

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



**Arbitraje de las decisiones del Organismo Supervisor  
de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso  
Público (OSITRAN) en el marco de la ejecución de los  
Contratos de Concesión que supervisa**

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Regulación  
de los Servicios Públicos  
que presenta:

*Julio César Mego Silva*

Asesora:

*Silvana Patricia Elías Naranjo*

Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, Silvana Patricia Elías Naranjo, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis titulada: "*Arbitraje de las decisiones del Organismo Supervisión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) en el marco de la ejecución de los Contratos de Concesión que supervisa*", del/de la autor(a) / de los(as) autores(as) Julio César Mego Silva, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 25%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 27/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 29 de diciembre de 2022

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <b>ELIAS NARANJO SILVANA PATRICIA</b>	
DNI: 10543085	Firma 
ORCID: 000-0001-5244-3186	

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se busca analizar cuándo corresponde someter una controversia derivada de alguna decisión o actuación del OSITRAN durante la ejecución de los Contratos de Concesión que supervisa, a la vía arbitral o, en su defecto, a la vía judicial, mediante un proceso contencioso administrativo. Se busca identificar aquellos criterios que permitan realizar una adecuada determinación de las materias o controversias relacionadas con el quehacer del OSITRAN, actuales o potenciales, susceptibles de ser resueltas a través del arbitraje. Se plantea la hipótesis de que los conflictos o controversias que derivan de actuaciones o decisiones del OSITRAN durante la etapa de ejecución de los Contratos de Concesión únicamente pueden ser dilucidados en la vía arbitral si tales actuaciones o decisiones del organismo regulador tienen naturaleza contractual, no pudiendo ser sometidos a la competencia arbitral aquellos conflictos o controversias vinculados a decisiones adoptadas en el marco del ejercicio de facultades administrativas. Asimismo, en cuanto al supuesto referido a la autorización derivada de la ley, de los tratados o convenios internacionales para someter a la vía arbitral determinado conflicto o controversia, se sustentará que en estos casos será posible someter a arbitraje las decisiones del OSITRAN, independientemente de que la materia califique como de libre disponibilidad o no. Este tema es relevante por cuanto en la doctrina y jurisprudencia no se cuenta con un criterio uniforme sobre qué tipo de materias y controversias pueden resolverse en la vía arbitral, situación que tiene repercusiones prácticas en la realidad que ocasionan un grado de incertidumbre y desconfianza entre los inversionistas privados que se encuentran vinculados o que pretenden vincularse contractualmente con el Estado, por lo que el presente trabajo pretende brindar un aporte en ese sentido. Se aborda el estudio del tema propuesto desde varios ámbitos: el doctrinario, normativo, el contenido de las cláusulas arbitrales y la jurisprudencia arbitral. En ese sentido, se realiza una clasificación de dichas cláusulas arbitrales atendiendo a su contenido y un análisis crítico de criterios arbitrales adoptados por tribunales nacionales e internacionales (CIADI) sobre la materia. Se concluye que las controversias referidas a la aplicación de penalidades por parte del regulador pueden ser planteadas en la vía arbitral y que las controversias relacionadas con la interpretación de los Contratos de Concesión, la caducidad de la Concesión y aplicación de tarifas no pueden ser resueltas en dicha vía, sino que deben ser dilucidadas en la vía judicial.

**Términos clave:** Arbitraje, Contrato de Concesión, Competencia Arbitral, Vía Judicial, naturaleza contractual, facultades administrativas, arbitraje nacional, arbitraje internacional.

## ABSTRACT

This research work seeks to analyze when it is appropriate to submit a dispute arising from any decision or action of OSITRAN during the execution of the Concession Contracts that it supervises, to arbitration or, failing that, to the judicial way, through a contentious-administrative process. It seeks to identify those criteria that allow an adequate determination of the matters or controversies related to the work of OSITRAN, current or potential, that can be resolved through arbitration. The hypothesis is raised that the conflicts or controversies that derive from actions or decisions of OSITRAN during the stage of execution of the Concession Contracts can only be elucidated through arbitration if such actions or decisions of the regulation organism have a contractual nature, not being able to those conflicts or controversies linked to decisions adopted within the framework of the exercise of administrative powers should be submitted to arbitral jurisdiction. Likewise, regarding the assumption referred to the authorization derived from the law, from international treaties or conventions to submit a certain conflict or controversy to arbitration, it will be argued that in these cases it will be possible to submit OSITRAN's decisions to arbitration, regardless of whether the material qualifies as freely available or not. This issue is relevant because in the doctrine and jurisprudence there is no uniform criterion on what type of matters and controversies can be resolved through arbitration, a situation that has practical repercussions in reality that cause a degree of uncertainty and mistrust between private investors who are linked or intend to be contractually linked with the State, so this paper aims to provide a contribution in this regard. The study of the proposed topic is approached from several areas: the doctrinal, normative, the content of the arbitration clauses and the arbitral jurisprudence. In this sense, a classification of said arbitration clauses is carried out according to their content and a critical analysis of arbitration criteria adopted by national and international courts (ICSID) on the matter. It is concluded that the controversies related to the application of penalties by the regulator can be raised in arbitration and that the controversies related to the interpretation of the Concession Contracts, the expiration of the Concession and the application of tariff cannot be resolved in said way, but must be elucidated in judicial way.

**Key words:** Arbitration, Concession Agreement, Arbitration Competition, Judicial way, contractual nature, administrative powers, national arbitration, international arbitration.

## ÍNDICE

Resumen .....	i
Índice .....	iii
Introducción.....	1
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>5</b>
1.1. El arbitraje.....	5
1.1.1. Características de la institución del arbitraje.....	5
1.1.2. El arbitraje administrativo.....	7
1.2. Arbitraje de las decisiones de las entidades públicas.....	8
1.3. Las facultades exorbitantes de la Administración Pública .....	9
1.4. El marco normativo aplicable al arbitraje administrativo.....	11
1.5. Posiciones doctrinarias nacionales sobre las materias que pueden ser resueltas a través del arbitraje en el ámbito administrativo .....	16
1.5.1. Primera posición doctrinaria.....	16
1.5.2. Segunda posición doctrinaria.....	17
1.5.3. Tercera posición doctrinaria.....	20
1.5.4. Cuarta posición doctrinaria .....	21
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>22</b>
2.1. Funciones del OSITRAN como organismo regulador .....	22
2.2. El Convenio Arbitral en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público .....	26

2.3. Revisión de las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN: infraestructura vial, portuaria, aeroportuaria, vías férreas e hidrovía amazónica -----	27
2.4. Arbitraje nacional e internacional (CIADI) -----	43
<b>CAPÍTULO 3 -----</b>	<b>46</b>
3.1. A efectos de determinar si una materia o controversia es arbitrable: ¿hay prelación entre la ley y el convenio arbitral? -----	46
3.2. El arbitraje de las controversias derivadas de decisiones adoptadas por el OSITRAN durante la vigencia de los Contratos de Concesión que supervisa	48
3.3. Controversias que recurrentemente han generado discusión sobre su tratamiento arbitral-----	61
3.3.1 Controversias derivadas de la aplicación de penalidades por el OSITRAN-----	62
3.3.2 Controversias derivadas del ejercicio de la facultad de interpretar los Contratos de Concesión por el OSITRAN-----	64
3.4. Materias que podrían generar discusión sobre su tratamiento arbitral -----	69
3.4.1. Caducidad de la concesión -----	69
3.4.2. Aplicación de tarifas -----	73
3.5. Análisis de criterios adoptados por tribunales arbitrales nacionales e internacionales (CIADI) -----	74
3.5.1. Análisis de criterios arbitrales de tribunales nacionales -----	74
3.5.2. Análisis de criterios arbitrales CIADI -----	87
3.6. Criterios para determinar el carácter arbitrable de las controversias derivadas de decisiones del OSITRAN -----	97
3.7. Propuesta de modificación de la normativa referida al arbitraje administrativo y de las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN -----	99
<b>CONCLUSIONES-----</b>	<b>104</b>



## INTRODUCCIÓN

La motivación para la elaboración del presente trabajo de investigación nace de la identificación de la controversia existente en la determinación del carácter arbitrable o no de las decisiones y/o actuaciones de las entidades públicas en general, y del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) en particular, siendo más notoria dicha controversia en el caso de este último que en los otros organismos reguladores.

Otro aspecto que ha motivado la elección del tema objeto del presente trabajo es el especial interés que despierta para el autor, particularmente por encontrarme laborando en el OSITRAN al momento de llevar a cabo la investigación, situación que trae aparejada la intención de contribuir en profundizar en el estudio de uno de los problemas que se viene presentando en el ejercicio de las funciones de este organismo regulador.

Durante la ejecución de un Contrato de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público, el OSITRAN emite decisiones que tienen incidencia en la ejecución de las obligaciones y en el ejercicio de los derechos que emanan para las partes de dicho Contrato de Concesión.

Tales decisiones del organismo regulador pueden generar conflictos entre las partes del Contrato de Concesión. Así ocurre cuando emite actos administrativos relacionados con la interpretación del contrato de concesión, la ejecución de penalidades, la aplicación de sanciones, fijación o modificación de tarifas, verificación del cumplimiento de los estándares de calidad del servicio, entre otros, debido a que afectan el contenido o alcance de los derechos u obligaciones de las partes del contrato.

En dicho contexto, el Concedente o el Concesionario no se ponen de acuerdo sobre cuál es la vía en la cual deben dilucidarse las controversias derivadas de la adopción de dichas decisiones. Resulta frecuente así que el Concedente considere que la controversia surgida sea planteada en la vía judicial, en un proceso contencioso administrativo, mientras que el Concesionario considera que corresponde sea dilucidada en la vía arbitral, mecanismo de solución de controversias que el marco normativo sobre Asociaciones Público Privadas establece como obligatorio incluir en el contenido del Contrato de Concesión.



En nuestro país se ha producido una intensa discusión a nivel doctrinario, que ha trascendido al ámbito de la jurisprudencia arbitral (sede en la cual se han expedido pronunciamientos y criterios disímiles), respecto a la viabilidad de someter al arbitraje, en tanto mecanismo de solución de conflictos reconocido constitucionalmente como jurisdicción, aquellas controversias derivadas de decisiones adoptadas por los organismos reguladores en general, y por el OSITRAN en particular, durante la ejecución de un Contrato de Concesión.

Así, se han dado a conocer diversas posiciones sobre esta materia. Sintetizando los argumentos utilizados, podemos indicar que algunas de ellas señalan que constituyen materias arbitrables las que son de libre disposición de las partes del Contrato de Concesión (Concedente y Concesionario), mientras que otras señalan que cualquier decisión o actuación de los organismos reguladores (entiéndase el OSITRAN) puede someterse a arbitraje.

El tema o problema que se pretende investigar entonces es el de la determinación del carácter arbitrable o inarbitrable de las controversias derivadas de decisiones tomadas o actuaciones realizadas por el OSITRAN durante la ejecución de los Contratos de Concesión que supervisa; es decir, determinar cuáles controversias pueden ser dilucidadas en vía de arbitraje y cuales en la vía judicial.

Consideramos que en este tema de estudio actualmente no hay claridad ni criterios que permitan delimitar adecuadamente la identificación de las materias y controversias que pueden ser sometidas a la vía arbitral, por lo que el presente trabajo pretende brindar un aporte en ese sentido.

La variedad de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la viabilidad de someter al arbitraje las controversias derivadas de decisiones y actuaciones del OSITRAN tiene repercusiones prácticas en la realidad que ocasionan un grado de incertidumbre y desconfianza entre los inversionistas privados que se encuentran vinculados o que pretenden vincularse contractualmente con el Estado a través de la modalidad de Asociación Pública Privada, entre ellas, el Contrato de Concesión.

En el presente trabajo se aborda el tema o materia de estudio no solamente desde el análisis de la normativa aplicable sino también a partir del análisis del contenido de las cláusulas o convenios arbitrales incluidos en todos los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN. A fin de facilitar dicho estudio, se ha realizado una clasificación de dichas cláusulas arbitrales en cláusulas arbitrales tipo atendiendo a las similitudes que presentan tanto en su redacción como en la amplitud de contenido.

Asimismo, en el presente trabajo se ha realizado una identificación de las controversias y/o materias que recurrentemente han dado lugar a procesos arbitrales en los que se ha discutido la competencia de los Tribunales Arbitrales para conocerlas, así como también se ha identificado aquellas controversias o materias vinculadas a las decisiones o actuaciones del OSITRAN que podrían dar a lugar en el futuro a dicho tipo de discusión.

Adicionalmente, se ha efectuado un análisis crítico de los criterios adoptados por los Tribunales Arbitrales nacionales e internacionales (específicamente los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI), a la luz de la hipótesis planteada en el presente trabajo.

A partir de ello, se han propuesto criterios a fin de facilitar la tarea de determinar cuándo nos encontramos ante una controversia o materia susceptible de ser llevada a la vía arbitral y cuándo ello no resulta posible, esperando contribuir a clarificar el escenario en beneficio de todos los actores involucrados en la ejecución de un Contrato de Concesión (Estado, privados y usuarios). Asimismo, se propone una modificación normativa a fin de facilitar la labor de identificar y determinar las controversias y materias que pueden ser llevadas a la vía arbitral y cuáles no.

La hipótesis que se pretende sostener en el presente trabajo es que los conflictos o controversias que derivan de actuaciones o decisiones del OSITRAN durante la etapa de ejecución de los Contratos de Concesión únicamente pueden ser dilucidados en la vía arbitral si tales actuaciones o decisiones del organismo regulador tienen naturaleza contractual, no pudiendo ser sometidos a la competencia arbitral aquellos conflictos o controversias vinculados a decisiones adoptadas en el marco del ejercicio de facultades administrativas. Asimismo, en cuanto al supuesto referido a la autorización derivada de la ley, de los tratados o convenios internacionales para someter a la

vía arbitral determinado conflicto o controversia, se sustentará que en estos casos será posible someter a arbitraje las decisiones del OSITRAN, independientemente de que la materia califique como de libre disponibilidad o no.

La presente investigación se divide en tres capítulos. En el primer capítulo se efectuará un análisis de la figura del arbitraje administrativo y una definición de lo que puede entenderse por arbitraje objetivo y arbitraje subjetivo (siendo que constituye objeto de nuestro estudio la primera de ellas). Posteriormente, se realizará un análisis de lo que se conoce como facultades exorbitantes de la Administración Pública, para luego identificar el marco normativo nacional aplicable al arbitraje administrativo. Finalmente, se realizará una revisión de las posiciones doctrinarias más difundidas en nuestro medio respecto al arbitraje de las decisiones y funciones de las entidades de la Administración Pública.

En el segundo capítulo se efectuará un breve repaso de las funciones del OSITRAN y posteriormente efectuaremos una revisión de las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión supervisados por dicho organismo regulador. Finalmente, realizaremos una breve descripción del arbitraje local y del internacional - CIADI, remitiendo al capítulo siguiente el análisis de casos en ambas sedes.

En el tercer capítulo se sustenta la hipótesis propuesta. Para ello se realizará un análisis crítico de la regulación normativa, pero también lo establecido en los Contratos de Concesión (cláusulas arbitrales) y la jurisprudencia arbitral, lo que permitirá proponer criterios que faciliten determinar cuándo nos encontramos ante una controversia o materia que puede ser resuelta en la vía arbitral o en la vía judicial y una modificación normativa que facilite dicha labor.

# **CAPÍTULO 1: EL ARBITRAJE Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

En el presente capítulo se efectuará un análisis de la figura del arbitraje administrativo y una definición de lo que puede entenderse por arbitraje objetivo y arbitraje subjetivo (siendo que constituye objeto de nuestro estudio la primera de ellas). Posteriormente, se realizará un análisis del concepto referido a las facultades exorbitantes de la Administración Pública, para luego identificar el marco normativo nacional aplicable al arbitraje administrativo. Finalmente, se realizará una revisión de las posiciones doctrinarias más difundidas en nuestro medio respecto al arbitraje de las decisiones y funciones de las entidades de la Administración Pública.

## **1.1. El arbitraje**

### **1.1.1. Características de la institución del arbitraje**

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias heterocompositivo<sup>1</sup>, originalmente utilizado en el ámbito privado, en el que un tercero tiene la función de dilucidar un conflicto surgido entre dos o más sujetos de derecho. Son las partes del conflicto quienes de manera voluntaria encargan dicha función al tercero, premuniéndolo de las facultades necesarias para ejercer dicho rol.

Es un mecanismo de solución de controversias alternativo si se tiene en cuenta que la función de resolver los conflictos jurídicamente relevantes también recae en el Estado, a través de la vía judicial o administrativa.

Una de las características más resaltantes del arbitraje es la voluntariedad con la cual las partes del conflicto de intereses deciden someter la controversia que mantienen a la decisión de un tercero, el árbitro. La voluntad de las partes en el sentido descrito se plasma en un acuerdo, pacto o convenio. Al ser la voluntad de las partes un elemento legitimador de este mecanismo, y al

---

<sup>1</sup> Lo heterocompositivo hace referencia a que la decisión que resuelve el conflicto es tomada por un tercero distinto a las partes del mismo, siendo que estas últimas tienen la obligación de cumplir lo resuelto.

haber sido tradicionalmente utilizado para dilucidar conflictos de intereses particulares, se ha considerado desde siempre que posee una naturaleza privada<sup>2</sup>.

Otra característica relevante del arbitraje es su jurisdiccionalidad. En efecto, cabe recordar que el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, establece como uno de los principios de la administración de justicia la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral; de lo que se desprende el carácter jurisdiccional del arbitraje.

Esto implica que la decisión del árbitro no solo resulta vinculante o de obligatorio cumplimiento para las partes del conflicto, adquiriendo a la par la calidad de cosa juzgada, sino también que la adopción del arbitraje como mecanismo de solución de la controversia implica, de por sí, la exclusión de la vía judicial para conocer el fondo de la misma, conservando excepcionalmente una competencia residual para anular la decisión arbitral en escasos supuestos taxativamente previstos en la norma, mas no por cuestiones de fondo o sustantivas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que, en nuestro país, tanto la voluntad de las partes, materializada en un acuerdo o convenio, como su carácter jurisdiccional constituyen elementos legitimadores del arbitraje.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, una definición doctrinaria de arbitraje que resultará útil para los fines del presente trabajo es la que considera que dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos “se ha venido entendiendo tradicionalmente como un equivalente jurisdiccional por el que las personas físicas o jurídicas, previo acuerdo, someten la decisión de una controversia a personas, órganos o entidades que no forman parte del poder judicial, cuya decisión (laudo) tiene fuerza vinculante y eficacia equivalente a la fuerza de cosa juzgada, aunque sea admisible someter su validez o nulidad, exclusivamente por motivos tasados, al pronunciamiento de los Tribunales” (Escartín Escudé, 2012, p. 108).

