas de resolución de controversias en los contratos de concesión. En atención a ello, revisamos los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP) elaborados por el Ministerio de Economía y Finanzas publicados a través de la Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01 (en adelante, Lineamientos de Diseño) , en el cual se puede observar en su punto 13 “Régimen de Solución de Controversias” que precisa que el diseño de este tipo de cláusula deberá tener presente determinadas reglas. Por ello, dentro del alcance que debe tener el diseño de la cláusula precisan lo siguiente *“debido a la complejidad y el largo plazo de los Contratos, estos tienden a ser incompletos, lo que genera un espacio para diferencias en la interpretación y el entendimiento sobre las cláusulas del pacto contractual entre el concedente y el concesionario”*.

De lo expuesto, se puede advertir respecto a los Lineamientos de Diseño que se reconoce la naturaleza incompleta de los contratos de concesión y que ello genera espacios para que surjan controversias respecto a la interpretación y el entendimiento de las cláusulas en los mismos, por lo que entendemos que el mencionado reconocimiento desde los Lineamientos de Diseño ha influido para que en la práctica se plasme en la redacción de este tipo de cláusulas tengan que tener como objetivo el resolver las controversias en materia interpretativa. En consecuencia, esto explicaría el uso del término controversia en materia interpretativa en diversos contratos de concesión, siendo que ello refuerza nuestra tesis que

las cláusulas de resolución de controversias incluyen a las controversias en materia interpretativa volviendo a los mecanismos establecidos en el contrato como las vías idóneas para su resolución.

No obstante, al día de hoy tenemos en paralelo el ejercicio de la facultad interpretativa del OSITRAN que también de forma indirecta resuelve una controversia interpretativa de un contrato de concesión, siempre que la advierta y consideré que existe una ambigüedad pero que al final del día termina teniendo la misma finalidad que la cláusula de resolución de controversias. En así, que consideramos problemático el ejercicio de la facultad interpretativa del OSITRAN, pues sus pronunciamientos surgen efectos sobre la forma en cómo se ejecuta el contrato y que termina afectando a las partes involucradas, siendo que las mismas no podrán de mutuo acuerdo establecer una interpretación diferente limitándose de esta forma su autonomía. Por este motivo, en la siguiente sección evaluaremos si aquellos pronunciamientos interpretativos por parte de OSITRAN pueden ser revisables por una sede que no sea la administrativa.

### **3.3. ¿Es revisable la interpretación que realiza OSITRAN de un contrato de concesión?**

Tal como lo hemos señalado en el acápite anterior, el arbitraje viene siendo el mecanismo idóneo para solucionar las controversias en un contrato de concesión, teniendo en consideración que temas como al celeridad beneficia a la sede arbitral por sobre la judicial siendo esto un razonamiento que se desprende del mismo DL 1362. Por este motivo, corresponde ahora analizar si la interpretación que realiza el OSITRAN de un contrato de concesión puede ser revisada en sede arbitral, siendo necesario comenzar aclarando que de acuerdo al inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), sólo puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho; sin embargo, como se puede advertir ni el concedente o el concesionario tienen libre disposición sobre las facultades otorgadas a los reguladores por ley.

En ese sentido, ninguna de las partes mencionadas puede disponer de las funciones (actos administrativos) de los organismos reguladores, y lo que incluye desde luego a la facultad interpretativa del OSITRAN, por lo que tampoco pueden otorgar a un tercero (árbitro) la potestad de determinar el alcance o contenido de dicha potestad. Cabe recordar que lo mencionado responde al principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, el cual autores como Herrera (2005) explican que consiste en que “*al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos*”(pp.447) <sup>34</sup>. En otras palabras, no es posible despojar de sus competencias legales al OSITRAN a través de la revisión de sus decisiones en una sede como la arbitral.