---

<sup>2</sup> En el arbitraje administrativo, sin embargo, esta característica debe ser entendida con matices, pues el Decreto Legislativo N° 1362 establece la obligatoriedad de incluir una cláusula arbitral en los Contratos de Concesión o APP, así como también debido a que en la práctica el concesionario se somete a lo estipulado por el concedente en el contrato.

### 1.1.2. El arbitraje administrativo

A pesar de que tradicionalmente el ámbito de acción del arbitraje ha sido el privado, en nuestro país diversas normas del ámbito administrativo o público han impuesto su uso obligatorio para dilucidar controversias presentadas en marcos como los de Contrataciones con el Estado, Asociaciones Público Privadas, entre otros.

Precisamente como consecuencia de ello se ha venido acuñando en nuestro medio el término “arbitraje administrativo”, el mismo que es utilizado para hacer referencia al uso de dicho mecanismo de solución de controversias en el ámbito público.

Así, se entiende por “arbitraje administrativo” al sometimiento de una controversia, y de los sujetos que la mantienen, a la vía arbitral, cuando por lo menos una de las partes del conflicto es la Administración Pública (Trayter Jiménez, 1997).

La exclusión de la vía judicial que deriva de someter determinada controversia a la vía arbitral alimenta una de las críticas a la utilización de dicho mecanismo de resolución de conflictos en sede administrativa, cuestionándose que a través de un acuerdo entre las partes del conflicto se evita el control judicial de las decisiones de la Administración Pública, pese a constituir ello una garantía a favor de los administrados. Ello ha sido resaltado por Escartín Escudé (2012), quien señala que la sustitución del proceso judicial por el arbitraje plantea el problema de la conveniencia de su incorporación en el ámbito público, más aun si se tiene en cuenta la obligación constitucional de someter la actividad administrativa al control de legalidad que ejercen los jueces ordinarios por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otro. En ese sentido, el citado autor se pregunta si resultaría posible eludir un control que supone un mecanismo de garantías del sistema constitucional de reparto de poderes mediante un acuerdo de voluntades, aun cuando una de dichas voluntades es de la Administración Pública.

Con todo, es notorio el auge que viene experimentando el arbitraje en distintos países, y específicamente el denominado arbitraje administrativo, no habiendo sido la excepción el Perú. Una de las principales causas de dicho auge ha sido puesto de manifiesto al señalarse que la posibilidad de recurrir a dicho mecanismo de resolución de controversias en los contratos con

el Estado respondería a un sentido de realidad, orientado a lograr una contratación más eficiente, mediante la creación de condiciones propicias para generar confianza en sus cocontratantes, asegurando la imparcialidad, especialidad, celeridad y solvencia moral en la resolución de conflictos que, lamentablemente, los tribunales nacionales, en la mayoría de los casos, no estarían en condiciones de ofrecer (Alayza Quiñones, 2012).

Sobre dicho fenómeno, también se ha señalado que la necesidad de mecanismos confiables e independientes, libres de los rezagos del viejo monopolio estatal de la justicia, ha traído como consecuencia el avance de los mecanismos privados de solución de controversias, los que comienzan a encargarse de la cosa pública, lo que muestra un proceso de desestatización acelerado (Bullard, 2012).

Entonces, resulta claro que la adopción del arbitraje por el ámbito público ha generado discusiones y diversas opiniones, a favor y en contra, sobre lo que es arbitrable, y la controversia existente acerca de la idoneidad de cuestionar en vía de arbitraje las actuaciones y decisiones de las entidades de la administración pública es una muestra de ello. En ese sentido, se advierte que desde el inicio de la inserción del arbitraje en el ámbito público se han producido conflictos, por lo que ahondar en este proceso en el ámbito interno resulta importante a fin de entender mejor dicha relación en la actualidad.

## **1.2. Arbitraje de las decisiones de las entidades públicas**

Lo arbitrable puede ser enfocado desde dos planos distintos: el subjetivo y el objetivo.

Cuando se hace referencia a los sujetos que pueden adoptar la posición de parte en un proceso de arbitraje nos encontramos en un plano subjetivo, y cuando se hace referencia a las materias o temas sobre los que versa un proceso de arbitraje nos encontramos en un plano objetivo.

Este trabajo abordará el estudio del arbitraje desde un plano objetivo con especial referencia a las decisiones de las entidades públicas, y específicamente las del OSITRAN, en su condición de organismo regulador.

### **1.3. Las facultades exorbitantes de la Administración Pública**

El Estado, por diversas razones (falta de fondos públicos, de capacidad técnica, eficiencia) muchas veces requiere contar con la participación de los particulares para poder lograr el cumplimiento de sus fines propios, como por ejemplo garantizar la provisión de servicios públicos a los ciudadanos.

Para vincularse con los privados, el Estado utiliza como instrumento jurídico al contrato administrativo, el que contiene los derechos y obligaciones propias y los de su contraparte privada. Es así que, en el marco de dicha vinculación contractual con los particulares, el ordenamiento jurídico otorga al Estado diversos poderes o prerrogativas, las cuales, desde la óptica del derecho privado, son percibidas como exorbitantes, auténticos privilegios.

Si se tiene en cuenta que dentro del género de la contratación pública podemos encontrar a los contratos de APP, se desprende que el Estado también cuenta con dichas prerrogativas exorbitantes cuando se vincula contractualmente con los privados a través de la concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Dichas prerrogativas exorbitantes o privilegios otorgan al Estado, y por ende a la Administración Pública, ventajas respecto de su contraparte privada, configurándose una relación de tipo vertical o subordinada entre ellos.

Antes de analizar dichas facultades exorbitantes, resulta importante detenernos en la justificación de la atribución de dicho poder a favor del Estado.

Las denominadas facultades o prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública en la contratación pública encuentran justificación en el interés público y en el hecho de que es el Estado el encargado de garantizar y proteger dicho interés general. Ello ha sido puesto de manifiesto al señalarse que el fundamento de la especial posición jurídica de la Administración, en el contexto de la contratación pública, viene a ser la protección del interés público que se encuentra presente en la obra o el servicio público (Rodríguez-Arana, 2008).



Algunas de las principales prerrogativas exorbitantes que posee el Estado y/o la Administración Pública son las siguientes:

- **Ius variandi:** la facultad para modificar el contenido de un contrato administrativo de manera unilateral, esto es, sin el consentimiento del privado o incluso en contra de su voluntad.
- **Dirección y control:** atendiendo a que en los contratos administrativos las partes contratantes se encuentran en una relación de subordinación, la Administración Pública puede disponer acciones para inspeccionar, fiscalizar, y supervisar las actividades de la contraparte privada.
- **Interpretación unilateral del contrato:** la potestad para interpretar el contenido contractual y definir el sentido del mismo sin encontrarse obligada a considerar la posición interpretativa de la contraparte privada.
- **Sancionadora:** la Administración Pública cuenta con facultades para aplicar sanciones a su contraparte privada.
- **Excepción de incumplimiento:** es la imposibilidad de la contraparte privada para dejar de cumplir con la ejecución de sus obligaciones aun cuando el Estado haya incurrido en el incumplimiento de sus propias obligaciones, como de hecho ocurre en el ámbito de la contratación entre privados.

Las referidas prerrogativas del Estado no pueden, en principio, ser objeto de renuncia o delegación, pues provienen de su *ius imperium*, son inherentes a su esencia y le han sido conferidas y reconocidas constitucional y legalmente para el adecuado accionar en el logro de sus fines públicos.

Por dicha razón, se ha considerado tradicionalmente que las funciones y facultades de *ius imperium* del Estado no son libremente disponibles, siendo que, al ser materializado su ejercicio a través de actos administrativos vinculantes para los administrados, las decisiones o actuaciones

derivados de dicho ejercicio no podrían ser materia arbitrable.

#### **1.4. El marco normativo aplicable al arbitraje administrativo**

En este acápite mencionaremos aquellas normas cuyo texto hacen referencia al arbitraje en general, y al arbitraje administrativo en particular, y detallaremos los artículos que tengan relación con nuestro tema de estudio, el arbitraje de las decisiones de los organismos reguladores y las entidades públicas.

- **Constitución Política del Perú**

La Constitución Política del Perú en su artículo 63 señala que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

El artículo de la Constitución citado tiene relación directa con nuestro tema de estudio en la medida que autoriza al Estado a llevar las controversias derivadas de una relación contractual, como de hecho es la relación nacida de la celebración de un Contrato de Concesión, al arbitraje.

- **Decreto Legislativo N° 1362**

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, señala en su numeral 56.1 que los contratos de Asociación Pública Privada (en adelante, APP), incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias.

La norma reseñada, en los términos en que ha sido redactada, establece la obligación de incluir en todos los contratos de APP, entre los que se encuentra el Contrato de Concesión, una cláusula arbitral, esto es, un acuerdo entre las partes del contrato de plantear las controversias que puedan suscitarse durante el desarrollo de la relación contractual, en la vía arbitral.

Adicionalmente, el numeral 56.3 del referido Decreto Legislativo establece que la entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar al debido patrocinio del Estado, y que el árbitro o tribunal arbitral tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia.

El contenido del citado numeral 56.3 tiene relación con la figura del arbitraje en su dimensión subjetiva en la medida que regula la participación de los organismos reguladores en el proceso arbitral y tiene un doble mandato dirigido tanto a la entidad pública titular del proyecto como al árbitro o Tribunal Arbitral, orientado precisamente a permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales.

Lo dispuesto en los citados numerales no ha estado exento de controversia. Primero, se ha cuestionado que al disponer el numeral 56.1 la obligatoriedad de la inclusión de una cláusula arbitral en el contrato de APP, se ha desconocido una de las características consustanciales de la figura del arbitraje, a saber, la libertad en la formación de la voluntad por parte de los interesados de someter determinada controversia a dicho mecanismo de solución de controversias (Quiroga León, 2017).

Así también, en lo que respecta a lo dispuesto en el numeral 56.3, resulta controversial obligar al árbitro a permitir la participación de determinado sujeto, en este caso el organismo regulador, pues estaría desconociendo su autonomía y poder para dirigir el proceso.

Adicionalmente, al establecer que la participación de los organismos en el proceso arbitral tiene por finalidad coadyuvar al debido patrocinio del Estado, pone en entredicho la imparcialidad con la que debe actuar todo regulador frente a los inversionistas, los usuarios y el Estado.

Así, resulta complicado entender cómo es que determinado organismo regulador puede actuar de manera imparcial si durante la tramitación de un proceso arbitral, en el que por definición existen intereses contrapuestos, debe alinear su postura con la del Estado.

- **Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362**

Por otro lado, el Reglamento del citado Decreto Legislativo N° 1362 también regula la institución del arbitraje (administrativo) en tanto en el numeral 1 del artículo 132.1 dispone que las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP deben señalar que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, remitiendo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 132.1 establece que las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Lo señalado en este artículo está en la línea de lo establecido por el numeral 56.1 del Decreto Legislativo N° 1362, en tanto establece la obligación de incluir en el contenido contractual de los contratos de APP la utilización del arbitraje para cualquier controversia.

Adicionalmente, el numeral 133.1 de dicho Reglamento señala que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el mismo 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.

Lo indicado en el citado numeral tiene relación con nuestra materia de estudio, el arbitraje en su dimensión objetiva, si se tiene en cuenta que estaría estableciendo una prohibición de someter a la vía arbitral (así como también a una Junta de Resolución de Disputas y a la figura del Amigable Componedor), aquellas controversias derivadas de decisiones adoptadas por los organismos reguladores si es que son dictadas en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa.

Lo dispuesto en el artículo reseñado ha sido señalado también en normas antecesoras sobre la materia, pese a lo cual la discusión sobre el arbitraje de las controversias derivadas de decisiones adoptadas por entidades públicas en su dimensión objetiva, y en particular por los organismos reguladores, se ha mantenido permanentemente en un primer plano.

- **Decreto Legislativo N° 1071**

El Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje en nuestro país (en adelante, Ley de Arbitraje), establece en el numeral 1 de su artículo 2 que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición y también aquellas que la ley, los tratados o los acuerdos internacionales autoricen.

La referencia a la ley, tratados o acuerdos internacionales que realiza el numeral 1 del citado artículo es de especial relevancia por permitiría interpretar que se pueden llevar al arbitraje no solamente las controversias sobre materias de libre disposición sino también aquellas que no versan sobre dichas materias, siempre y cuando la ley o los instrumentos internacionales correspondientes lo prevean.

Para la adecuada interpretación de esta disposición normativa, resulta de importancia entender qué se debe entender por “materia de libre disposición”, teniendo en cuenta que en el ámbito público rige el principio de legalidad, según el cual la Administración Pública puede realizar únicamente aquello expresamente autorizado, no existiendo ámbito de actuación discrecional, a diferencia de lo que ocurre en el plano de lo privado, en el cual los particulares pueden actuar libremente mientras no haya una prohibición para el ejercicio de sus derechos, pudiendo pactar libre y discrecionalmente en función de sus propios intereses.

Adicionalmente, el artículo 4 de este Decreto Legislativo establece que el Estado puede someter a arbitraje nacional o extranjero las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados o no domiciliados en el país.

Por otro lado, el artículo 13 de dicha norma contiene una definición de convenio arbitral y establece las formalidades que deben estar presentes para que pueda calificar como tal.

Asimismo, el artículo 14 hace referencia a la extensión subjetiva del convenio arbitral, en tanto define qué sujetos pueden ser considerados como parte de un proceso arbitral, señalando que para ello se tomará en cuenta la participación activa y determinante durante cualquiera de las diversas etapas contractuales (negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato) o

a quienes puedan derivar derechos o beneficios del contrato.

Finalmente, el artículo 41 de la norma comentada hace referencia a la competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. Esta disposición es relevante por cuanto establece que el Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, atribución que resulta de gran importancia para garantizar la autonomía e independencia de los árbitros respecto de cualquier otro mecanismo de solución de controversias, como sería el Poder Judicial, instancia que únicamente podrá revisar lo determinado por el árbitro luego de que este se haya pronunciado respecto de su competencia y eventualmente de haberse pronunciado sobre el fondo de la controversia.

Adicionalmente, dicho artículo señala que en los casos en los que el convenio arbitral forme parte del contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. Esta medida permite distinguir el acuerdo contractual del resto del contenido contractual, lo que permite mantenerlo a salvo de los vicios que pudiera contener el contrato que lo contiene y, por ende, de la nulidad que ello pudiera acarrear, manteniendo incólume la facultad de los árbitros para pronunciarse sobre la materia controvertida.

Estas dos regulaciones pueden considerarse como auténticas garantías del quehacer arbitral.

- **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso Contencioso Administrativo**

El numeral 5 del artículo 4 del citado TUO establece que procede la demanda contencioso administrativa contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas, identificando aquellas actuaciones administrativas que son impugnables, entre las que se encuentran las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, exceptuando los casos en los que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a arbitraje la controversia.

Lo dispuesto en la referida norma revela que la facultad otorgada a los árbitros y a los jueces para conocer una controversia resulta excluyente, así como también la importancia de determinar de manera adecuada cuál de ellos debe ser el encargado de conocer la controversia.

## **1.5. Posiciones doctrinarias nacionales sobre las materias que pueden ser resueltas a través del arbitraje en el ámbito administrativo**

En este punto del desarrollo de nuestra investigación nos ocuparemos de realizar un breve análisis de algunas posiciones doctrinarias nacionales sobre las materias que pueden ser sometidas a la vía arbitral.

### **1.5.1. Primera posición doctrinaria**

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 antes citado, un sector de la doctrina nacional entiende que constituye materia arbitrable toda aquella que es de libre disposición. Así, se ha señalado que “solo tenemos a la libre disposición como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es arbitrable o no” (Freyre & Minaya, 2019, p. 196).

Adicionalmente, cabe señalar que, de acuerdo a esta posición doctrinaria, la condición de libre disponibilidad de determinado derecho o materia es otorgado por la ley, los tratados o acuerdos internacionales, habida cuenta de que no existirían derechos o materias arbitrables o inarbitrables por naturaleza. En ese sentido, se ha afirmado que “ya hemos concluido que no creemos en los derechos inarbitrables por ‘naturaleza’. Tal cosa no existe, en la medida de que todo derecho puede ser materia de arbitraje si la norma jurídica establece su carácter de libre disponibilidad. Y cuando la norma calla, pues se entiende que lo que no está prohibido está permitido según el principio general de Derecho que así lo establece” (Freyre & Minaya, 2019, p. 196).

Se advierte así que, para este sector doctrinario, la ley, el tratado o el convenio internacional tienen un rol destacado de cara a la determinación del carácter arbitrable de cualquier decisión de las entidades públicas y de los organismos reguladores, en la medida que dichos instrumentos normativos establecerían su condición de libre disponibilidad, condición, de acuerdo a esta posición, siempre necesaria para efectos de dicha determinación.

### 1.5.2. Segunda posición doctrinaria

Siempre tomando como base lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, otra posición doctrinaria considera que cualquier decisión o actuación de las entidades públicas y los organismos reguladores puede someterse a arbitraje, bastando para ello que la ley, el tratado o convenio internacional aplicable lo autorice. Se advierte así que, a diferencia de la posición doctrinaria antes reseñada, para este sector la aludida autorización normativa no versaría sobre el otorgamiento de la condición de libre disponibilidad. Así, Bullard afirma lo siguiente:

“(…) el error de fondo radica en leer el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje como si terminara en la referencia a los temas de libre disposición. Pero el artículo continúa y se refiere a aquellos casos que la Ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Ello significa que la Ley o los tratados, partiendo del marco constitucional vigente en el Perú, pueden autorizar a que se arbitren temas que no serían en principio de libre disposición. Y en el Perú, como en muchos otros países, la ley y/o los tratados permiten precisamente que ello ocurra (2012, p. 313).

Como se puede apreciar, esta postura considera inclusive que la ley o los tratados pueden establecer que determinada materia, inicialmente de naturaleza no disponible, puede ser sometida al arbitraje si es que autorizan que ello sea así.

Este autor pone como supuesto paradigmático de materia arbitrable derivada de la autorización legal, el caso del Contrato Ley, instrumento que cuenta con reconocimiento a nivel constitucional en nuestro país (artículo 62) y cuya finalidad es otorgar mayor seguridad jurídica y económica a los privados que contratan con el Estado.