Es así, que el mencionado carácter intransferible de resolver los asuntos relacionados a la legalidad de los actos administrativos le corresponde exclusivamente al poder judicial, pues tal como lo señala Castillo y Sabroso la jurisdicción arbitral sólo es aplicable para asuntos susceptibles de transacción:

***“ (...) a la justicia arbitral sólo le es dable decidir sobre aquellos asuntos susceptibles de transacción; es así como los tribunales arbitrales no pueden resolver aquellos asuntos en los cuales se encuentren involucrados el orden público y el ejercicio de potestades estatales, entre ellas el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo de carácter regulatorio. En consecuencia, será la jurisdicción contenciosa administrativa la facultada para resolver de manera exclusiva y excluyente los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos, facultad que tiene carácter intransferible.” (2011, pp.146)***<sup>35</sup>  
*(subraya nuestro)*

Por lo señalado, se puede concluir que resulta imposible para un tribunal arbitral analizar y emitir laudos sobre la legalidad de un acto administrativo pues resulta una materia ajena a

---

<sup>34</sup> Herrera Mercado, Hernando. El arbitraje en materia de telecomunicaciones. En: El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, pp. 447.

<sup>35</sup> CASTILLO FREYRE, MARIO y SABROSO MINAYA, RITA ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Lima: Palestra Editores año 2011, pp 146.

su competencia, por lo que los actos administrativos en donde OSITRAN interpreta las cláusulas de un contrato de concesión no podrían ser revisadas en sede arbitral. Por ello, es necesario recordar que la normativa sobre concesiones, expresamente el artículo 133 del Reglamento del DL 1362<sup>36</sup> ha excluido como materia arbitrable las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita algún organismo regulador, en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora, lo que incluye desde luego además a la facultad de interpretar contratos que particularmente tiene OSITRAN.

Ahora bien, existen casos en que algunos contratos de concesión no excluyen de forma expresa como materia arbitrable las decisiones de los organismos reguladores en el ejercicio de sus facultades; no obstante, ello no puede significar que el concedente o el concesionario tiene libre disponibilidad sobre las mismas, pues como ya se precisó esta restricción cuenta con un fundamento legal tomando como base el respeto al principio de no negociabilidad y además ha sido regulado como señalados en la normativa sobre APPs.

Por lo expuesto, se puede concluir que las controversias que se deriven del ejercicio de las funciones exclusivas de los organismos reguladores al tratarse de una manifestación del ius imperium no podría ser sometidas en sede arbitral; y, en consecuencia, las controversias en virtud de las referidas decisiones deben de ser resueltas primero en sede administrativa y luego en sede judicial a través de un proceso contencioso administrativo. Por este motivo, las controversias en materia interpretativa que son resueltas a través de un procedimiento de interpretación realizado por el OSITRAN solo podrían ser cuestionadas en instancia final en sede judicial, en donde el juez será quien interprete las referidas cláusulas a fin de determinar si el criterio interpretativo del organismo regulador vulnera o no algún derecho.

Cabe indicar que si bien la interpretación de OSITRAN resulta peligrosa teniendo en consideración que solo podría ser cuestionada a través de una reconsideración como

---

<sup>36</sup> Artículo 133. Intervención del organismo regulador

133.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa

primera opción en sede administrativa, y luego recurrir a la sede judicial por medio de un contencioso teniendo presente las dilaciones y retrasos que ello acarrea. Ello no deslegitima que el asumir que los tribunales arbitrales puedan resolver sobre actos emitidos por reguladores dentro de sus facultades resultaría mucho más perjudicial, toda vez que se estaría anulando por completo las funciones y atribuciones inherentes a los reguladores.

No obstante lo señalado hasta este punto, debemos advertir que si bien existe una limitación para someter las decisiones del OSITRAN a un fuero arbitral, consideramos que el verdadero problema viene desde el origen del ejercicio de la potestad interpretativa del OSITRAN, pues su regulación actual mediante la cual su ejercicio de da de oficio no permite brindar claridad sobre su ejercicio provocando mayor inseguridad jurídica, siendo este punto sobre el cual procederemos a analizar en el siguiente apartado.

#### **3.4. Al día de hoy: ¿Cómo la Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN compromete la seguridad jurídica de los inversionistas en los contratos de concesión?**

Hemos advertido hasta este punto que la facultad interpretativa del OSITRAN al día de hoy se realiza solamente de oficio, esto es si bien de acuerdo a sus Lineamientos aún se permite que las partes o terceros remiten solicitudes de interpretación es el organismo regulador quien decidirá si es que existe ambigüedad o no en la cláusula cuya interpretación se solicita. Por ello, hemos evaluado dos escenarios en los cuales el ejercicio de esta facultad interpretativa podría ser perjudicial para las partes en el correcto desarrollo de un contrato de concesión, y que a continuación procedemos a detallar:

1. **Primer escenario:** Una de las partes recurre al OSITRAN mientras se realiza la etapa de trato directo y mediante la cual se llega a un acuerdo en la interpretación de forma previa al pronunciamiento de OSITRAN el cual considera que sí existe ambigüedad y tiene una postura interpretativa diferente.
2. **Segundo Escenario:** Las partes en la etapa de trato directo llegan a un acuerdo sobre la interpretación en la cláusula del contrato, pero OSITRAN toma



conocimiento por un tercero y considera que la cláusula requiere interpretación, iniciando de oficio un procedimiento de interpretación de la misma cláusula.