En efecto, a través de la figura del contrato ley, el Estado garantiza a los privados que el marco jurídico vigente al momento de vincularse contractualmente tendrá una vigencia permanente en el futuro, no pudiendo modificarse aun siquiera por la emisión de normas legales posteriores, menos por las decisiones adoptadas por sus órganos internos.



Por dicha razón, este autor señala que no se puede dudar que la facultad de dictar y hacer cumplir leyes no es de libre disposición, pero que si la ley lo autoriza, inclusive dicha facultad sería arbitrable, precisamente porque el marco legal autorizaría su sometimiento a la vía arbitral (Bullard, 2012).

Añade el citado autor que el contrato ley asociado a un contrato de concesión, convierte a las obligaciones aquí asumidas en verdaderas obligaciones de naturaleza contractual, aun cuando estas pudieran estar referidas a asuntos regulatorios que importan alguna decisión administrativa, que en principio no sería de libre disposición; no obstante, dada la existencia de un contrato ley, la actuación regulatoria se vuelve una violación contractual privada, encontrándonos por ende frente a un tema arbitrable (Bullard, 2012).

Ahora bien, de lo reseñado se desprende que, en la medida que comúnmente en el contrato ley se incluye un convenio arbitral, para este sector doctrinario resulta evidente que cualquier controversia que surja durante la etapa de ejecución contractual tendrá que ser dilucidado en la vía arbitral, independientemente de que la materia en concreto sea primigeniamente disponible o no, habiendo el Estado renunciado a la posibilidad de modificar los términos contractuales a fin de atraer la inversión privada en un clima de confianza.

En lo que respecta a los tratados o acuerdos internacionales, el citado autor señala que, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje, estos instrumentos también permiten someter a arbitraje decisiones de las entidades públicas, e inclusive decisiones de los organismos reguladores (Bullard, 2012).

Respecto a la posibilidad de someter actuaciones estatales a la vía arbitral internacional, como por ejemplo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), señala que en este tipo de arbitrajes lo que se discute no es el carácter administrativo de la decisión sino sus consecuencias contractuales (Bullard, 2012).

Criticando los informes de las Comisiones conformadas en el Congreso de la República que concluyeron que la materia de las demandas arbitrales presentadas por tres empresas concesionarias del servicio de distribución de energía eléctrica contra el Estado peruano

(conocido como el caso de las eléctricas)<sup>3</sup>, no eran de libre disposición de las partes y, por ende, no eran arbitrables; Cantuarias señaló que, en realidad, ninguna materia de un Convenio de Estabilidad Jurídica puede considerarse de libre disposición de las partes, ya que un acuerdo de garantías y seguridades como este, solo lo puede otorgar un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas, de *ius imperium* (Cantuarias S., 2004, p. 185).

Dicho autor precisó que el hecho de que ninguna materia de un Convenio de Estabilidad Jurídica sea de libre disposición, no impide que sea arbitrable, pues el artículo 62 de la Constitución autoriza al Estado a celebrar contratos ley, y que las materias allí contenidas puedan someterse al arbitraje (Cantuarias S., 2004).

Mas allá del fundamento normativo constitucional, Cantuarias sustenta la viabilidad de someter a arbitraje cualquier materia contenida en un contrato ley o Convenio de Estabilidad Jurídica argumentando que “mediante los contratos-ley, el Estado renuncia a su *ius imperium* y acepta darle a esa relación Estado - inversionista, la calidad de un contrato privado, a efectos de posibilitar, entre otros, su acceso a la vía arbitral”, añadiendo que “todo el contenido de dicho Convenio que en principio sería de orden público ha sido, por decisión soberana de Estado, sometido de *iure* al ámbito privado y se ha previsto su conocimiento por los árbitros” (2004, p. 185).

Finalmente, refiriéndose ya no a los contratos ley o Convenios de Estabilidad Jurídica sino a los Contratos de Concesión que no tienen dichas características, dicho autor señala que el argumento es similar por cuanto la norma constitucional aplicable es el artículo 63, que dispone el acceso al arbitraje en la forma en la que disponga la ley. Añade que son las leyes que regulan los Contratos de Concesión las que habilitan en términos sustantivos el acceso de estos temas, que no son de libre disposición, a la vía arbitral (Cantuarias S., 2004, p. 185).

En una posición cercana a la formulada por Bullard y Cantuarias, Quiñones Alayza ha señalado que es susceptible de ventilarse en el fuero arbitral cualquier disputa relativa tanto a las

---

<sup>3</sup> Dichas empresas concesionarias fueron Luz del Sur S.A. A., Edelnor S.A.A. y Edegel S.A.A. y en sus demandas solicitaron que los Tribunales Arbitrales determinaran el marco legal aplicable a sus Convenios de Estabilidad Jurídica.

actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación del contrato de concesión, como las consecuencias patrimoniales que el incumplimiento de su contraparte ocasione a la parte afectada, mas no la validez misma del acto administrativo, como tampoco las atribuciones de imperio de la contraparte estatal (2012, p. 39).

Añade la citada autora que nada obsta para que un árbitro señale en el laudo que determinado acto administrativo configura un incumplimiento contractual, o que ordene al concedente cumplir con la prestación a la cual se encuentra contractualmente obligado, precisando que ello es posible tanto cuando el contrato de concesión tiene la fuerza de un contrato ley, como cuando no la tiene (Alayza Quiñones, 2012, p. 40)

### **1.5.3. Tercera posición doctrinaria**

Por su parte, Huapaya Tapia ha señalado que es innegable que cuando un conflicto tiene que ver con actos administrativos vinculados a la validez, eficacia, ejecución o interpretación del contrato de concesión, como sería la ejecución de penalidades, interpretación del contrato, fijación de tarifas u otros actos vinculados a la ejecución contractual (como por ejemplo prórrogas de prestaciones o plazos contractuales), los árbitros tendrán plena competencia para pronunciarse por tratarse de decisiones contractuales de la Administración Pública, aún cuando sean emitidas bajo la forma de actos administrativos (2013).

También ha criticado lo establecido en su momento por el Reglamento del Decreto Legislativo 1012, aprobado por decreto supremo N° 146-2008-EF<sup>4</sup>, en cuanto disponía que no podían ser materia de arbitraje las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa cuya vía de reclamo es la vía administrativa; por cuanto, en su opinión, en nuestro ordenamiento no estaría prohibido que los árbitros se pronuncien sobre la validez de los actos administrativos sino únicamente que se inmiscuyan en el ejercicio de funciones que involucren el ejercicio de potestades administrativas o del poder de policía administrativo en los contratos de concesión, las cuales son típicamente indelegables al sector privado, y donde los árbitros, al no estar investidos de funciones públicas, no pueden revisar (Huapaya Tapia, 2013).

---

<sup>4</sup> Disposición que se ha mantenido en el artículo 133 del actual Reglamento de la Ley de APP.

Conforme se puede apreciar, para este autor no debería restringirse la competencia de los árbitros para conocer controversias o materias de naturaleza contractual, aun cuando estas fueran emitidas bajo la forma de actos administrativos, debiendo excluirse únicamente aquellas cuestiones que tengan relación con el ejercicio de potestades administrativas o del poder de policía administrativo.

#### **1.5.4. Cuarta posición doctrinaria**

Para Baca Oneto, el campo propio del arbitraje en el Derecho Público son los conflictos que surjan de la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración, es decir, como señala la Constitución, las controversias referidas a la relación contractual, mas no las controversias referidas a la validez del acto que origina dicha relación contractual (2006).

Añade dicho autor que la razón por la cual se limita el papel del arbitraje a los conflictos surgidos en torno a la ejecución e interpretación de los contratos públicos, es decir, a aquellas controversias que versen sobre la relación contractual y no sobre la validez del acto que la origina, es que en este último caso se estaría discutiendo la adecuación a derecho de un acto administrativo, por el que la Administración pública ejerce una potestad (Baca Oneto, 2006).

En ese sentido, dicho autor concluye señalando que, en general, el control de validez o invalidez de los actos por los cuales la Administración Pública ejerce sus potestades está excluido del arbitraje (Baca Oneto, 2006).

## CAPÍTULO 2

En el presente capítulo realizaremos un breve repaso de las funciones del OSITRAN y posteriormente efectuaremos una revisión de las cláusulas arbitrales incluidas en los Contratos de Concesión supervisados por dicho organismo regulador. Finalmente, realizaremos una breve descripción del arbitraje local y del internacional - CIADI, remitiendo al capítulo siguiente el análisis de casos en ambas sedes.

### 2.1. Funciones del OSITRAN como organismo regulador

El artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala que, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen las funciones supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias y reclamos.

La citada ley describe las funciones otorgadas a los organismos reguladores en los siguientes términos:

- **Función supervisora:** facultad para verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades prestadoras, de sus actividades supervisadas, mandatos o resoluciones emitidas por el organismo regulador.
- **Función reguladora:** facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito, revisarlas y modificarlas, así como para establecer los requisitos y condiciones necesarios para la adecuada aplicación del sistema tarifario.
- **Función normativa:** facultad para dictar diversas normas como reglamentos, mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades, usuarios o actividades supervisadas; tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas, normas técnicas y contratos de concesión, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas.

- **Función fiscalizadora y sancionadora:** comprende la facultad de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.
- **Función de solución de controversias y atención de reclamos:** comprende la facultad de resolver los conflictos que surjan entre entidades prestadoras o entre estas y los usuarios intermedios y finales.

En su condición de organismo regulador, el OSITRAN tiene estas funciones, las cuales ejerce en el ámbito de su competencia. Así, en cuanto a la función supervisora, verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas exigibles a las entidades prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que estas brinden servicios adecuados a los usuarios. Asimismo, constata el cumplimiento de mandatos o resoluciones que haya emitido, o que son propias de las actividades supervisadas.

En cuanto a la función reguladora, el OSITRAN opera el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, lo que incluye fijar, revisar o eliminar las tarifas, estableciendo reglas claras y precisas para su correcta aplicación.

En relación con la función normativa, el OSITRAN dicta reglamentos y normas que regulan los procedimientos a su cargo, normas de carácter general, aplicables a todos los administrados, así como también mandatos de carácter particular. Estos reglamentos y normas pueden definir los derechos y obligaciones aplicables a las entidades prestadoras, actividades supervisadas o los usuarios. Esta función comprende también la facultad de tipificar las infracciones por el incumplimiento de obligaciones contenidas en leyes, Contratos de Concesión, mandatos y resoluciones expedidas en ejercicio de su rol de organismo regulador.

En lo que atañe a la función fiscalizadora y sancionadora, el OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las entidades prestadoras ante el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales (derivadas del Contrato de Concesión), así como ante el incumplimiento de regulaciones dispuestas en su condición de regulador.

En cuanto a la función de solución de controversias y atención de reclamos, el OSITRAN está facultado para resolver, en la vía administrativa, las controversias<sup>5</sup> y reclamos<sup>6</sup> que surjan entre entidades prestadoras y entre estas y los usuarios intermedios<sup>7</sup> y finales<sup>8</sup>, respectivamente.

Asimismo, la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (ley de creación del OSITRAN), dispuso la creación del OSITRAN como organismo público descentralizado adscrito al sector Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con personería jurídica de Derecho Público Interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

Asimismo, de acuerdo al artículo 4 de la citada ley, el OSITRAN es un organismo que ejerce su competencia sobre las entidades prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público.

Adicionalmente, dicha norma señala que es misión del OSITRAN regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, velar por el cumplimiento de los Contratos de Concesión y cautelar de forma imparcial los intereses del Estado, de los

---

<sup>5</sup> De acuerdo a las definiciones contenidas en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN, la controversia es el desacuerdo o conflicto de interés sobre asuntos de interés público, de hecho o de derecho del ámbito de competencia del OSITRAN que se suscite entre entidades prestadoras. También a aquellas que se susciten entre éstas y sus usuarios intermedios respecto del contrato o del mandato de acceso. La controversia podrá referirse a cualquier asunto vinculado con el contrato o mandato de acceso, su aplicación o interpretación; la prestación del servicio esencial; la forma de uso de la facilidad esencial o los efectos que se deriven de dicha prestación o forma de uso, entre otros.

<sup>6</sup> Asimismo, de acuerdo al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 019-2011-CD-OSITRAN, el reclamo es la solicitud, distinta a una controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una Entidad Prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN

<sup>7</sup> Siempre de acuerdo a lo indicado en el citado Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, usuario intermedio es la persona natural o jurídica que utiliza la Infraestructura de Transporte de Uso Público para brindar a terceros servicios de transporte o servicios vinculados a la actividad de transporte.

<sup>8</sup> De acuerdo al Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias, usuario final es la persona natural o jurídica que utiliza de manera final los servicios brindados por una Entidad Prestadora o por un usuario intermedio.

inversionistas y los usuarios, todo ello con el objeto de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

Por otro lado, el artículo 7 de la citada ley de creación del OSITRAN señala que son principales funciones del OSITRAN, entre otras, las siguientes:

- Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos, desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.
- Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito.
- Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.
- Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión.
- Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, normas reglamentarias y complementarias o en el Contrato de Concesión.
- Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, según lo establezcan la legislación vigente y los contratos de concesión.



- Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.

Conforme se puede apreciar, las funciones del OSITRAN tienen un origen legal, es decir, siendo que el Estado, a través de las normas antes citadas, le ha otorgado expresamente las funciones descritas para el cabal cumplimiento de su rol.

La fuente legal de las funciones encargadas a este regulador ha sido un aspecto importante en la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el arbitraje de las controversias surgidas durante la ejecución de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, siendo que el Estado (MTC o el OSITRAN mismo) han invocado este origen legal de sus atribuciones para sustentar que la vía arbitral no es la aplicable a la controversia.

El ejercicio de estas funciones por parte del regulador son la fuente principal de las decisiones o actuaciones que han venido generando controversias en materia arbitral, por lo que más adelante ahondaremos en su estudio y análisis.

## **2.2. El Convenio Arbitral en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público**

El numeral 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje señala que el convenio arbitral es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje una controversia que haya surgido o pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Por otro lado, el numeral 56.1 del Decreto Legislativo N° 1362, señala que los contratos de APP incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias, disponiendo así la obligatoriedad de incluir en todos ellos, entre los que se encuentra el Contrato de Concesión de infraestructura, una cláusula o convenio arbitral.

En este punto, cabe resaltar que si bien de acuerdo a lo establecido en el artículo 63 de la Constitución, el arbitraje cuenta con reconocimiento constitucional en nuestro país, dicho dispositivo normativo dispuso en términos facultativos el sometimiento de las controversias

derivadas de la relación contractual a dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos; mientras que la norma sectorial citada en el párrafo anterior ha dispuesto su uso como obligatorio para las partes.

Si se tiene en cuenta que el artículo 1351 del Código Civil señala que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial y que el artículo 1402 dispone que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; se puede afirmar que, tal y como ha sido definido el convenio arbitral en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, puede ser entendido como un contrato.

Para BULLARD el convenio arbitral es un acuerdo de voluntades, esto es, un contrato, dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional (2011).

Derivado de la naturaleza contractual del convenio arbitral, se ha afirmado que se le aplican los principios contractuales de: (i) la autonomía privada (toda persona tiene libertad para contratar y libertad para pactar los términos del contrato); (ii) el pacta sunt servanda (los contratos son obligatorios y son ley privada entre las partes); y, (iii) el efecto relativo de los contratos (debido a que los contratos sólo generan efectos entre las partes y no pueden afectar a terceros) (Soto Coaguila, 2011).

Todos los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN incluyen una cláusula arbitral como parte de su régimen de solución de controversias.

### **2.3. Revisión de las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN: infraestructura vial, portuaria, aeroportuaria, vías férreas e hidrovía amazónica**

En este apartado de la investigación abordaremos la revisión de los capítulos referidos a la solución de controversias de todos los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte

de Uso Público supervisados por el OSITRAN<sup>9</sup>. Específicamente nos centraremos en aquellas disposiciones que tienen por objeto regular la utilización de la vía arbitral como mecanismo de solución de las controversias surgidas durante la ejecución de dichos contratos, esto es, los convenios o cláusulas arbitrales.

Esta revisión tiene por finalidad conocer los alcances de las cláusulas arbitrales en cuanto a la determinación de lo arbitrable o no arbitrable según su contenido y redacción, identificando sus similitudes y diferencias.

La revisión de las cláusulas arbitrales de cada Contrato de Concesión y de sus alcances resulta relevante en la medida que, como se verá más adelante, uno de los aspectos a tomar en cuenta a fin de determinar si una controversia puede ser dilucidada en la vía arbitral o no es precisamente el contenido de la cláusula arbitral pactada por las partes. Esto es así, debido a que no resulta posible obviar del objeto de dicho análisis a la voluntad de las partes contratantes (Concedente y Concesionario).

Así, entonces, es común que los árbitros recurran al texto de la cláusula o convenio arbitral del respectivo Contrato de Concesión a fin de determinar si la defensa de forma planteada por una de ellas (normalmente por la parte demandada), bajo la figura de una excepción de jurisdicción o competencia<sup>10</sup>, debe ser amparada o no.

Como es natural, al tratarse de una defensa de forma y no de fondo, el cuestionamiento de la jurisdicción o competencia para conocer la controversia materia de demanda es un asunto que debe ser analizado y resuelto por el árbitro o tribunal arbitral antes de un eventual pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, pues en caso acoger dicho cuestionamiento, no será posible analizar y resolver el conflicto de intereses, debiendo por tanto plantearse la diferencia ante la justicia ordinaria.

---

<sup>9</sup> Los Contratos de Concesión se encuentran disponibles en la página web del OSITRAN: <https://www.ositran.gob.pe/anterior/>

<sup>10</sup> La excepción es una herramienta de tipo procesal a través de la cual se cuestiona algún aspecto que impide que quien va a conocer la controversia (en este caso, el o los árbitros) pueda avocarse a dicha tarea. Es entonces una figura que busca que no haya un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes.

OSITRAN supervisa dieciséis (16) Contratos de Concesión en infraestructura vial; ocho (8) en infraestructura portuaria; tres (3) en infraestructura aeroportuaria; cuatro (4) en vías férreas; y, uno (1) en hidrovía; totalizando treinta y dos (32) Contratos de Concesión en todas las infraestructuras.

Para cumplir con el objeto de conocer los alcances de las cláusulas arbitrales, así como sus similitudes y diferencias, se ha creído conveniente realizar una clasificación de las mismas según su contenido y redacción, agrupándolas en lo que hemos denominado cláusulas arbitrales tipo. Así, cada cláusula arbitral tipo agrupa, en la mayoría de los casos, dos o más cláusulas arbitrales que resultan similares en cuanto a su contenido y alcances.