Como se puede apreciar ambos casos tienen en común que las partes se encuentren en la etapa de trato directo y que inevitablemente OSITRAN inició un procedimiento de interpretación, siendo que de acuerdo a la RCD 040 la interpretación que realice OSITRAN en ambos casos se realizará de oficio independientemente si es que una de las partes o un tercero retira su solicitud de interpretación. Esto último debido a que el criterio que adopte OSITRAN respecto a cómo la interpretación de la cláusula puede afectar o no el interés público será motivo suficiente para declarar que existe una ambigüedad; y en consecuencia, recurrir a un procedimiento de interpretación.

En ese sentido, ambos escenarios plantean una consecuencia en común e inevitable que recae en la interpretación realizada por OSITRAN, la misma que se impondría de forma unilateral sobre cualquier acuerdo decidido o en proceso de decisión que hayan promovido las partes, lo cual limita de forma tajante la dinámica contractual que tienen ambas y cuya posibilidad de cuestionamiento solo pueda darse a través del poder judicial en última instancia. Es así, que se puede observar cómo el criterio de la RCD 040 compromete la seguridad jurídica que se pretendía salvaguardar en los contratos de concesión al limitar la capacidad negociadora de las partes al imponer una interpretación que si bien desde el planteamiento del precedente administrativo lo que buscaría sería facilitar las labores de supervisión del ente regulador y velar por el interés públicos en los contratos, termina ocasionando de forma indirecta una resolución a una controversia interpretativa que elude los canales preestablecidos en el contrato de concesión.

Ahora bien, consideramos que la sola existencia de la facultad interpretativa del OSITRAN no resulta completamente perjudicial para la seguridad jurídica de los contratos de concesión, pues lo que resulta realmente peligroso es el criterio adoptado por la RCD 040 al determinar que en cualquier supuesto el accionar de OSITRAN ante una solicitud de interpretación siempre será de oficio. Esto último, en la medida que el criterio previo para determinar la existencia de una ambigüedad estará solamente a cargo del regular,

ocasionando que muchas veces se pueda iniciar un procedimiento interpretativo en situaciones en los que ninguna de las partes a encontrar aún un problema o denegando solicitudes ante la necesidad e interés de ambas partes, provocando de esta manera que no solamente no se solucionan controversias sino que además se creen las mismas en contextos no planeados.

Todo lo mencionado, se puede plasmar en una serie de riesgos que los inversionistas partes de un contrato de concesión deberán asumir, siendo que el criterio adoptado por la RCD 040 a propiciado que específicamente se incremente el riesgo denominado por Guash como el riesgo por “Cambios Legales”<sup>37</sup>. Este tipo de riesgo según el autor incluye no solamente a los cambios legales sino además los contractuales que puedan afectar la etapa de ejecución de los contratos de concesión, pues en el presente caso se estaría cambiando la forma de interpretar y ejecutar una determinada cláusula lo cual podrían tener repercusiones económicas, entre otras. En consecuencia, los inversionistas deberán lidiar con la impredecible situación que plantea las interpretaciones de oficio de OSITRAN las cuales potencialmente podrían afectar la ejecución de su contrato, y llevarlos a un cuestionamiento en sede judicial que representaría un gasto no previsto que deberán ver la forma de interiorizar.

Por lo expuesto, resulta necesario delimitar la facultad de interpretación de OSITRAN desde las mismas normas base sobre las cuales se sustenta la misma, con el objetivo de dotar mayor claridad a su ejercicio y poder reorientar el criterio adoptado por el regulador en el RCD 040. Por ello, consideramos que la propuesta de modificación debe adoptar formalmente la vía del OSITRAN como un mecanismo de resolución de controversias en materia interpretativa desde su Ley de creación y a su Reglamento; y de igual manera, plantear desde los “Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP)” que dicha precisión se realice en las cláusulas de resolución de controversia. Por este motivo, en el siguiente acápite desarrollaremos algunas propuestas de modificación a la normativa actual que regula esta función del OSITRAN, con el objetivo de poder armonizar esta situación y que se pueda dotar de mayor seguridad jurídica a los

---

<sup>37</sup> GUASH, José Luis. ‘Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.’ Op. Cit. 2005, pág. 154-157.

inversionistas de los contratos de concesión.

#### **4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE CREACIÓN DEL OSITRAN Y A SU REGLAMENTO, Y DE LOS “LINEAMIENTOS PARA EL DISEÑO DE CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (APP)”**

En atención a lo expuesto a lo largo del presente trabajo hemos podido advertir que existe una necesidad de poder colocar parámetros más claros a la función interpretativa de OSITRAN, los cuales consideramos que deben establecerse solamente en lo desarrollado por la jurisprudencia en sede administrativa a través de los diversos precedentes que dicte el regulador sino por el contrario resulta totalmente justificable que la delimitación se establezca desde la misma normativa. Por este motivo, consideramos necesario que la delimitación a la función interpretativa del OSITRAN debe darse a partir de su Ley de creación y su Reglamento, dado que son estos últimos los que debido a su generalidad han traído poca claridad a la hora del ejercicio de la misma y que consideramos la delimitación a través de precedentes administrativos obligatorios resulta insuficientes de cara a los riesgos que deben ser interiorizados por parte de los inversionistas e incluso el concedente, en caso el ente regulador cambie de perspectiva con relación al precedente.

En ese orden de ideas, se puede concluir que el depender del criterio del regulador para limitar el ejercicio de esta función tan importante para la parte ejecutiva de los contratos de concesión no genera la seguridad jurídica necesaria, teniendo en consideración el complejo escenario de inversiones que mantiene el Perú en los últimos años. Por ello, consideramos que si bien la delimitación a la facultad interpretativa del regulador debe partir de la misma Ley de su creación, el contenido de la misma debe centrarse en dos aspectos que considero esenciales: i) habilitación interpretativa debe darse a partir de un acuerdo entre las partes del contrato de concesión; y ii) plantearse como una herramienta para la resolución de controversias en materia interpretativa.

En ese sentido, se plantea la siguiente redacción al numeral e) del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN (modificación en negrita):

*“Ley 26917 - Ley de creación del OSITRAN*

*Artículo 7.- Funciones*

*7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:*

*(...)*

*e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, **siempre que se encuentre habilitado como parte de los medios de solución de controversias interpretativas establecidos en los mismos.**”*

Como se puede apreciar, la redacción propuesta permite cumplir con los dos elementos mencionados en el apartado anterior, dado que permite entender que las partes que suscriben los títulos (contratos de concesión) podrán habilitar a OSITRAN dentro de sus cláusulas de resolución de controversias para que a través del mismo se pueda resolver la controversia en materia interpretativa. Como consecuencia de ello, se establece un primer límite a la función interpretativa del OSITRAN al colocar como prerequisite para su ejercicio a la habilitación expresa de esta función en el Contrato de Concesión en la cláusula de resolución de controversias, lo cual permitirá que las partes el poder tener la certeza que la interpretación de OSITRAN podrá ser una opción que será activada solo en caso las mismas decida someter a sede administrativa la controversia en materia interpretativa.

Ahora bien, consideramos necesario que la precisión mencionada en la Ley OSITRAN también se vea reflejada en su Reglamento; por este motivo, a través del mismo sugerimos incluir la opción de someter la controversia en materia interpretativa desde la etapa de “Trato Directo”, la cual es un requisito indispensable en toda cláusula de solución de controversia de un contrato de concesión según lo establecido en la DL 1362. Es así, que consideramos que la redacción del Reglamento debe precisar que dentro de la “Etapa de Trato Directo” se pueda plantear que las controversias en materia interpretativa puedan

utilizar al OSITRAN como una vía en sede administrativa adicional al amigable componedor y al arbitraje, a fin de que su decisión pueda resolver este tipo de controversia.