A continuación, se realiza la referida clasificación de las cláusulas arbitrales incluidas en cada uno de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN:

#### **PRIMERA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

Los Contratos de Concesión IIRSA Norte Paíta – Yurimaguas<sup>11</sup>, IIRSA Sur Tramo 2<sup>12</sup>, IIRSA Sur Tramo 3<sup>13</sup> e IIRSA Sur Tramo 4<sup>14</sup>, tienen una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a esta vía las controversias de carácter patrimonial; las relacionadas con la caducidad de la concesión; y, la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez y eficacia del Contrato.**

Adicionalmente, se puede incluir en esta cláusula tipo, la cláusula arbitral del Contrato de Concesión de la Red Vial 5<sup>15</sup>, en tanto que, a lo ya indicado, adiciona únicamente el supuesto de la **resolución del Contrato.**

---

<sup>11</sup> Suscrito el 17 de junio de 2005 y cuyo concesionario es Concesionaria IIRSA Norte S.A.

<sup>12</sup> Suscrito el 4 de agosto de 2005 y cuyo concesionario es Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A.

<sup>13</sup> Suscrito el 4 de agosto de 2005 y cuyo concesionario es Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.

<sup>14</sup> Suscrito el 4 de agosto de 2005 y cuyo concesionario es Intersur Concesiones S.A.

<sup>15</sup> Suscrito el 15 de enero 2006 y cuyo concesionario es Norvial S.A.

Conforme se puede apreciar, los referidos Contratos de Concesión establecen que su régimen de solución de controversias regula aquellas controversias de carácter patrimonial y las relacionadas con la caducidad de la concesión y la resolución del Contrato, añadiendo 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, serán resueltos por trato directo entre las partes o, en su defecto, en la vía arbitral.

En efecto, si bien en el descrito régimen de solución de controversias se establece como primer mecanismo de solución de conflictos el trato directo entre las partes, ello no enerva el hecho de que esas mismas materias o controversias puedan ser sometidas a la vía arbitral, pues de acuerdo al tenor de dicho régimen, en caso de que no puedan ser resueltas mediante trato directo, podrán ser resueltas vía arbitraje.

En cuanto al contenido de la referida cláusula o convenio arbitral tipo, cabe señalar que se aprecia que está redactada en términos bastante amplios, señalando de manera genérica las materias que podrán ser resueltas en la vía arbitral, sin consignar materias o controversias excluidas de dicho mecanismo de solución de conflictos.

Asimismo, se observa que, al hacer referencia al carácter patrimonial de las controversias arbitrables, se puede desprender que se estaría refiriendo también a las controversias o materias de libre disposición, habida cuenta de la estrecha vinculación entre ambos conceptos. En ese sentido, esta cláusula estaría recogiendo lo estipulado en la ley de arbitraje y en las normas sectoriales como criterio tradicional de lo arbitrable.

Adicionalmente, establece que serán arbitrables las controversias relacionadas con la caducidad de la concesión y la resolución del Contrato. Ambas figuras hacen referencia a la extinción del Contrato de Concesión por causales establecidas en el mismo texto del Contrato o en la ley<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cabe precisar que el significado otorgado a la figura de la caducidad en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN es diferente al que tiene dicha figura en el derecho civil. En este último ámbito, la caducidad hace referencia a la extinción de un derecho como efecto automático del transcurso del plazo legal. El Código Civil regula esta figura en el artículo 2003 y siguientes.

En los Contratos de Concesión agrupados por la cláusula tipo que ahora comentamos (como en los otros Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN) se dedica un subcapítulo sobre esta figura.

## SEGUNDA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO

Los Contratos de Concesión de la Red Vial 6<sup>17</sup> y del Terminal de Contenedores del Muelle Sur - Callao<sup>18</sup> tienen una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a esta vía las controversias de carácter patrimonial; las relacionadas con la resolución del contrato; la caducidad de la concesión; y, la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez o eficacia del Contrato. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral lo referente al régimen tarifario regulado por el regulador u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.**

A diferencia de la cláusula tipo anterior, esta cláusula arbitral exceptúa dos controversias de la vía arbitral: (i) aquellas vinculadas al régimen tarifario regulado por el OSITRAN; y, (ii) las controversias relacionadas con otras decisiones del OSITRAN tomadas en el ejercicio de sus funciones administrativas, precisando que la vía habilitada para conocer estas es la vía administrativa.

Como es posible observar, la exclusión del régimen tarifario y de aquellas decisiones tomadas por el regulador en el ejercicio de sus funciones administrativas, constituye una explícita restricción para el uso del arbitraje en estos casos. Cabe precisar que la función reguladora, en ejercicio de la cual el regulador fija, revisa, modifica y elimina las tarifas que los usuarios deben pagar al Concesionario por los servicios recibidos, es una de las funciones otorgadas legalmente a todos los organismos reguladores, y en el caso específico del OSITRAN, dicha función le ha sido otorgada a través de su ley de creación.

---

<sup>17</sup> Suscrito el 20 de septiembre de 2005 y cuyo concesionario es Concesionaria Vial del Perú S.A.

<sup>18</sup> Suscrito el 24 de julio de 2006 y cuyo concesionario es DP World Callao S.R.L.

En cuanto a la imposibilidad de someter a arbitraje controversias derivadas de decisiones tomadas en el ejercicio de funciones administrativas, identificamos que dichas funciones administrativas son aquellas que le han sido asignadas al regulador por una norma legal. Es posible arribar a dicha conclusión si se tiene en cuenta que la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala en su artículo 3 que son funciones de los organismos reguladores, además de la señalada función reguladora, las funciones supervisora, normativa, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias y reclamos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y siempre de acuerdo a lo consignado en esta segunda cláusula tipo, ninguna controversia derivada de decisiones del OSITRAN adoptadas en el ejercicio de sus funciones administrativas, podrá ser resuelta en la vía arbitral sino en la vía administrativa, lo que incluye, en último término, la vía judicial.

Siendo entonces que la fijación del régimen tarifario es una expresión del ejercicio de la función reguladora encargada al OSITRAN, la cual a su vez es una de las funciones administrativas que le han sido otorgadas por ley, llama la atención que en el texto de la cláusula arbitral en comentario se haya excluido de la vía arbitral de manera específica únicamente al régimen tarifario y no a otras manifestaciones de otras funciones del regulador.

### **TERCERA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

Los Contratos de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca-Arequipa-Matarani-Moquegua-Ilo-Tacna-La Concordia<sup>19</sup>, Terminal Portuario San Martín-Paracas-Pisco<sup>20</sup> y Línea 2<sup>21</sup> tienen una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias relacionadas con la resolución del contrato; la caducidad de la Concesión; la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez o eficacia del Contrato, y, los conflictos derivados de la relación contractual, de conformidad con el artículo 62 de**

---

<sup>19</sup> Suscrito el 30 de enero de 2013 y cuyo concesionario es Sociedad Concesionaria Peruana de Vías (Covinca S.A.).

<sup>20</sup> Suscrito el 21 de julio de 2014 y cuyo concesionario es Terminal Portuario Paracas S.A.

<sup>21</sup> Suscrito el 28 de abril de 2014 y cuyo concesionario es Sociedad Concesionaria Metro de Lima Línea 2 S.A.

**la Constitución Política del Perú. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917; las decisiones del regulador relativas a la aplicación de Tarifas; y, otras expedidas en el ejercicio de sus funciones administrativas.**

Asimismo, los Contratos de Concesión de la Red Vial 4<sup>22</sup>, Autopista del Sol<sup>23</sup>, IIRSA Centro Tramo 2<sup>24</sup>, tienen una cláusula arbitral idéntica a la antes mencionada, salvo por el hecho que, en lugar de incluir el supuesto de la resolución del Contrato de Concesión como materia arbitrable, hacen referencia al elemento de la **patrimonialidad**, y a que no excluyeron de la vía arbitral las controversias vinculadas a **aspectos tarifarios**.

Adicionalmente, podemos incluir dentro de esta tercera cláusula arbitral tipo a las consignadas en los Contratos de Concesión IIRSA Sur Tramo 1<sup>25</sup>, IIRSA Sur Tramo 5<sup>26</sup>, Ovalo Chancay<sup>27</sup> y Nuevo Mócupe<sup>28</sup>, tienen una cláusula arbitral en la que incluyen el elemento de la **patrimonialidad** y no el de la resolución del Contrato y hacen referencia a las controversias derivadas de **competencias administrativas atribuidas por norma expresa** como un supuesto que no puede ser resuelto en la vía arbitral.

La cláusula arbitral de los Contratos de Concesión del Tramo Vial Desvío Quilca-Arequipa-Matarani-Moquegua-Ilo-Tacna-La Concordia, Terminal Portuario San Martín-Paracas-Pisco, Red Vial 4, Autopista del Sol e IIRSA Centro Tramo 2, son semejantes con las revisadas previamente en cuanto a que dispone que pueden ser sometidos a la vía arbitral las controversias

---

<sup>22</sup> Suscrito el 18 de febrero de 2009 y cuyo concesionario es Concesionaria Autopista del Norte S.A.C.

<sup>23</sup> Suscrito el 25 de agosto de 2009 y cuyo concesionario es Concesionaria Vial del Sol S.A. (COVISOL).

<sup>24</sup> Suscrito el 27 de septiembre de 2010 y cuyo concesionario es Sociedad Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. (DEVIANDES).

<sup>25</sup> Suscrito el 23 de octubre de 2007 y cuyo concesionario es Survial S.A.

<sup>26</sup> Suscrito el 24 de octubre de 2007 y cuyo concesionario es Concesionaria Vial del Sur S.A.

<sup>27</sup> Suscrito el 20 de febrero de 2009 y cuyo concesionario es Consorcio Concesión Chancay – Acos S.A.

<sup>28</sup> Suscrito el 30 de abril de 2009 y cuyo concesionario es Concesión Valle del Zaña S.A.



referidas a aspectos patrimoniales, la resolución del Contrato, la caducidad de la concesión, las referidas a la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez y eficacia del Contrato, a la vez que excluye de dicha vía los aspectos tarifarios (esto último en los Contratos de Concesión Desvío Quilca y Terminal Portuario San Martín).

Sin embargo, se diferencia en que establece que serán arbitrables las controversias derivadas de la relación contractual, de conformidad con el artículo 62 de la Constitución Política del Perú y que exceptúa de la vía arbitral aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de sus funciones otorgadas por la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley de creación de OSITRAN).

Esta referencia a lo arbitrable de las controversias derivadas de la relación contractual también se encuentra presente en las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión de los Tramos 1 y 5 de la IIRSA Sur, así como los referidos al Tramo Vial Óvalo Chancay Variante Pasamayo-Huaral-Acos y Nuevo Mócupe-Cayaltí-Oyotun.

El artículo 62 de la Constitución señala que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Una interpretación de la referencia a los conflictos derivados de la relación contractual que serán sometidos a la vía arbitral puede llevarnos a pensar que son todos aquellos que pudieran surgir durante la etapa de ejecución del Contrato de Concesión, si se tiene en cuenta que desde la suscripción del mismo surge una relación contractual que vincula al Concedente y al Concesionario.

Sin embargo, si se toma en cuenta que dicha cláusula arbitral consigna a continuación una excepción a la vía arbitral referida al régimen tarifario u otras decisiones del regulador o de personas o entidades tomadas en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa; se desprende que la referencia a los conflictos derivados de la relación contractual no puede incluir absolutamente a todo tipo de conflicto o controversia.

Teniendo en cuenta la referida excepción, podría pensarse entonces que los conflictos derivados de la relación contractual serían aquellos que se produzcan como consecuencia del ejercicio de derechos u obligaciones cuya fuente es el propio Contrato de Concesión, incluidas las facultades que hubieran sido otorgadas por acuerdo entre Concedente y Concesionario al organismo regulador.

Por otro lado, en cuanto a la limitación de someter a la vía arbitral aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de sus funciones otorgadas por la Ley N° 26917, cabe señalar que esta norma enumera en su artículo 7 diversas funciones del regulador, como por ejemplo: fiscalizar y supervisar los contratos de concesión, operar el sistema tarifario, adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones, interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión, declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cobrar los derechos, tasas, penalidades, entre otras funciones.

En ese sentido, más allá de las funciones descritas en la referida ley, esta disposición plantea la tarea de identificar cuáles serían las decisiones del regulador que podrían ser sometidas al arbitraje si se tiene en cuenta que, como toda entidad pública, emite sus decisiones bajo la forma de actos administrativos. Bajo este escenario, ninguna decisión o controversia del regulador sería arbitrable.

Cabe tener presente que las decisiones del OSITRAN durante la ejecución de los Contratos de Concesión, esto es, durante la vigencia de la relación contractual a la que hace referencia el artículo 62 de la Constitución, suelen formalizarse a través de actos administrativos, por lo que el señalamiento de materias, decisiones o controversias en el texto de la cláusula arbitral analizada, pasibles de ser llevadas al arbitraje (controversias relacionadas con la resolución y caducidad, conflictos derivados de la relación contractual o que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia de la concesión), no termina de aclarar del todo la cuestión de la determinación del mecanismo de solución de controversias aplicable.

Finalmente, como ya se ha indicado, el régimen de solución de controversias de los Contratos de Concesión de los Tramos 1 y 5 de la IIRSA Sur, así como los referidos al Tramo Vial Óvalo Chancay Variante Pasamayo-Huaral-Acos y Nuevo Mócupe-Cayaltí-Oyotun, excluye de la vía arbitral aquellas controversias derivadas del ejercicio de competencias administrativas atribuidas por norma expresa al OSITRAN o a otras entidades públicas. A diferencia de las cláusulas arbitrales revisadas anteriormente, que consignan dicha exclusión aludiendo a las funciones administrativas del regulador, en esta se hace referencia a las competencias administrativas atribuidas por norma expresa.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que las funciones administrativas otorgadas a un ente público, como es el caso de un regulador como el OSITRAN, tienen origen legal, podría considerarse ambos términos, funciones administrativas y competencias administrativas atribuidas por norma expresa, como sinónimos.

#### **CUARTA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

El Contrato de Concesión de la Carretera Longitudinal de la Sierra Tramo 2<sup>29</sup> tiene una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias relacionadas con la resolución del Contrato; la caducidad de la Concesión; y, las materias de carácter disponible que pudieran surgir respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez o eficacia del Contrato. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917; las emitidas en ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa.**

En relación con esta cláusula arbitral, cabe señalar que comparte similitud con partes de algunas de las cláusulas arbitrales revisadas previamente, pero en su conjunto resulta distinta, motivo por el cual no se ha visto por conveniente agruparla con ellas.

---

<sup>29</sup> Suscrito el 28 de mayo de 2014 y cuyo concesionario es Concesionaria Vial Sierra Norte S.A.

Convendría hacer una referencia a la disposición que establece que la impugnación de las decisiones del OSITRAN en el ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, deberá sujetarse a las Leyes y disposiciones Aplicables; sin embargo, ya habiéndolo realizado como parte del análisis de cláusulas arbitrales tipo antes revisadas (Contratos de Concesión de los Tramos 1 y 5 de la IIRSA Sur, así como los referidos a la Red Vial 4 y Terminal Portuario San Martín-Paracas-Pisco), nos remitiremos a lo ahí consignado.

## **QUINTA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

Los Contratos de Concesión del Terminal Portuario de Matarani<sup>30</sup>, Aeropuerto Internacional Jorge Chávez<sup>31</sup>, Ferrocarril del Centro<sup>32</sup> y Ferrocarril del Sur y Sur Oriente<sup>33</sup> tienen una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias relacionadas con la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez o nulidad del Contrato de Concesión.**

Este grupo de contratos poseen una cláusula arbitral bastante general en cuanto a su redacción, haciendo referencia en buena cuenta únicamente a que cualquier conflicto relacionado con la interpretación, ejecución, cumplimiento o cualquier otro aspecto relacionado a la existencia, validez o nulidad del Contrato de Concesión serán resueltos utilizando los mecanismos de solución de controversias contenidos en dicha cláusula, lo que incluye el arbitraje. Nos remitimos entonces a lo ya comentado previamente respecto a esta disposición contractual.

## **SEXTA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

Los Contratos de Concesión del Terminal Portuario de Paita<sup>34</sup>, Terminal de Embarque de

---

<sup>30</sup> Suscrito el 17 de agosto de 1999 y cuyo concesionario es Terminal Internacional del Sur S.A.

<sup>31</sup> Suscrito el 23 de agosto de 2000 y cuyo concesionario es Lima Airport Partners S.R.L.

<sup>32</sup> Suscrito el 19 de julio de 1999 y cuyo concesionario es Ferrovías Central Andina S.A.

<sup>33</sup> Suscrito el 19 de julio de 1999 y cuyo concesionario es Ferrocarril Trasandino S.A.

<sup>34</sup> Suscrito el 9 de septiembre de 2009 y cuyo concesionario es Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.

Concentrados de Minerales del Callao<sup>35</sup>, Terminal Multipropósito Muelle Norte Callao<sup>36</sup>, Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas<sup>37</sup>, Segundo Grupo de Aeropuertos<sup>38</sup> y Línea 1<sup>39</sup> tienen una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias relacionadas con la resolución del Contrato; la caducidad de la concesión; los conflictos derivados de la relación contractual, de conformidad con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú; las controversias sobre materias de libre disposición; las que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen; y, las relacionadas con la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez o eficacia del Contrato. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral las decisiones del regulador que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa; y, lo referente al régimen aplicable a las Tarifas reguladas por el regulador u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas, cuya vía de reclamo es la administrativa.**

En esta cláusula arbitral tipo el aspecto diferenciador viene dado por la referencia a que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen, recogiendo lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, dispositivo normativo que establece que dichas materias pueden ser sometidas a la vía arbitral.

Conforme se ha indicado precedentemente, la referencia a la ley, tratados o acuerdos internacionales es de especial relevancia por cuanto plantearía la posibilidad de someter a arbitraje no solamente las controversias sobre materias de libre disposición sino también aquellas controversias que no versan sobre dichas materias, siempre y cuando la ley o los instrumentos internacionales correspondientes lo prevean.

---

<sup>35</sup> Suscrito el 28 de enero de 2011 y cuyo concesionario es Transportadora Callao S.A.

<sup>36</sup> Suscrito el 11 de mayo de 2011 y cuyo concesionario es APM Terminals Callao S.A.