A partir de lo expuesto, es que sugerimos la siguiente modificación al artículo 29 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley de creación de OSITRAN, y que procedemos a detallar:

*“Decreto Supremo N° 044-2006-PCM -Reglamento de la Ley de creación del OSITRAN*

*Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión*

*Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.*

*La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus anexos, bases de licitación y circulares. **Para ello, resultará necesario que el contrato de concesión habilite dentro de su cláusula de solución de controversias en la etapa de "Trato Directo" la posibilidad de derivar las controversias interpretativas del Contrato de Concesión al Consejo Directivo de OSITRAN para su pronunciamiento.***

Finalmente, consideramos que, pese a realizar las precisiones en la normativa mencionada respecto a la delimitación y alcances de la función interpretativa del OSITRAN también resulta indispensable el preocuparse por el ejercicio práctico de la redacción de los contratos de concesión, a fin que a futuro la creación de nuevos contratos en el sector puedan albergar la presente regulación. Es por ello que es fundamental que este criterio respecto a la facultad interpretativa sea recogido desde los Lineamientos para la

elaboración de contratos de concesión que elabora el Ministerio de Economía y Finanzas, pues esta precisión permitirá que asegurar una uniformidad en los contratos de concesión respecto al tema de resolución de controversias en materia interpretativa y la intervención de OSITRAN para atenderlas.

En ese sentido, proponemos la siguiente redacción al punto 13 titulado “Régimen de solución de controversias” de los Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP) aprobados por Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01, y que a continuación precisamos:

*“Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.0 - Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP)*

### *13. RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*

#### *13.1 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*

##### *A. Alcance*

*Debido a la complejidad y el largo plazo de los Contratos, estos tienden a ser incompletos, lo que genera un espacio para diferencias en la interpretación y el entendimiento sobre las cláusulas del pacto contractual entre el concedente y el concesionario. **En atención a ello, en caso se solicite la intervención de OSITRAN para resolver una controversia interpretativa deberá estipularse como una posible vía dentro de las preestablecidas en la etapa de "Trato Directo".**”*

Por lo puestos, podemos concluir que todas las presentes propuestas de modificación se presentan como una posible solución al problema de la delimitación de la facultad interpretativa del OSITRAN, la misma que posiblemente igual requiera de desarrollo jurisprudencia tanto en sede administrativa a través de los precedentes obligatorios como en sede judicial ante futuros casos llevados a contencioso administrativo. No obstante, consideramos un gran paso el adoptar las medidas sugeridas en pro de establecer un marco jurídico más estable que brinde seguridad tanto al inversionista como al concedente.

## CONCLUSIONES

- El ejercicio de la facultad interpretativa de OSITRAN en los últimos 15 años ha suscitado diversas controversias, pues su tratamiento no ha sido pacífico respecto a la finalidad que pretende cumplir dado que de un análisis histórico y esquemático de cómo se agrupó esta regulación se puede apreciar que el criterio del regulador ha sido variante, como por ejemplo pasar de considerarlo una facultad de regulación a una de supervisión.
- Los Contratos de Concesión en Infraestructura tiene por finalidad asegurar la correcta gestión y calidad de la misma, y para ello, requiere en su conformación una fórmula mixta de cláusulas tanto de derecho privado como público. Pero pese a ello, independientemente de su naturaleza del contrato, la interpretación que se realiza al mismo siempre buscará el esclarecimiento de su contenido, siendo realmente el verdadero problema no la facultad otorgada en sí sino la forma como ejerce la misma el OSITRAN y la falta de una clara delimitación de la misma.
- El criterio adoptado por la RCD 040 resulta potencialmente peligroso para la seguridad jurídica de los inversionistas en los contratos de concesión, pues establece que cualquier tipo de comunicación sobre necesidad interpretativa de un contrato de concesión sea atendido por el regulador previo filtro (interés público y real necesidad de interpretación) estableciendo que en cualquier supuesto este obrará de oficio. Como consecuencia de este criterio, se tiene diversos procedimientos interpretativos iniciados por el regulador que solamente podrán ser cuestionados en sede judicial más no arbitral, lo que representa una serie de riesgos que deberán ser evaluados y asumidos tanto por los inversionistas como por el concedente.
- La delimitación de la función interpretativa del OSITRAN debe establecerse desde su propia normativa y no partir del establecimiento de precedentes administrativos obligatorios por parte del mismo regulador, dado que los mismos no aseguran que el

criterio adoptado pueda ser cambiado en breves lapsos de tiempo por lo que resulta necesario un esclarecimiento de la función desde la Ley de creación de OSITRAN y su Reglamento.





## BIBLIOGRAFÍA

- **Jurisprudencia**

### **OSITRAN**

- o Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD-OSITRAN. Caso Concesionaria IIRSA Norte S.A, y otros. Fecha 18 de septiembre de 2019. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.  
<https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2019/09/040CD2019.pdf>

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- o Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0008-2003. Caso Roberto Nesta Brero y Otros. Fecha 11 de noviembre de 2003. Tribunal Constitucional.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

- **Doctrina**

- o ARIÑO, Gaspar  
2011 “Lecciones de derecho administrativo.” Madrid: Iustel.  
  
2004 “Principios del derecho público económico.” Lima: ARA.
- o ALTERINI, Atilio A.  
1998 Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- o AVENDAÑO VALDEZ, Jorge  
1984 “Para leer el Código Civil.”. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- o BARRANTES CÁCERES, Roxana  
2007 “Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y

servicios públicos.” En: *Círculo de Derecho Administrativo* N° 07.

- o BACA ONETO, Víctor  
2014 “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano.” En: *Revista de Derecho IUS ET VERITAS* N° 48. Lima.
- o BARCHI VELAOCHAGA, Luciano.  
2007 *La interpretación del Contrato en el Código Civil de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*.
- o BERCAITZ, Miguel Ángel  
1980 “*Teoría general de los contratos administrativos*.” Segunda Edición. Buenos Aires: Ediciones De palma.
- o BULLARD GONZALES, Alfredo  
2006 “*Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos*”. La contratación pública, Tomo 2. Buenos Aires, 2006.  
  
2007 *De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*.
- o CASSAGNE, Juan Carlos  
2009 “*El Contrato administrativo*.” Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.  
  
2015 “*La división público-privada: Una dicotomía central de la contratación administrativa*.” En: *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – FIDA 2015. Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. Puerto Rico: Editorial de la Universidad de Puerto Rico *Business Law Journal*.

2011 Derecho Administrativo. Tomo II. Buenos Aires: editorial La Ley.

- o CASTILLO FREYRE, MARIO y SABROSO MINAYA, RITA  
2011 ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN. Lima: Palestra Editores.
- o CARNEIRO ECHEVARRÍA, Max  
2015 “Hacia una concepción finalista del Contrato de Concesión” En: Revista Derecho y Sociedad N° 45. 2015.
- o DANÓS ORDOÑEZ, Jorge  
2000 “Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas y servicios públicos a través de las concesiones.” En: Revista Advocatus N° 02. 2000.  
  
2006 El régimen de los contratos estatales en el Perú.en: Ita ius esto. Revista jurídica publicada por estudiantes de la Universidad de Piura. Disponible en web: <http://www.itaiusesto.com/el-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-peru/>
- o FERNANDEZ, Rafael.  
2012 “Las concesiones administrativas de dominio público.” Navarra: Editorial Aranzandi S.A.
- o GUASH, José Luis  
2005 “Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien.” Barcelona: *The International Bank for Reconstruction and Development – The World Bank*. Antonio Bosch, editor.
- o HUAPAYA TAPIA, Ramón  
2010 “Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General”. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2010, Número 9.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709>

- HERRERA MERCADO, Hernando  
2005 El arbitraje en materia de telecomunicaciones. En: El Contrato de Arbitraje. Legis Editores S.A. Bogotá.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo Y OCHOA CARDICH, Cesar  
2012 “El régimen económico de la constitución de 1993”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- .LORENZETTI, Ricardo Luis  
2004 Tratado de los contratos, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni.
- MAIRAL. Héctor  
1999 “La teoría del contrato administrativo.” En: Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración.
- MARTIN TIRADO, Richard  
2006 “La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública.” En: Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico. Infraestructura, contratos, servicios públicos e inversión. Lima: Editora Jurídica Grijley.  
  
2012 “Los Actos Administrativos en el régimen de las Personas Jurídicas del régimen privado”. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2012, Número 12.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13501/14127>  
  
2013 “El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú”. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2013.

Número 13.