<sup>37</sup> Suscrito el 31 de mayo de 2011 y cuyo concesionario es Concesionaria Puerto Amazonas S.A.

<sup>38</sup> Suscrito el 5 de enero de 2011 y cuyo concesionario es Aeropuertos Andinos del Perú S.A.

<sup>39</sup> Suscrito el 11 de abril de 2011 y cuyo concesionario es Sociedad Concesionaria GYM FERROVÍAS S.A. (ahora Tren Urbano de Lima S.A.).

Más adelante realizaremos un análisis respecto a esta disposición normativa, recogida textualmente también en este grupo de Contratos de Concesión.

## **SÉPTIMA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

El Contrato de Concesión del Empalme 1B-Buenos Aires-Canchaque<sup>40</sup> tiene una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias de carácter patrimonial; las relacionadas con la Caducidad de la Concesión; y, las relacionadas con la interpretación, ejecución, cumplimiento, existencia, validez y eficacia del Contrato. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral las interpretaciones del Contrato de Concesión que efectúe el regulador en ejercicio de la función administrativa que le otorga el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917; y, lo referente al régimen tarifario regulado por el regulador u otras decisiones de este órgano en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.**

Como es posible apreciar, esta cláusula tipo, además de señalar que se someterán a la vía arbitral controversias de carácter patrimonial, las relacionadas con la caducidad, los conflictos que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez y eficacia del contrato; excluye de dicha vía las controversias relacionadas con el régimen tarifario y las derivadas de competencias administrativas atribuidas por norma expresa, señalando específicamente las derivadas de interpretaciones del Contrato de Concesión efectuadas por el OSITRAN en ejercicio de la función administrativa que le otorga el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917.

En efecto, el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917 establece que una de las principales funciones del OSITRAN es la de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación, lo que para el caso de los concesionarios de las infraestructuras de transporte de uso público vienen a ser sus respectivos Contratos de Concesión.

---

<sup>40</sup> Suscrito el 9 de febrero de 2007 y cuyo concesionario es Concesión Canchaque S.A.

De acuerdo a lo señalado en la cláusula arbitral, la exclusión de la interpretación de los Contratos de Concesión realizada por el OSITRAN de la vía arbitral se ha dispuesto porque dicha actividad es efectuada en ejercicio de la función administrativa otorgada por su ley de creación.

A pesar de que la cláusula arbitral ha establecido claramente que las controversias derivadas del ejercicio de la facultad de interpretar los Contratos de Concesión se encuentran excluidas de la vía arbitral, en la práctica el sometimiento de este tipo de controversias al arbitraje continúa siendo un tema discutible, tal como veremos más adelante cuando realicemos un análisis de la jurisprudencia arbitral.

Por lo pronto, queremos llamar la atención respecto del propio texto de esta cláusula arbitral, por cuanto si bien, por un lado, como ya se ha resaltado, excluye del arbitraje la interpretación efectuada por el OSITRAN de los Contratos de Concesión que supervisa; acto seguido señala que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación del Contrato de Concesión serán resueltos vía arbitraje.

La interrogante surge de inmediato, ¿a qué conflicto o controversias referida a la interpretación del Contrato de Concesión hace referencia la cláusula arbitral como pasible de ser resuelta mediante arbitraje?. Tratando de salvar la congruencia del propio contenido de la cláusula arbitral se puede afirmar que lo único que queda claro es que no se refiere a la interpretación que puede realizar el OSITRAN en ejercicio de la facultad que le ha sido otorgada legalmente para ello.

## **OCTAVA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

Los Contratos de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry<sup>41</sup> e Hidrovía Amazónica<sup>42</sup> tienen una cláusula arbitral que establece que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias relacionadas con la resolución del Contrato; la caducidad de la concesión; los conflictos derivados de la relación contractual, de conformidad con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú; y, los relacionados con la interpretación,**

---

<sup>41</sup> Suscrito el 1 de octubre de 2018 y cuyo concesionario es Concesionaria Salaverry Terminal Internacional S.A.

<sup>42</sup> Suscrito el 7 de septiembre de 2017 y cuyo concesionario es Sociedad Concesionaria Hidrovía Amazónica S.A.

**ejecución, cumplimiento, existencia, validez o eficacia del Contrato. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral las controversias que surjan de los actos administrativos que emita el regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por las Leyes N° 27332 y 26917 y el TUO del Decreto Legislativo N° 1224 y sus Reglamentos; las decisiones del regulador emitidas en el marco de sus funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias en el ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa; y, lo referente al régimen aplicable a las Tarifas reguladas por el regulador u otras decisiones de este órgano en ejercicio de sus funciones administrativas, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.**

La cláusula arbitral de estos Contratos de Concesión llamativamente contiene una referencia explícita a las leyes N° 27332 y 26917 y al Decreto Legislativo N° 1224 y sus respectivos Reglamentos para señalar que los conflictos derivados de actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de sus funciones establecidas en estas normas, no podrán ser resueltos en la vía arbitral.

La Ley N° 27332 es la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la Ley N° 26917 es la norma que crea el OSITRAN y el Decreto Legislativo N° 1224, la norma que establecía el Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Las leyes N° 27332 y 26917 establecen el régimen de facultades y funciones otorgadas a los organismos reguladores y al OSITRAN, identificando como parte de sus funciones más importantes la normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias.

Por su parte, el artículo 81 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, establecía que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el correspondiente título (se refiere al amigable componedor, la Junta de Resolución de Disputas y el arbitraje), 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.

En la línea de lo indicado en las leyes N° 27332 y 26917, la cláusula arbitral de estos Contratos de Concesión precisa que la impugnación de las decisiones del regulador emitidas en el marco de sus funciones normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora, sancionadora y de solución de controversias, o de otras entidades públicas en el ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, deberán llevarse a cabo conforme a las leyes y disposiciones aplicables, lo que en buena cuenta quiere decir que deberán ser cuestionadas en la vía administrativa o judicial.

#### **NOVENA CLÁUSULA ARBITRAL TIPO**

El Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos<sup>43</sup> tiene una cláusula arbitral que **serán sometidas a la vía arbitral las controversias de carácter patrimonial; las relacionadas con la caducidad de la Concesión; y, las que pudieran surgir con respecto a la ejecución, cumplimiento, existencia, validez y eficacia del Contrato, siempre que estas no tengan relación con el ejercicio de las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. Por otro lado, establece que no serán sometidas a la vía arbitral aquellas controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado y las que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora, cuya impugnación deberá tramitarse necesariamente en la vía contencioso administrativa.**

En esta cláusula arbitral tipo el elemento diferenciador es la referencia realizada a las controversias relacionadas con atribuciones o funciones de imperio del Estado como supuesto excluido del arbitraje. La referencia a las funciones de imperio del Estado no se encuentra presente en otras cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN.

---

<sup>43</sup> Suscrito el 11 de diciembre de 2006 y cuyo concesionario es Aeropuertos del Perú S.A.

Se entiende por funciones o atribuciones de imperio o de *ius imperium* aquellas que han sido otorgadas al Estado o sus dependencias por su condición de ente público para el logro de sus objetivos en mérito al interés público. El *ius imperium* del Estado puede ser asimilado a aquellas facultades exorbitantes o privilegios cuyo ejercicio no puede ser delegado o ejercido por los particulares.

En ese sentido, la exclusión del arbitraje de aquellas controversias derivadas del ejercicio de funciones de imperio sigue la lógica de exceptuar de dicho mecanismo de solución de controversias a aquellas controversias vinculadas con decisiones o actuaciones del regulador cuya fuente se encuentra en la ley.

Ahora bien, como es posible apreciar, tomando en consideración los Contratos de Concesión de todas las Infraestructuras de Transporte de Uso Público supervisadas por el OSITRAN, hemos podido identificar nueve (9) cláusulas arbitrales tipo en función del alcance de su contenido y la redacción utilizada para determinar las materias y controversias que podrían ser resueltas en la vía arbitral.

Conforme ha sido posible apreciar, si bien entre las cláusulas arbitrales incluidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN existen similitudes en cuanto a su amplitud de contenido, lo que ha permitido clasificarlas en lo que hemos llamado cláusulas arbitrales tipo; también existen notables diferencias, inclusive entre cláusulas arbitrales de Contratos de Concesión de un mismo tipo de infraestructura, lo que se traduce en un distinto tratamiento de las materias o controversias que pueden resolverse en la vía arbitral.

#### **2.4. Arbitraje nacional e internacional (CIADI)**

Como ha sido posible constatar en el acápite anterior, todos los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN incluyen un convenio o cláusula arbitral como parte de su régimen de solución de controversias.

Dichos convenios o cláusulas arbitrales, además de indicar cuáles son las controversias o materias que podrían ser resueltas en la vía arbitral, señalan que el arbitraje instaurado para dicho fin

puede ser nacional o internacional, precisando que en este último caso puede ser llevado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI (o ante un fuero distinto).

- **Arbitraje ante tribunales nacionales**

En términos generales, las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión establecen que la controversia que se presente durante la vigencia de la relación contractual podrá ser resuelta ante los tribunales arbitrales nacionales mediante arbitraje de conciencia o arbitraje de derecho (dependiendo si la controversia es de tipo técnico o no técnico). El arbitraje no técnico podrá ser, a su vez, nacional o internacional (ante el CIADI o ante otro fuero internacional), dependiendo del monto pecuniario o cuantía involucrada en la controversia.

- **Arbitraje ante el CIADI**

De acuerdo a información publicitada a través de su página web<sup>44</sup>, el CIADI es un mecanismo internacional que se encuentra a disposición de Estados e inversionistas extranjeros para la resolución de diferencias relativas a inversiones. Establecido en 1966 en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio del CIADI), es la única institución global dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales.

La jurisdicción del CIADI se encuentra establecida en el artículo 25 del Convenio<sup>45</sup> y es muy amplia puesto que abarca cualquier conflicto de naturaleza jurídica surgido directamente de una inversión entre un Estado miembro (o subdivisión política u organismo público) y un nacional (persona natural o jurídica) de otro Estado contratante, siempre que las partes hayan consentido por escrito en someterlo al (arbitraje) del Centro. En ese sentido, tanto el inversionista (persona

---

<sup>44</sup> Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://icsid.worldbank.org/es>

<sup>45</sup> El referido artículo 25 establece lo siguiente: “(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (...)”.

natural o jurídica) como el Estado en el cual se ha realizado la inversión pueden acudir al arbitraje ante el CIADI para resolver una controversia.

El fundamento de la competencia otorgada al CIADI, como cualquier otro tribunal arbitral, viene dado por el consentimiento de las partes para someter la controversia a dicho fuero.

Ese consentimiento, en el caso de los Estados, se plasma en la suscripción de Tratados o acuerdos internacionales de protección de inversiones. Asimismo, ese consentimiento puede plasmarse en convenios o cláusulas arbitrales que pueden formar parte de Contratos, como por ejemplo los Contratos de Concesión (que constituyen el marco legal y económico de una inversión) supervisados por el OSITRAN.

En los casos en los que la fuente de la competencia del CIADI se encuentra en el convenio o cláusula arbitral que forma parte de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, que son los casos que nos interesa analizar en el presente trabajo, los arbitrajes ante el CIADI versan sobre controversias no técnicas (es decir, con trasfondo jurídico) cuya cuantía debe ser mayor a un monto previamente fijado en la cláusula arbitral del respectivo Contrato de Concesión.

En el Capítulo 3 del presente trabajo realizaremos un análisis crítico de diversos laudos y criterios arbitrales adoptados por los tribunales nacionales e internacionales (CIADI) en relación con su competencia y jurisdicción para conocer controversias derivadas de decisiones o actuaciones del OSITRAN.

### CAPÍTULO 3

En este capítulo se abordará el tema materia de tesis con el objetivo de sustentar y demostrar la hipótesis planteada. Para ello se realizará un análisis crítico de la regulación normativa, pero también lo establecido en los Contratos de Concesión (cláusulas arbitrales) y la jurisprudencia arbitral, ámbitos desde los cuales se han fijado criterios respecto de las materias o temas que pueden o no ser sometidos a un tribunal arbitral.

La hipótesis que se pretende sostener en el presente trabajo es que los conflictos o controversias que derivan de actuaciones o decisiones del OSITRAN durante la etapa de ejecución de los Contratos de Concesión únicamente pueden ser dilucidados en la vía arbitral si tales actuaciones o decisiones del organismo regulador tienen naturaleza contractual, no pudiendo ser sometidos a la competencia arbitral aquellos conflictos o controversias vinculados a decisiones adoptadas en el marco del ejercicio de facultades administrativas. Asimismo, en cuanto al supuesto referido a la autorización derivada de la ley, de los tratados o convenios internacionales para someter a la vía arbitral determinado conflicto o controversia, se sustentará que en estos casos será posible someter a arbitraje las decisiones del OSITRAN, independientemente de que la materia califique como de libre disponibilidad o no.

#### **3.1. A efectos de determinar si una materia o controversia es arbitrable: ¿hay prelación entre la ley y el convenio arbitral?**

Ahora bien, conforme se ha indicado precedentemente, en nuestro país existe la obligación legal de incluir una cláusula arbitral en todos los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN<sup>46</sup>. Independientemente de la amplitud de los términos en los que han sido redactadas las cláusulas arbitrales incluidas en dichos Contratos, tienen por objeto, al menos teórico, establecer cuáles materias o controversias que puedan suscitarse entre las partes durante la ejecución contractual serán resueltas en la vía arbitral.

---

<sup>46</sup> Esta necesaria incorporación de cláusulas o convenios arbitrales en los Contratos de Concesión se encuentra dispuesta actualmente en el numeral 56.1 del Decreto Legislativo N° 1362. Dicha disposición normativa exige que los contratos de APP, se entienda que entre ellos los Contratos de Concesión, incluyan este tipo de cláusulas.

Teniendo en cuenta la exigencia establecida en la norma citada, pareciera que se podría arribar a la siguiente conclusión: si el objeto de la cláusula o convenio arbitral es reflejar la voluntad del Concedente y Concesionario respecto de la determinación de las materias o controversias que les interesa sean dilucidadas en la vía arbitral, entonces basta con remitirse a la respectiva cláusula arbitral de cada Contrato de Concesión a efectos de identificar dichas materias y controversias.

Sin embargo, consideramos que dicha conclusión es errada: no puede considerarse que la única fuente a la que haya que recurrir sea la cláusula arbitral y tampoco debe considerarse que sea la primera opción.

Si bien la cláusula arbitral es un elemento que debe tomarse en cuenta al momento de determinar si una materia o controversia es arbitrable, no es el único aspecto que debe ser considerado, siendo necesario recurrir a la norma. El elemento normativo es el primer elemento que debe ser considerado en dicha tarea.

Consideramos que esto es así, en tanto que el contenido de la cláusula arbitral debe estar alineado con el del texto normativo aplicable, por lo que en caso se presentara alguna contradicción entre lo querido por las partes como materia arbitrable que se encuentre limitado por el texto de la norma, debe prevalecer esta última.

En ese sentido, la norma ofrece una especie de marco dentro del cual el Concedente y Concesionario tienen permitido pactar las materias o controversias que en la ejecución de tal o cual Contrato de Concesión serán arbitrables (o no), no pudiendo extralimitarse del mismo.

En este punto, cabe hacer una referencia al supuesto en el cual el convenio arbitral estableciera como arbitrable una materia que, de acuerdo al texto normativo, no lo sería. Ante esta situación de contradicción, consideramos que debe prevalecer lo establecido en la norma y tenerse por ineficaz o no puesto en el Contrato de Concesión aquella estipulación contenida en el convenio arbitral.

No obstante, cabe precisar que la interpretación que se haga del texto del convenio o cláusula arbitral debe tener como referencia la norma que regula la materia arbitral, tratando siempre de hacer coincidir sus respectivos sentidos.

Es en cuanto a esta descrita situación de “sujeción” del convenio arbitral respecto de la norma que consideramos que el primer elemento a observar para determinar el carácter arbitrable de una determinada materia o controversias es precisamente la norma.

Pero ya hemos explicado que, en nuestro medio, la norma sectorial no es muy clara en cuanto a la fijación de las materias arbitrables o de los criterios que deben ser utilizados para identificar dichas materias o controversias<sup>47</sup>.

### **3.2. El arbitraje de las controversias derivadas de decisiones adoptadas por el OSITRAN durante la vigencia de los Contratos de Concesión que supervisa**

Corresponde entonces realizar un análisis crítico<sup>48</sup> de la normativa aplicable.

El numeral 1 del artículo 132.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 dispone que las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los contratos de APP deben señalar que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje.

Adicionalmente, el numeral 133.1 de dicho Reglamento señala que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el mismo Título (se refiere a los

---

<sup>47</sup> Hacemos hincapié en tal deficiencia de la norma sectorial, mas no de la normativa que regula el arbitraje, en tanto que al ser el arbitraje un mecanismo alternativo de solución de conflictos de origen privado, su regulación ha sido siempre pensada para resolver conflictos de tipo contractual o patrimonial privado y ha permitido su desarrollo y difusión sin inconvenientes de relevancia en ese ámbito.

Por el contrario, cuando dicha institución incursionó en el ámbito público, la normativa sectorial era y sigue siendo la llamada a posibilitar su aplicación para resolver controversias generadas en la actuación de las entidades públicas de una manera adecuada, no habiéndolo hecho.

<sup>48</sup> Dicho análisis crítico puede estar orientado a cuestionar o compartir la posición o tendencia doctrinaria, jurisprudencial o la interpretación normativa revisada.

mecanismos de amigable componedor, Junta de Resolución de Disputas y arbitraje), 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.

Lo dispuesto en el citado Reglamento ya se encontraba contemplado en el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas, publicado el 9 de diciembre de 2008. En efecto, dicho Reglamento también establecía que podían someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, pero no las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dictaran en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo fuera la vía administrativa.

Por el contrario, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, que derogó al Decreto Legislativo N° 1012, no realizó referencia alguna al arbitraje de dicho tipo de decisiones de los organismos reguladores.

En este punto, cabe señalar que, conforme se ha podido constatar precedentemente, varios Contratos de Concesión excluyen de la vía arbitral aquellas decisiones de los organismos reguladores dictadas en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa cuya vía de reclamo fuera la vía administrativa.