- o MAGIDE HERRERO, Mariano y Guillermo GONZÁLEZ DE OLANO  
2010 “Prerrogativas y derechos de la administración.” En: Instrumentos españoles de colaboración público-privada: El contrato de concesión de obras públicas. Segunda Edición. Navarra: Thomson Reuters. 2010.
- o MENCHOLA, Muriel y CHAMORRO, Mery.  
2015 “Algunas reflexiones sobre la ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, modificación, y solución de controversias.” En: Revista Derecho y Sociedad N° 45. Lima. 2015.
- o MENCHOLA, Muriel  
2019 “Sobre el riesgo de diseño y riesgo normativo en los contratos de concesión de infraestructura vial”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 18. Lima. 2019.
- o MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela.  
2012 Interpretación del Contrato. Artículos publicados en Teoría General del Contrato: Libro Homenaje al profesor doctor Ricardo Lorenzetti. Primera Edición. Buenos Aires: La Ley.
- o MORÓN URBINA, Juan Carlos  
2008 “Redescubriendo una institución escondida: el rescate de las concesiones.” En: El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.  
  
2019 “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.” Décimo Cuarta Edición. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A.  
  
2019 “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.” Décimo

Cuarta Edición. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.

- o NOYA DE LA PIEDRA Ismael y DE LOS HEROS ECHECOPAR, Juan Carlos  
2007 “Para entender el *project finance*.”. Revista THEMIS. Lima, 2007. Número 54.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8870>
- o RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo  
2012 “El equilibrio económico en los contratos administrativos.” Segunda edición.  
Bogotá: Editorial Temis S.A.
- o RUIZ OJEDA, Alberto  
2006 “La concesión de obra pública.” Navarra: Editorial Aranzadi S.A.
- o RUÍZ DÍAZ, Gonzalo y GARCÍA GODOS, Christy  
2006 “Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contratos de concesión viales.”. Revista THEMIS. Lima, 2006. Numero 52.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8834>
- o SHIMABUKURO TOKASHIKI, Néstor Raúl  
2015 “El contrato de concesión de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de promoción de la inversión privada: una propuesta de principios jurídicos para su fase de ejecución.”. Tesis para optar el Título de Abogado PUCP.  
  
2015 “El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura suscrito en el Marco Jurídico de Asociaciones Público Privadas” En: Revista Derecho y Sociedad N° 45. 2015.
- o SOTO COAGUILA, CARLOS

2012 “Teoría general de los contratos: homenaje al profesor doctor Ricardo Luis Lorenzetti. Tomo I. Buenos Aires: Instituto de Derecho Privado Latinoamericano.

- o VELEZ SALINAS, Roberto.

2012 “Las decisiones administrativas y la opinión de OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión”. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2012. Número 12.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13505/14131>.

- o ZEGARRA VALDIVIA, Diego

1999 “Concesión administrativa e iniciativa privada”. Revista THEMIS. Lima, 1999. Número 39.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10383>

- **Normativa**

- o Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión. Fecha: 17 de noviembre de 2004.

- o Decreto Legislativo N° 1012, Ley del Arbitraje. Fecha: 13 de mayo de 2008.

- o Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento de la Ley de creación del OSITRAN. Fecha: 06 de septiembre de 2006.

- o Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. Fecha: 25 de enero de 2019.

- o Decreto Supremo N° 059-96-PCM, TUO Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado. Fecha: 26 de diciembre de 1996.

- o Decreto Supremo N° 060-96-PCM, Reglamento del Decreto Supremo N° 059-96-PCM. Fecha: 27 de diciembre de 1997.
- o Decreto Supremo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas. Fecha 09 de diciembre de 2008.
- o Decreto Supremo N° 127-2014-EF, Reglamento del D.S N° 1012. Fecha: 31 de mayo de 2014.
- o Decreto Legislativo N° 1224, Aprueban Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. Fecha: 25 de septiembre de 2015.
- o Decreto Supremo N° 410-2015-EF, Reglamento del D.S N° 1224. Fecha: 27 de diciembre de 2015.
- o Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. Fecha: 23 de julio de 2018.
- o Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del D.S N° 1362. Fecha: 30 de octubre de 2018.
- o Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Fecha; 20 de diciembre de 2007.
- o Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores.Fecha; 29 de julio de 2000.
- o Ley 26917, Ley de creación del OSITRAN. Fecha: 22 de enero de 1998.



- o Resolución Directoral N° 001-2019-EF/68.01, Lineamientos para el diseño de contratos de Asociación Público-Privada (APP). Fecha: 17 de mayo de 2019.