Así, por ejemplo, los Contratos de Concesión agrupados en lo que hemos denominado previamente Sexta Cláusula Arbitral Tipo<sup>49</sup>, señalan que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen, no pudiendo ser materia de arbitraje las decisiones del regulador u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa. La

---

<sup>49</sup> Los Contratos de Concesión del Terminal Portuario de Paita, Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Callao, Terminal Multipropósito Muelle Norte Callao, Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas, Segundo Grupo de Aeropuertos y Línea 1.



redacción utilizada para plasmar dicha exclusión es la misma que la utilizada por las normas sectoriales vigentes al momento de la suscripción de los respectivos Contratos de Concesión.

Dichos Contratos de Concesión fueron suscritos en el año 2011, esto es, bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 1012 y su Reglamento, revelando consonancia entre lo estipulado en su cláusula arbitral y dicha norma.

Ahora bien, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 132.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, advertimos que la remisión que realiza al Decreto Legislativo N° 1071 es incompleta, habiéndose obviado que el numeral 1 de su artículo 2 de este cuerpo normativo también establece que podrán someterse a la vía arbitral las controversias que la ley, los tratados o los acuerdos internacionales autoricen.

Como adelantáramos en los párrafos correspondientes dedicados a la revisión del marco normativo aplicable a la materia de estudio, lo dispuesto en la última parte del numeral 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 es relevante, por cuanto, a nuestro entender, plantea la posibilidad de someter a arbitraje no solamente las controversias sobre materias de libre disposición sino también aquellas controversias que no versan sobre dichas materias.

Esta interpretación es la única que dota de sentido a la disposición en cuestión, pues si el legislador hubiera querido establecer que únicamente son arbitrables las controversias sobre materias disponibles, no hubiera incluido la referencia que alude al supuesto de autorización por la ley o el tratado.

En ese sentido, los tratados ratificados o los que podría ratificar el Perú, pueden establecer que una materia o controversia sea dilucidada en la vía arbitral incluso cuando no fueran de libre disponibilidad.

Por otro lado, en el caso de que una ley interna dispusiera algo diferente u opuesto a lo establecido en un Tratado respecto al arbitraje de una materia o controversia, atendiendo a la jerarquía supra legal de este último, prevalecería lo recogido en el Tratado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede concluir que, desde nuestra interpretación normativa, las controversias derivadas de decisiones o actuaciones del OSITRAN podrán ser sometidas a arbitraje cuando versen sobre materias de libre disposición, pero también resultarán arbitrables aquellas que no versen sobre materias de libre disposición cuando una ley o un tratado o convenio internacional lo autorice.

Entre los Contratos de Concesión cuyas cláusulas arbitrales señalan que pueden someterse a arbitraje las controversias que la ley, el tratado o convenios internacionales autoricen, encontramos a aquellos agrupados en la Sexta Cláusula Arbitral Tipo, estipulando que las Partes reconocen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Ahora bien, en este punto cabe referirnos al elemento de la libre disposición, contenido tanto en el numeral 1 del artículo 132.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, como en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

Conforme se acaba de mencionar, tanto en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 como en la propia Ley de Arbitraje, la libre disponibilidad ha sido incorporado como una figura que permite identificar las materias y controversias que pueden ser ventiladas en sede arbitral.

Por materia de libre disponibilidad debe entenderse lo que resulta transigible, lo que es factible de intercambiarse y es renunciable. Tradicionalmente, han sido considerados derechos que pueden disponerse libremente aquellos de naturaleza patrimonial.

La patrimonialidad de un derecho hace referencia a su carácter económico. Precisamente, son derechos de naturaleza patrimonial los que tienen relación con la propiedad, el crédito y derechos vinculados.

A los derechos de naturaleza patrimonial se oponen los de naturaleza personal, de tipo irrenunciable por ser inherentes a la condición del ser humano y que no resultan naturalmente cuantificables en dinero.

Es así entonces que, cuando la Ley de Arbitraje y el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, señalan que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, debe entenderse que están haciendo referencia a aquellas materias que versan sobre derechos u obligaciones que tienen un componente patrimonial importante y respecto de las cuales las partes pueden transigir sin limitación alguna.

Como se ha indicado previamente, el concepto de la libre disponibilidad es un elemento que ha sido tradicionalmente utilizado para identificar las materias que pueden ser objeto de arbitraje. Podríamos entonces decir que se trata de un criterio identificador tradicional de lo susceptible de arbitraje.

Ahora bien, como hemos indicado anteriormente, el numeral 133.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 señala que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el mismo Título (refiriéndose a los mecanismos de amigable componedor, Junta de Resolución de Disputas y arbitraje), 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 administrativa.

Lo normado en el citado Reglamento nos da una pista de lo que puede ser entendido como un criterio adicional para la determinación de lo que resulta arbitrable y de lo que no.

Lo primero que se puede apreciar de dicha disposición normativa es que permite desprender que las controversias derivadas de las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, tienen como única vía de reclamo la vía administrativa.

Realizando un ejercicio de interpretación a contrario de lo dispuesto en la norma citada, se puede desprender que aquellas controversias derivadas de decisiones de las entidades públicas que no se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, no necesariamente tienen como única vía de reclamo la administrativa (o judicial).

Y es aquí donde empieza a definirse un nuevo criterio, adicional al de la libre disponibilidad y al de la autorización de la ley y el tratado, para la identificación de aquellas materias y controversias que pueden ser resueltas ante la justicia arbitral.

Se desprende así una distinción entre decisiones de las entidades públicas (y del OSITRAN) que se dictan en ejecución de competencias administrativas atribuidas por norma expresa y decisiones que no se emiten en ejecución de dichas competencias.

Viene a colación entonces plantear la pregunta de qué se entiende por competencias administrativas atribuidas por norma expresa. Para responder esta interrogante convendrá hacer referencia antes a dos conceptos que se encuentran vinculados: facultades de *ius imperium* y de *ius gestionis*.

Los actos de *ius imperium* son aquellos actos mediante los cuales la administración pública hace ejercicio de sus potestades públicas o administrativas, potestades que derivan de una habilitación legal o normativa. Así, por ejemplo, cuando la Administración aplica una sanción a un administrado, cuando emite actos o disposiciones de alcance general y de tipo vinculante, entre otros.

Por dicha razón se suele considerar que las funciones y facultades de *ius imperium* del Estado no son de libre disposición de los individuos, siendo que, al ser materializado su ejercicio a través de actos administrativos vinculantes para los administrados, las decisiones o actuaciones derivados de dicho ejercicio no podrían ser materia arbitrable.

Por otra parte, son considerados actos de *ius gestionis*, aquellos que ejecuta el Estado en el ejercicio de actuaciones de gestión, cuando forme parte de una relación de carácter privado y se encuentre en una posición horizontal con el particular. Se encuentran vinculados también al ejercicio de actividad comercial por parte del Estado cuando forme parte de una relación comercial con un privado.

El concepto del interés público se encuentra íntimamente ligado a la actuación estatal en ejercicio de su *ius imperium*. El actuar de la Administración Pública está orientado a la consecución del

interés general y, por lo tanto, sus decisiones tienen por finalidad coadyuvar al cumplimiento de los fines del Estado.

En este punto recordamos la interrogante planteada en el sentido de qué puede entenderse por competencias administrativas atribuidas por norma expresa. Podemos afirmar entonces que son aquellas facultades o prerrogativas que le han sido conferidas a las entidades públicas precisamente por su condición de Estado y para el cumplimiento de sus fines públicos.

Habiendo establecido ello, se evidencia que serán decisiones derivadas de competencias administrativas atribuidas por norma expresa aquellas que las entidades públicas adoptan en el ejercicio de facultades cuya fuente u origen se encuentra en la ley.

De manera similar, podemos señalar que serán decisiones que no se emiten en ejecución de competencias administrativas atribuidas por norma expresa, aquellas en las que la administración pública actúa en el ejercicio de facultades que tienen una fuente contractual, que le han sido entregadas o delegadas en el marco de una relación privada y comercial.

Ahora bien, a nuestro juicio, el nuevo criterio al que hacíamos referencia párrafos atrás deriva de las concepciones antes descritas de *ius imperium* y *ius gestionis*. Dicho criterio es el que plantea la distinción entre decisiones de naturaleza contractual y decisiones de naturaleza administrativa del ente administrativo y, para efectos del presente trabajo, del OSITRAN.

Consideramos que el criterio más relevante que permite determinar si una materia o controversia derivada de alguna decisión o actuación del OSITRAN resulta arbitrable, es el que se basa en la distinción entre decisiones de naturaleza contractual y decisiones de naturaleza administrativa del regulador.

Por decisiones de naturaleza contractual del OSITRAN deben entenderse aquellas decisiones que dicho organismo adopta durante la ejecución del Contrato de Concesión que derivan del acuerdo de las partes, es decir, por acuerdo del Concedente y el Concesionario, y que se encuentra así recogido en el correspondiente Contrato de Concesión. Será, por ejemplo, una

decisión de naturaleza u origen contractual, aquella que encuentra su fuente en la voluntad de las partes para aplicar penalidades cuando se presente tal o cual situación de incumplimiento.

Por otro lado, serán decisiones de naturaleza administrativa aquellas que adopte el regulador en el ejercicio de funciones otorgadas legalmente, sea a través de su ley de creación u otros cuerpos normativos. Cuando el OSITRAN adopta una decisión cuyo fundamento legitimador puede encontrarse directamente en la ley, nos encontramos ante una actuación de fuente legal o administrativa, independiente de la voluntad de las partes del Contrato de Concesión.

Se advierte entonces que el OSITRAN puede desempeñar su rol en dos planos diferentes: el contractual y el administrativo.

Somos de la opinión de que el doble plano de actuación del regulador encuentra su correlato en la doble dimensión del Contrato de Concesión, en el cual confluyen tanto un aspecto público o administrativo como un aspecto privado o contractual.

Ahora bien, aplicando el criterio que realiza la distinción entre decisiones de naturaleza contractual y administrativa a efectos de determinar si una materia o controversia es susceptible de someterse a la vía arbitral; corresponde señalar que cuando las decisiones del OSITRAN tienen naturaleza administrativa, la controversia derivada de ellas deben dilucidarse en la vía contenciosa administrativa (o judicial) y cuando sus decisiones tienen naturaleza contractual, la correspondiente controversia podrá dilucidarse en la vía arbitral.

Como ya indicamos anteriormente, consideramos que el criterio que distingue entre decisiones de naturaleza administrativa y contractual es el más relevante para determinar el carácter arbitral de una controversia. Creemos que ello es así, además, por cuanto los otros criterios analizados como son el de la libre disponibilidad y el de lo autorizado por la ley y el tratado presentan algunos inconvenientes en su aplicación.

Así, en relación con el criterio que se basa en la libre disponibilidad de la materia controvertida, el hecho de que el Estado no pueda disponer de sus facultades o atribuciones, como si lo puede

hacer un particular respecto de sus derechos o intereses legítimos, constituye un elemento que, en un plano teórico, plantea cierta dificultad en cuanto a su aplicación.

Asimismo, en cuanto al criterio de la autorización de la ley o el tratado, en algunos casos su aplicación nos lleva a realizar una mera constatación objetiva del tenor de su texto.

Lo indicado hasta este punto tiene relación fundamentalmente con la determinación de lo que resulta arbitrable en el ámbito interno, nacional.

En relación con lo que resulta arbitrable cuando una controversia es planteada ante un tribunal arbitral internacional, como es el caso del CIADI, cabe realizar algunos apuntes.

Corresponde iniciar recordando que, si bien la fuente de la competencia del arbitraje ante el CIADI es doble: (i) por un lado, los tratados u otros acuerdos internacionales; y, (ii) por otro, los convenios arbitrales incluidos en los Contratos de Concesión; en el presente trabajo nos interesa este último supuesto, habida cuenta de que, en la práctica, los Concesionarios de la infraestructura de transporte de uso público sustentan la competencia de dicho centro de arreglo de diferencias internacional para conocer sus reclamaciones contra el Estado Peruano, en sus respectivos Contratos de Concesión.

Advertimos entonces que tanto en las controversias que se someten al arbitraje nacional como aquellas que se llevan al arbitraje internacional (CIADI)-en su variante antes indicada-, la competencia del tribunal arbitral para conocer las controversias deriva de la cláusula o convenio plasmado en el respectivo Contrato de Concesión supervisado por el OSITRAN.

En ese sentido, se aprecia que todos los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN establecen que para el caso del arbitraje internacional de derecho CIADI, las controversias deberán resolverse de conformidad con la legislación peruana aplicable y el Convenio de dicho Centro Internacional de Arreglo de Diferencias.

Asimismo, en las cláusulas arbitrales de todos los Contratos de Concesión se establece que el Tribunal CIADI podrá suplir cualquier diferencia o laguna existente en la legislación interna

nacional o en el respectivo Contrato de Concesión, mediante la aplicación de los principios generales del derecho, de lo que se desprende que el tribunal internacional deberá aplicar primordialmente la legislación peruana para resolver la diferencia.

A su vez, el artículo 42 del Convenio CIADI establece dos reglas referidas a las normas aplicables para resolver las controversias: (i) en primer lugar, serán de aplicación las normas de derecho acordadas por las propias partes; y, (ii) en caso de falta de acuerdo, se aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia (incluyendo sus normas de derecho internacional privado).

Esto quiere decir que en las controversias surgidas entre los concesionarios y el concedente durante la ejecución de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, el tribunal arbitral CIADI debe resolver la diferencia aplicando la legislación acordada por dichas partes o, en su defecto, según la legislación peruana. Como se ha indicado previamente, en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN el concedente y el concesionario han acordado que las controversias deberán resolverse de conformidad con la legislación peruana.

A nivel interno, el Decreto Legislativo N° 1071, establece algo similar: en primer término, el tribunal arbitral internacional resolverá la controversia de conformidad con el marco legal acordado por las partes y, en su defecto, a falta de elección de las partes, aplicará las que estime apropiadas.

Si bien se hace evidente una diferencia entre lo dispuesto en la última parte de esta norma y lo indicado en el Convenio CIADI (pues según este último, ante la falta de acuerdo o elección por las partes se aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia y no la que el tribunal estime apropiada); lo cierto es que, para el caso de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, la normativa aplicable para resolver las controversias llevadas a un arbitraje internacional será la ley peruana.

Sintetizando lo expuesto hasta este punto, se puede concluir que el Tribunal Arbitral CIADI que conozca una controversia surgida durante la ejecución de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, debe aplicar el derecho interno del Perú para resolverla, en tanto



su Convenio, las cláusulas arbitrales de dichos Contratos y la ley de arbitraje peruana así lo establecen.

Consecuentemente, las normas que el Tribunal Arbitral CIADI deberá aplicar serán las normas sectoriales vigentes al momento de la suscripción de los respectivos Contratos de Concesión (Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo N° 1012, entre otros, así como sus respectivos Reglamentos, según sea el caso), el Decreto Legislativo N° 1071 o su norma antecesora (con excepción de sus normas de tipo procesal, en tanto que el arbitraje ante el CIADI se desarrollará aplicando el procedimiento previsto en el Convenio), la ley que regula el proceso Contencioso Administrativo y la Constitución Política del Perú.

Teniendo en cuenta que para el caso del arbitraje internacional la legislación aplicable a la controversia es la peruana, se desprende que las materias o controversias derivadas de decisiones o actuaciones del OSITRAN que resultarán arbitrables en dicha sede serán las mismas que pueden ser sometidas al arbitraje en sede nacional, pues para ambos tipos de arbitraje habrá que recurrir a la normativa peruana (además de la cláusula arbitral correspondiente) para determinar ello.

En ese sentido, serán arbitrables ante el CIADI, por ejemplo, las controversias relacionadas con la aplicación de penalidades y la resolución del contrato, y se encontrarán excluidas de dicho fuero las relacionadas con la interpretación del Contrato de Concesión, las vinculadas con la caducidad de la concesión y el régimen tarifario.

Ahora bien, en este punto cabe hacer referencia al supuesto de autorización brindada por un tratado o acuerdo internacional para someter a arbitraje una determinada materia o controversia.

En efecto, tanto el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 como las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión agrupados en la sexta cláusula arbitral tipo, señalan que también podrán ser sometidas a arbitraje aquellas controversias o materias que los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Al respecto, se debe tener en cuenta una distinción ya antes resaltada pero que en el caso del arbitraje internacional (CIADI) también resulta relevante: por un lado, la reclamación surgida del presunto incumplimiento del contenido del Contrato de Concesión y, por otro, la reclamación derivada de la presunta vulneración de un tratado o acuerdo internacional.

Cuando el demandante invoca la violación de obligaciones contenidas en un tratado, la determinación de las materias o controversias que pueden someterse a la competencia del CIADI debe buscarse en el régimen de solución de controversias plasmado en el respectivo tratado. Por el contrario, cuando el demandante sustenta su reclamo en el incumplimiento del Estado de obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, el régimen de solución de controversias aplicable a fin de determinar si la materia controvertida resulta competencia del CIADI es el contenido en el propio Contrato de Concesión.

Ahora bien, en relación con la autorización de lo arbitrable a partir de lo dispuesto por un tratado o acuerdo internacional, supuesto contemplado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071; cabe señalar que dicho supuesto se presentará cuando la reclamación misma tenga como sustento la vulneración de disposiciones contenidas en un tratado.

En estos casos, atendiendo al mayor rango del tratado sobre la ley, aun cuando la ley peruana señale que una determinada materia o controversia no puede ser llevada a la vía arbitral, si el tratado lo autoriza, sí podrá resolverse en dicha instancia.

En lo referente a las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión agrupados en la sexta cláusula arbitral tipo que estipulan que además de las controversias reconocidas en su cláusula arbitral también podrán ser sometidas a arbitraje aquellas controversias o materias que los tratados o acuerdos internacionales autoricen; cabe señalar que atendiendo a la distinción antes señalada, consideramos consignar una estipulación de este tipo en la cláusula arbitral de un Contrato de Concesión carece de aplicación y utilidad práctica.

En efecto, aun si la reclamación formulada por el demandante (Concesionario) tuviera como sustento derechos reconocidos tanto en el Contrato de Concesión como en el tratado, podrá sustentar que las materias y controversias son arbitrables invocando lo dispuesto en la cláusula

arbitral del respectivo Contrato de Concesión como el régimen de solución de controversias contenido en el tratado por separado.

Sin embargo, en las controversias surgidas entre los concesionarios de la ITUP y el Estado peruano este supuesto de invocación dual (Contrato de Concesión y tratado) no se ha presentado, siendo que los procesos arbitrales seguidos entre los concesionarios de la ITUP supervisada por el OSITRAN y el Estado Peruano han tenido como sustento exclusivamente la vulneración de derechos contenidos en dichos Contratos.

En efecto, en nuestro medio lo que hay son controversias en las cuales el privado sustenta su reclamo o demanda en algún incumplimiento de obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión e invocando la competencia de los árbitros a partir del contenido del régimen de solución de controversias y de la cláusula arbitral contenida en el respectivo Contrato de Concesión, competencia que, como ya hemos visto, es determinada por la ley peruana.

En el caso peruano, las reclamaciones de los concesionarios no han invocado los tratados que el Perú ha suscrito con otros Estados, sino que se han referido exclusivamente a problemas derivados de la aplicación del Contrato de Concesión, invocando a su vez la cláusula arbitral contenida en estos a fin de sustentar la competencia del CIADI para conocer la controversia.

Sin perjuicio de lo indicado, los tratados suscritos y ratificados por el Perú no autorizan, por ejemplo, que las materias o controversias derivadas del ejercicio de competencias administrativas atribuidas por norma expresa al regulador puedan llevarse al arbitraje, por lo que en la práctica no se ha presentado algún caso en el cual se haya determinado la competencia del CIADI oponiendo lo señalado en un tratado sobre lo establecido por una norma interna o lo estipulado en la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Concesión.

Sintetizando lo expuesto hasta este punto, consideramos que un tratado puede autorizar que controversias o materias que ley nacional ha excluido del arbitraje, puedan ser sometidas a dicho mecanismo de controversias. Esto ocurrirá en aquellos casos en los que la reclamación planteada por el demandante se sustenta en la afectación de obligaciones contenidas en el Tratado, esto es,

cuando la competencia del Tribunal Arbitral CIADI se sustenta en dicho instrumento internacional.

Finalmente, cabe señalar que el numeral 4 del artículo 25 del Convenio CIADI brinda la posibilidad a los Estados contratantes de fijar la jurisdicción del Centro para determinadas controversias y excluirla para otras. El Perú no ha formulado ninguna reserva a la jurisdicción del CIADI en ese sentido.

### **3.3. Controversias que recurrentemente han generado discusión sobre su tratamiento arbitral: aplicación de penalidades y sanciones e interpretación del contrato**

Entre las controversias derivadas de decisiones o actuaciones del OSITRAN que con más frecuencia han dado lugar a la discusión sobre su eventual sometimiento a la vía arbitral o no, se encuentran las referidas a la aplicación de penalidades y sanciones, la interpretación del Contrato de Concesión y pago de indemnizaciones.

En relación con controversias derivadas de la aplicación de penalidades, algunos de los procesos tramitados en la vía arbitral, son los siguientes:

- Caso arbitral 2979-2014-CCL
- Caso arbitral 378-2016-CCL
- Caso arbitral 75-2017-CCL
- Caso arbitral 102-2017-CCL
- Caso arbitral 64-2017-CCL
- Caso arbitral 102-2017-CCL

En relación con controversias derivadas de la aplicación de la facultad de interpretar los Contratos de Concesión, algunos de los procesos tramitados en la vía arbitral, son los siguientes:

- Caso arbitral 3402-2015-CCL
- Caso arbitral 2474-2012-CCL
- Caso arbitral 2992-2014-CCL

### 3.3.1. Controversias derivadas de la aplicación de penalidades por parte del OSITRAN

En cuanto a las controversias derivadas de la aplicación de penalidades, resulta relevante incidir en la diferencia existente entre estas y las sanciones administrativas.

Mientras que las sanciones administrativas configuran una consecuencia jurídica del incumplimiento de un supuesto de hecho configurado en una norma, y su aplicación constituye el ejercicio de una potestad administrativa; las penalidades refieren al incumplimiento de un acuerdo pactado por las partes dentro de una relación contractual, como es el Contrato de Concesión.

Asimismo, se ha señalado como otra diferencia que la infracción administrativa busca castigar una conducta no deseada por el Estado o repudiada por el ordenamiento jurídico, no constituyendo una indemnización, debiendo cuantificarse en función de los costos y beneficios involucrados para el infractor, en razón de las probabilidades de ser detectado y castigado (Borda et al., 2016, p. 5).

Se ha señalado que, a diferencia de la sanción administrativa, la penalidad tiene como función determinar, con anterioridad, la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder ante el daño generado por un incumplimiento del contrato y que dicha indemnización responde a la cuantificación del daño que el incumplimiento del concesionario genera (Borda et al., 2016, p. 7).

En este punto, cabe resaltar que la manifestación más común de la sanción administrativa es la multa, entendida como un monto dinerario que el infractor del ordenamiento jurídico debe pagar al Estado por la infracción cometida. Siendo entonces la multa una manifestación de la sanción administrativa, difiere de la penalidad.

Es importante resaltar que los actos de *ius imperium* efectuados por los organismos reguladores, en virtud de su función fiscalizadora y sancionadora, se materializa mediante la imposición de sanciones administrativas, la mayor parte de las veces, como ya se ha indicado, constituidas por multas.

Por otro lado, considerando su naturaleza contractual, la aplicación de penalidades contractuales por parte del OSITRAN no puede ser equiparable al ejercicio de las funciones de fiscalización y sanción que dicho regulador ostenta en virtud de facultades públicas.

En ese sentido, se advierte que las penalidades impuestas por el OSITRAN no tienen su origen en una sanción de carácter administrativo que haya sido tipificada por dicho regulador en su rol de supervisor o fiscalizador de la inversión privada en la infraestructura de transporte de uso público.

Así entonces, la aplicación de penalidades se basa en un acto contractual cuyo sustento habilitante es una cláusula arbitral en virtud de la cual el Concedente y el Concesionario llaman a participar al OSITRAN.

En ese sentido, considerando que son materias susceptibles de ser arbitrables aquellas sobre las cuales las partes tengan libre disponibilidad debido a su carácter patrimonial y que son las propias partes de la relación contractual las que acuerdan otorgarle a un tercero, sea este un organismo regulador o un supervisor privado, determinadas facultades relacionadas a la aplicación de penalidades; estas configurarían materias de libre disposición con un innegable carácter patrimonial.

En relación con la instancia ante la cual cabe el cuestionamiento de la sanción administrativa y la multa, se ha indicado que cualquier controversia sobre su aplicación se discute, primero, mediante recursos administrativos al interior de la entidad, y luego en la vía judicial mediante el proceso contencioso administrativo (Borda et al., 2016, p. 26).

Por el contrario, si consideramos que la aplicación de penalidades constituye una prerrogativa adicional cuya fuente es el acuerdo voluntario de las partes del Contrato de Concesión (la tipificación y el procedimiento para su imposición y confirmación no tienen su origen en el ejercicio de una competencia otorgada por ley al OSITRAN); las controversias derivadas de su aplicación son de tipo contractual, por lo que deben ser resueltas en la vía arbitral.

### 3.3.2. Controversias derivadas del ejercicio de la facultad de interpretar los Contratos de Concesión por el OSITRAN

La función de interpretación del OSITRAN ha sido expresamente otorgada en virtud del literal e) del artículo 7 de su Ley de creación, conforme se aprecia a continuación:

#### “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”.

Esta disposición legal fue reglamentada en el artículo 29 del Decreto Supremo No. 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, conforme a lo siguiente:

#### “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 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”.

Es preciso mencionar que, a partir del año 2004, la función de interpretación del OSITRAN no solo puede ser iniciada por solicitud de alguna de las partes, sino que también puede ser emitida de oficio por este regulador.

Esta disposición fue incluida en el numeral 6.1 de los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, cuyo texto dispone lo siguiente:

### **“6.1 Interpretaciones**

OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia (inciso e del artículo 7.1 de la Ley N° 26917). La interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación (...).”

Mediante Decreto Supremo N° 114-2013 se realizó una modificación al Reglamento de la Ley de creación de OSITRAN; y como consecuencia de ello, el dispositivo normativo que abordaba su función interpretativa fue ubicado en el Capítulo III (facultad supervisora) del ente regulador, por lo que se puede asumir que la función interpretativa de los Contratos de Concesión se encuentra incluida en la facultad de supervisión.

Posteriormente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2019-CD, se dispuso que el OSITRAN ejerce su función interpretativa de los Contratos de Concesión siempre de oficio, aun cuando haya realizado dicha labor a solicitud de alguna de las partes del contrato o por un tercero legitimado para ello, modificándose así el criterio adoptado inicialmente previamente mediante el Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN. En efecto, en dicha Resolución se estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“Artículo 3.- Declarar como Precedente Administrativo de observancia obligatoria lo señalado en los numerales 26 a 36 de la presente Resolución, en relación a que, a partir del presente caso, el inicio del procedimiento de interpretación de los Contratos de Concesión siempre será de oficio”.

Por lo expuesto, se puede apreciar que la referida función interpretativa de los Contratos de Concesión otorgada al OSITRAN tiene reconocimiento a nivel normativo en nuestro ordenamiento, colocando al Consejo Directivo de dicho órgano regulador como única instancia administrativa dotada para ejercer la mencionada facultad, haciéndolo en todos los casos de oficio.



Ahora bien, es necesario recordar que la normativa sobre concesiones, expresamente el artículo 133 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, ha excluido como materia arbitrable las controversias que surjan respecto de decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, lo que incluye el ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora, y a través de su función supervisora, la facultad de interpretar contratos que particularmente tiene el OSITRAN.

Como se ha indicado previamente, las controversias que deriven del ejercicio de las funciones exclusivas de los organismos reguladores, al tratarse de una manifestación del *ius imperium*, no podrían ser sometidas a sede arbitral; y, en consecuencia, las controversias en virtud de las referidas decisiones deben 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 vulneró o no algún derecho.

En este punto, cabe hacer referencia a la opinión de Víctor García Huamán, quien afirma que si bien resulta indiscutible que el marco legal aprobado por el OSITRAN lo faculta para interpretar los Contratos de Concesión, dicha función interpretativa ha sido desvirtuada en tanto su ejercicio ha sido encausado como un mecanismo de solución de controversias cuando en realidad debe circunscribirse únicamente a una aclaración o explicación sobre el sentido que puede tener un contrato durante la etapa de ejecución contractual. Consecuentemente, dicho autor concluye que una vez surgida una disputa respecto del sentido interpretativo de una cláusula contractual, las pautas que se deben seguir son las pactadas por las partes en el Contrato de Concesión, las que contemplan acudir a la vía arbitral (García Huamán, 2017).

Al respecto, cabe reiterar que las controversias que deriven del ejercicio de las funciones exclusivas de los organismos reguladores, al tratarse de una manifestación del *ius imperium*, no podrían ser sometidas a sede arbitral, siendo que precisamente la función de interpretar los

Contratos de Concesión otorgada al OSITRAN en su condición de organismo regulador que supervisa el cumplimiento de las obligaciones de las partes del Contrato de Concesión le ha sido otorgada legalmente como parte de sus competencias administrativas, no pudiendo afirmarse que ante el surgimiento de una disputa acerca de la interpretación del Contrato deban aplicarse las estipulaciones contempladas en el Contrato de Concesión para acudir a la vía arbitral.

Asimismo, en cuanto a la supuesta alteración de la función interpretativa del OSITRAN en tanto pueda ser entendida como un mecanismo de solución de controversias, cuando en realidad debería circunscribirse únicamente a una aclaración o explicación sobre el sentido que puede tener un contrato durante la etapa de ejecución contractual; consideramos que la alegada desvirtuación no se ha producido si se tiene en cuenta que el literal e) del artículo 7 de su Ley de creación y el artículo 29 de su Reglamento General, normas antes citadas, le otorgan expresamente competencia para ejercer la función interpretativa sin reserva alguna, no habiendo circunscrito tal ejercicio únicamente en determinados supuestos.

En ese sentido, coincidimos con lo manifestado por Christian Castillo Chávez, quien afirma que resulta imposible para un tribunal arbitral analizar y emitir laudos sobre la legalidad de un acto administrativo, por lo que los actos administrativos en donde OSITRAN interpreta las cláusulas de un Contrato de Concesión no podrán ser revisadas en sede arbitral (Castillo Chávez, 2021, p. 35).

Este autor añade que si bien hay Contratos de Concesión que no excluyen de forma expresa como materia arbitrable las decisiones de los organismos reguladores en el ejercicio de sus facultades; ello no puede significar que las partes del Contrato tengan libre disposición sobre las mismas (Castillo Chávez, 2021, p. 35).

Como se ha podido apreciar de la revisión de las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, algunas cláusulas de solución de controversias establecen, de forma explícita, que las partes reconocen que pueden adoptar acuerdos sobre la interpretación del contrato en caso exista incertidumbre jurídica respecto a algunas de sus cláusulas, siendo el trato directo la vía idónea para realizarlo o, en su defecto, la vía arbitral.

Cabe reconocer entonces que se cuenta con dos regímenes contrapuestos respecto de quién debe realizar la interpretación del Contrato de Concesión: las disposiciones contenidas en las cláusulas sobre solución de controversias de los Contratos (que establecen que debe recurrirse al trato directo y al arbitraje) y el marco normativo aplicable (que establece que el ejercicio de la función interpretativa corresponde exclusivamente al OSITRAN).

Al inicio del presente capítulo hacíamos referencia al supuesto en el cual el contenido de la norma y el convenio arbitral se contraponían en cuanto a la determinación de lo arbitrable de cierta materia o controversia, habiendo señalado entonces que, en dicho supuesto, debía prevalecer lo señalado en la norma. Aplicando dicho criterio al problema específico de la interpretación del Contrato de Concesión, resulta que el OSITRAN sería el único encargado de cumplir dicha función, descartando la posibilidad de que las partes del Contrato puedan efectuar dicha labor aun cuando el convenio arbitral así lo establezca.

Sin embargo, una solución intermedia, en el sentido que evitaría decantarse por una de estas posturas, sería la que toma en consideración el momento en el cual se produce la controversia o incertidumbre interpretativa y la participación del OSITRAN. Así, las partes del Contrato de Concesión podrían aplicar las pautas pactadas en el mismo y solucionar la controversia a través del trato directo o en la vía arbitral si es que el OSITRAN no ha iniciado un procedimiento de interpretación o no ha emitido un pronunciamiento al respecto.

Por el contrario, en los casos en los cuales el OSITRAN emitió un pronunciamiento ejerciendo su función interpretativa, sea que las partes se lo hayan solicitado o sin haberlo hecho, no será posible que estas acudan a la vía del trato directo o a la vía arbitral, siendo la única vía posible a fin de cuestionar dicha decisión la vía administrativa o judicial.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que tal como se encuentran redactadas las normas que otorgan la competencia interpretativa al OSITRAN, estas prevalecen sobre el contenido de la cláusula arbitral, correspondiendo al OSITRAN el ejercicio de la función interpretativa en cualquier escenario.

Asimismo, consideramos que aun cuando las partes arriben a una interpretación de común acuerdo, el sentido interpretativo podrá ser siempre revisable por el OSITRAN, pudiendo permanecer vigente siempre y cuando no contravenga el criterio interpretativo adoptado por el regulador.

Adicionalmente, consideramos que constituye un error que el OSITRAN pueda efectuar, de oficio, interpretaciones del contenido contractual, esto es, sin que las partes del Contrato de Concesión, o terceros legitimados, lo hayan solicitado, o cuando menos que resulte evidente que existe una controversia interpretativa. El inicio de oficio de un procedimiento de interpretación contractual por parte del OSITRAN afecta la seguridad jurídica y económica de las partes del Concedente y Concesionario.

#### **3.4. Materias que podrían dar lugar a discusión sobre su tratamiento arbitral: caducidad de la Concesión y aplicación de tarifas**

Por otro lado, conforme se ha podido constatar, en las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión se hace referencia a la caducidad de la Concesión y a la aplicación de tarifas, por lo que cabe realizar un análisis de tales materias.

##### **3.4.1. Caducidad de la Concesión**

Conforme ha sido posible apreciar en el apartado correspondiente al estudio de los convenios arbitrales de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, las controversias referidas a la caducidad de la Concesión han sido incluidas como supuestos en los que corresponde acudir a la vía arbitral. No obstante, en dichas cláusulas arbitrales no se ha hecho mayor referencia al respecto, resultando necesario, por ende, acudir a las disposiciones contenidas en los capítulos referidos a la caducidad de la Concesión incluidas en dichos Contratos.

De la revisión de las disposiciones contenidas en los capítulos referidos a la Caducidad de la Concesión, se advierte que se hace referencia de manera indistinta a la caducidad, la resolución y la terminación del Contrato. Asimismo, se aprecia que se establecen las causas que pueden dar

lugar a la declaración de caducidad, entre las que destacan el vencimiento del plazo de la Concesión, el mutuo acuerdo entre Concedente y Concesionario, el incumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario y el Concedente, la decisión unilateral del Concedente, la fuerza mayor y el caso fortuito. Adicionalmente, se establece que tanto el Concedente como el Concesionario pueden solicitar la terminación del Contrato.

En cuanto a la terminología utilizada, consideramos que es un error equiparar la caducidad a la resolución del Contrato, por cuanto si bien ambas figuras hacen referencia a la terminación o extinción del Contrato, versan sobre supuestos distintos.

En cuanto a las causas que pueden dar lugar a la caducidad, llama la atención que se haya incluido al incumplimiento del Concedente de las obligaciones a su cargo, supuesto en el cual se ha dispuesto que corresponde al Concesionario solicitar la terminación o resolución del Contrato.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se advierte que si bien este conjunto de regulaciones se han agrupado bajo el capítulo de la caducidad de la Concesión, de la revisión de su contenido se desprende que no todos los supuestos ahí contenidos tienen relación necesariamente con dicha figura sino que se han incluido en un mismo capítulo supuestos distintos de terminación o extinción del Contrato de Concesión, otorgando la facultad de invocar unos u otros supuestos al Concedente y al Concesionario cuando corresponda.

En lo que respecta al aspecto normativo, el literal g) del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley de Creación del OSITRAN), publicada el 23 de enero de 1998, señala que una de las funciones del organismo regulador es la de declarar la caducidad de la Concesión cuando el Concesionario incurre en alguna de las causales establecidas en las normas sectoriales o en el propio Contrato de Concesión.

Asimismo, los artículos 21 y 22 del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento General del OSITRAN, señalan que el regulador declara la caducidad de la Concesión en ejercicio de su función supervisora y que dicha función es ejercida en primera instancia administrativa por su

Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y en segunda instancia por el Tribunal en Asuntos Administrativos, respectivamente.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1362, publicado el 23 de julio de 2018, establece en su artículo 6 que las entidades públicas titulares de proyectos, esto es, ministerios, gobiernos regionales y locales, ejercen la función de declarar la caducidad del contrato, cuando concurren las causales previstas en el mismo.

Teniendo en cuenta las normas citadas, se advierte que si bien la Ley N° 26917 confirió al OSITRAN la facultad de declarar la caducidad de la Concesión, ello ha sido derogado tácitamente por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1362, por lo que en la actualidad son las entidades públicas titulares de proyectos en su condición de Concedentes las que ejercen la función de declarar la caducidad del Contrato de Concesión.

En realidad, dicha derogación tácita se produjo con la publicación del Decreto Legislativo N° 1224, el 25 de septiembre de 2015, cuyo artículo 7 contenía una disposición idéntica a la consignada actualmente en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1362.

No obstante, en este punto cabe hacer referencia a disposiciones contenidas en algunos Contratos de Concesión que parecieran delegar al regulador, además del Concedente, la facultad para declarar la caducidad de la Concesión.

Así, el Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez establece que de verificarse cualquiera de las causales de caducidad, el Concedente, a través del OSITRAN, podrá declarar la caducidad de la Concesión mediante simple aviso cursado por escrito al Concesionario.

En este caso, consideramos que es el Concedente el facultado a declarar la caducidad de la Concesión y no el OSITRAN, por cuanto este último viene a ser una especie de intermediario cuyo rol es canalizar la voluntad del Concedente.

Por otro lado, los Contratos de Concesión de las Redes Viales N° 5 y 6, así como del Terminal de Contenedores del Muelle Sur-Callao, establecen que la caducidad de la Concesión, de pleno derecho, se producirá por el solo mérito de la iniciativa de parte o del regulador.

En relación con estos Contratos, consideramos que las partes otorgaron al OSITRAN la facultad de declarar la caducidad de la Concesión cuando señalaron que esta se produciría por el mérito de su iniciativa. Asimismo, teniendo en cuenta la fecha de suscripción de dichos Contratos (años 2005 y 2006), se verifica que iban en la línea de lo establecido en la Ley N° 26917, norma vigente en ese periodo, que indicaba que una de las funciones del organismo regulador era declarar la caducidad de la Concesión.

No obstante, a partir de la derogación tácita del artículo de la Ley N° 26917 que otorgaba dicha función al regulador, lo dispuesto en dichos Contratos de Concesión carece de efectividad por cuanto actualmente el OSITRAN no cuenta con la facultad legal para declarar la caducidad de la Concesión, ostentando la misma el Concedente.

Finalmente, los Contratos de Concesión del Ferrocarril del Centro y Ferrocarril del Sur y Sur Oriente señalan que en caso venciera el plazo sin que el Concesionario hubiera remediado el incumplimiento, OSITRAN declarará la caducidad de pleno derecho del Contrato y procederá a ejecutar la Carta Fianza correspondiente. Asimismo, señalan que en cualquier caso en que según estos Contratos proceda su caducidad, será necesario que OSITRAN comunique su decisión por escrito al Concesionario y al Concedente.

Si bien consideramos que en estos Contratos las partes otorgaron al OSITRAN la facultad de declarar la caducidad de la Concesión, reiteramos lo ya indicado en los párrafos precedentes en cuanto a la derogación tácita del dispositivo normativo de la ley que otorgaba dicha facultad al regulador, pudiendo concluir que lo dispuesto en dichos Contratos de Concesión carece actualmente de efectividad.

En la medida que el OSITRAN no cuenta con la facultad legal de declarar la caducidad del Contrato de Concesión, siendo que dicha facultad le corresponde al Concedente; las controversias derivadas de la decisión de declarar la caducidad adoptada por este deben ser

dilucidadas en la vía arbitral, tal como se encuentra previsto en las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión supervisados por el regulador.

### **3.4.2. Aplicación de tarifas**

En relación con las controversias referidas a la aplicación de tarifas que pudieran surgir durante la vigencia del Contrato de Concesión, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el literal b) del artículo 7 de la Ley N° 26917 (Ley de Creación del OSITRAN), que señala que una de las funciones del organismo regulador es operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, fijando las tarifas y estableciendo reglas para su aplicación, revisión y modificación.

En idéntico sentido, el artículo 16 del Reglamento General del OSITRAN, establece que este organismo regulador regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la ITUP, así como también establece las reglas para la aplicación de reajustes y el establecimiento de los sistemas tarifarios.

A su vez, el artículo 1 del Reglamento General de Tarifas del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0003-2021-CD-OSITRAN, establece que la regulación tarifaria relativa a los servicios derivados de la explotación de las ITUP es competencia exclusiva del OSITRAN.

Hasta este punto se tiene claro que la función tarifaria, que incluye la fijación de tarifas y de reglas para la correcta aplicación del sistema tarifario, ha sido otorgada legalmente al OSITRAN, esto es, que el ejercicio de dicha atribución otorgada al regulador tiene una fuente legal o normativa.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 133.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, que dispone que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa; se puede concluir que las controversias derivadas de decisiones adoptadas por el OSITRAN sobre aplicación de tarifas o reglas para su revisión, modificación o desregulación, no podrán ser sometidas a la vía arbitral.



La exclusión de este tipo de materias y controversias de la vía arbitral también ha sido consignada en algunas cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN. Así, contienen dicha precisión las cláusulas arbitrales clasificadas en el presente trabajo como segunda, tercera, sexta, séptima y octava cláusula arbitral tipo.

Cabe añadir que el hecho de que en las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión que no se haya indicado expresamente esa exclusión, como por ejemplo los Contratos de Concesión de la Red Vial 4, Autopista del Sol e IIRSA Centro Tramo 2, no debe llevar a pensar que en dichos Contratos sí es posible llevar a la vía arbitral este tipo de controversias.

### **3.5. Análisis de criterios adoptados por tribunales arbitrales nacionales e internacionales (CIADI)**

#### **3.5.1. Análisis de criterios arbitrales de tribunales nacionales**

En este apartado se hará una revisión de procesos arbitrales nacionales cuya materia controvertida tuvo relación con decisiones expedidas por el OSITRAN en el ejercicio de sus funciones legales y/o facultades otorgadas contractualmente:

- i. Caso 2979-2014-CCL: APM Terminals Callao S.A. (APM) contra el MTC**
  - **¿Qué solicitó el demandante?**

En este procedimiento arbitral, la controversia que se sometió a conocimiento del Tribunal estuvo referida a la aplicación de una penalidad por parte del OSITRAN a APM. En concreto, APM solicitó que el Tribunal Arbitral declarara que no correspondía que se le aplicara la penalidad impuesta por el OSITRAN por la modificación del diseño conceptual del expediente técnico.

- **¿Cuál fue la posición del OSITRAN/MTC?**

El MTC planteó la excepción de competencia argumentando que las facultades del Estado que provienen de su *ius imperium* no son arbitrables, toda vez que son inherentes al Estado y no podrían, en principio, ser objeto de renuncia o delegación. Precisó que dentro de este marco se encontrarían los actos administrativos, por lo que tampoco podrían ser arbitrables.

Asimismo, el MTC resaltó que las funciones del OSITRAN, en su condición de organismo regulador, formaban parte de las funciones y facultades de *ius imperium* del Estado, por lo que en el presente caso el Tribunal no podía pronunciarse respecto de la inaplicación o reducción de penalidades pretendida por APM, más aún cuando estas tenían el carácter de definitivas, esto es, sin posibilidad de ser reclamadas.

- **¿Cuál fue la decisión del Tribunal Arbitral?**

El Tribunal arbitral señaló que en el Contrato de Concesión se habían previsto aspectos que se encontraban fuera del ámbito de lo arbitrable, como las actuaciones del OSITRAN que se hubieran dictado en ejercicio de sus funciones administrativas, para cuyo caso se encontraba habilitada la vía administrativa.

Asimismo, señaló que si bien el Contrato de Concesión había establecido que en caso de presentarse una controversia, esta debía seguir el procedimiento establecido en el capítulo referido a la solución de controversias, que comprendía los mecanismos de trato directo y el arbitraje; para el caso concreto de la aplicación de penalidades, en un claro apartamiento de los mecanismos de solución de controversias fijados en la sección correspondiente, las partes habían fijado un procedimiento específico distinto, lo que excluía al arbitraje. A decir del Tribunal, ello se desprendía de la cláusula 19.3 del Contrato de Concesión, que establecía que el pronunciamiento del regulador sobre el cuestionamiento a la aplicación de la penalidad tenía carácter definitivo.

Consecuentemente, señaló que no solo se había verificado la existencia de un pacto expreso entre las partes del Contrato sobre un procedimiento específico para resolver las controversias en torno a la aplicación de penalidades, sino que, además, existía una voluntad expresa de que

esta materia no iba a ser objeto de reclamación alguna; concluyendo que no resultaba competente para resolver controversias surgidas en torno a la aplicación de penalidades.

### **Posición del autor**

El Contrato de Concesión fue suscrito el 11 de mayo de 2011, por lo que la normativa sectorial aplicable fue el 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 de servicios públicos.

Conforme es posible entender, el Tribunal Arbitral del caso citado consideró que lo estipulado en la cláusula 19.3 del Contrato de Concesión suscrito entre el Estado Peruano y APM excluía que las controversias sobre penalidades contractuales pudieran ser resueltas por las partes recurriendo al arbitraje.

Nuestra posición respecto de lo afirmado por el Tribunal Arbitral es que una interpretación adecuada de lo señalado en dicha cláusula no permite arribar a dicha conclusión.

Lo primero que hay que decir es que la cláusula que a criterio del Tribunal Arbitral excluiría la posibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de la aplicación de penalidades, se encuentra ubicada en una sección distinta a la que regula el régimen de solución de controversias contemplado en el Contrato de Concesión, lo que desde ya generaba cierta duda acerca de su vocación determinativa de las vías disponibles para dilucidar controversias (sobre la aplicación de penalidades).

Por otro lado, se advierte que la cláusula 19.3 es genérica en el sentido que expresa que la decisión del regulador en relación con la aplicación de las penalidades tendrá "carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del Concesionario", no haciendo precisión adicional al respecto.

Teniendo en cuenta ello, cabe afirmar que las partes del contrato tuvieron la intención de establecer la "prohibición" de cuestionar la aplicación de una penalidad ante el propio regulador,

pero no la imposibilidad de cuestionar ante otros fueros mediante la vía arbitral o administrativa (judicial).

No resulta posible, por ende, concluir, como lo hace equivocadamente el Tribunal Arbitral, que en dicha cláusula las partes establecieron un tipo de procedimiento distinto al procedimiento de Solución de Controversias (arbitraje), con el objetivo de resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual. En dicha cláusula no se establece procedimiento particular alguno, sino que únicamente se hace referencia a que la respuesta del OSITRAN a la impugnación planteada por el concesionario cierra la discusión sobre dicha materia ante dicha entidad.

Además de lo indicado precedentemente, otro argumento que permite afirmar que el razonamiento seguido por el Tribunal en el presente procedimiento arbitral fue errado, es que la penalidad y la decisión administrativa (sancionadora) tienen una naturaleza distinta.

El régimen de penalidades tiene un origen contractual o consensuado entre las partes de un contrato, mientras que la potestad sancionadora, entendida como la facultad de las entidades administrativas para determinar infracciones y aplicar sanciones) depende únicamente de la ley. Asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades se puede establecer, y de hecho se establece, en el Contrato de Concesión, mientras que en el caso de las multas y/o sanciones administrativas se debe seguir con el procedimiento estipulado en la Ley.

En ese sentido, la penalidad está sujeta a un régimen de tipo contractual, mientras que la sanción administrativa tiene una naturaleza punitiva y su finalidad es desincentivar la comisión de determinada conducta indeseable conforme al marco normativo aplicable, donde el Estado vela por mantener el orden legal y el Estado de Derecho.

Si bien el Contrato de Concesión establece que no podrán ser materia de arbitraje las decisiones del regulador que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa; a nuestro entender dicha estipulación contractual no impide el planteamiento de la presente controversia en la vía arbitral, dado que,

como ya se ha mencionado, esta controversia no es de índole administrativa sino más bien de carácter civil, derivada de la aplicación de penalidades contractuales.

Así, resulta claro que lo que estaba en discusión en el presente caso no era una decisión administrativa de OSITRAN, sino un acto contractual cuyo sustento habilitante es una cláusula contractual.

- ii. **Caso 2474-2012-CCL: Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERÚ) contra el MTC; y,**  
**Caso 3402-2015-CCL: Aeropuertos del Perú S.A. (ADP) contra el MTC**

- **¿Qué solicitaron los demandantes?**

En el proceso arbitral 2474-2012-CCL, COVIPERÚ solicitó que el Tribunal declare que tendría derecho a un aumento de la tarifa cobrada a los usuarios cuando se produjera la aprobación de la culminación de la primera etapa de las obras de la concesión, en tanto ello había sido la común intención de las partes al momento de la suscripción del Contrato de Concesión.

En el proceso arbitral 3402-2015-CCL, ADP solicitó al Tribunal declarar que, de acuerdo a una correcta interpretación del Contrato de Concesión, tenía derecho al reconocimiento y reembolso a través del Pago por Obra (PAO) de los gastos financieros generados como consecuencia del financiamiento de corto plazo de las inversiones y del IGV.

- **¿Cuál fue la posición del OSITRAN/MTC?**

En el proceso arbitral 2474-2012-CCL, el MTC argumentó que la interpretación del Contrato de Concesión era competencia del OSITRAN, motivo por el cual el Tribunal Arbitral no podía emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

En el proceso arbitral 3402-2015-CCL, el MTC señaló que ADP pretendía discutir en vía de arbitraje las facultades de supervisión e interpretación del Contrato otorgadas legalmente al OSITRAN en exclusividad. Añadió que el ejercicio de dichas facultades se expresa a través de

actos administrativos que tienen fuerza vinculante por mandato de la ley, por lo que el Tribunal Arbitral carecía de competencia para conocer la controversia.

- **¿Cuál fue la decisión del Tribunal Arbitral?**

En ambos casos, los Tribunales Arbitrales señalaron que si bien la legislación aplicable al caso concreto otorgaba al OSITRAN la facultad o competencia para realizar interpretaciones del Contrato de Concesión, no podía entenderse que el regulador ostentara dicha competencia de manera exclusiva y excluyente a su favor.

En ese sentido, precisaron que la atribución de la facultad de interpretar los Contratos de Concesión otorgada al OSITRAN no podía implicar que un Tribunal Arbitral no pudiera realizar interpretaciones de dichos documentos.

#### **Posición del autor**

En estos procesos arbitrales, las materias controvertidas versaron sobre la facultad de interpretar los Contratos de Concesión otorgada al OSITRAN.

El OSITRAN tiene, como una de sus funciones, la de interpretar las disposiciones contenidas en un Contrato de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público.

La facultad de interpretar los Contratos de Concesión bajo su ámbito que ha sido otorgada al OSITRAN permite resolver diferencias surgidas entre el Concedente y el Concesionario respecto al correcto sentido del contenido contractual.

En ese sentido, la facultad de interpretación otorgada al OSITRAN plantea un problema, en tanto en los Contratos de Concesión que supervisa, conforme ha sido posible apreciar en la clasificación de las cláusulas arbitrales realizada en el Capítulo 2, se ha establecido un régimen de solución de controversias que incluye tanto el trato directo entre las partes como la vía arbitral para precisamente dilucidar una controversia derivada de la interpretación del Contrato de Concesión.

Se presenta entonces una situación de doble vía o instancia potencialmente probable para atender una controversia que verse sobre la interpretación del Contrato de Concesión. Y esta situación problemática se pone de manifiesto más intensamente si se toma en cuenta que la facultad de interpretar los Contratos de Concesión que supervisa le ha sido otorgada al OSITRAN por ley, mientras que la cláusula arbitral, que forma parte del régimen de solución de controversias contenida en el Contrato de Concesión, tiene un origen evidentemente contractual.

Si se asume el criterio de que las decisiones o actuaciones del OSITRAN que tienen fuente legal no pueden ser sometidas a la vía arbitral, se tendría que afirmar que las cláusulas arbitrales que establecen que las controversias derivadas de la interpretación contractual (realizada por el regulador) pueden ser sometidas a arbitraje, son contrarias a lo establecido en la norma (Decreto Legislativo 1362 y su reglamento, por citar las normas vigentes). Asimismo, una conclusión a la que se podría arribar sería que la decisión o actuación interpretativa del OSITRAN solo podría ser impugnada en la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo.

Yendo un poco más allá, cabría preguntarse por qué en las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión no se ha excluido como materia arbitrable a la interpretación contractual que puede realizar el OSITRAN, como sí se ha hecho con el régimen tarifario, pese a que la facultad de interpretar los contratos ha sido también otorgada por ley.

El escenario entonces sería uno de contravención de la cláusula arbitral (que autoriza someter a arbitraje las controversias que impliquen el ejercicio de la facultad de interpretar los Contratos de Concesión otorgada legalmente al OSITRAN), contra lo establecido normativamente (que excluye del arbitraje aquellas controversias derivadas del ejercicio de funciones otorgadas legalmente), y la pregunta que surgiría a continuación sería la siguiente: ¿prevalece el convenio arbitral o la norma sectorial?

Como ya se ha indicado precedentemente, teniendo en cuenta el origen legal de la facultad otorgada al OSITRAN, a nuestro entender el razonamiento de los Tribunales Arbitrales de los indicados casos no fue el adecuado.

Es verdad que la labor interpretativa es consustancial al acto de resolver una controversia, por

lo que en el ejercicio de la función arbitral, el Tribunal debe realizar un ejercicio de interpretación de diversos aspectos de la controversia que se le plantea; sin embargo, atendiendo a la facultad legal antes descrita, no resulta correcto que el Tribunal arbitral desarrolle una labor interpretativa de aquella materia que precisamente constituye el fondo de la controversia pues se encontraba reservada al OSITRAN en su rol de organismo regulador.

Es por dichas razones que, en caso de existir una controversia respecto del sentido interpretativo de alguna cláusula del Contrato de Concesión realizada por el OSITRAN, la parte interesada, Concedente o Concesionario, tiene expedito su derecho para acudir a la vía administrativa o judicial a fin de ver revertidas las consecuencias de dicha interpretación.

En el caso 2474-2012-CCL, antes de presentar la demanda arbitral, COVIPERÚ solicitó a OSITRAN interpretar diversas cláusulas del Contrato de Concesión, cuestionando las decisiones del regulador mediante recursos de reconsideración y de apelación. Esto permite desprender que en este caso el Concesionario implícitamente había reconocido que OSITRAN ostentaba dicha facultad; no obstante, al momento de defender la competencia del Tribunal Arbitral alegó que el Tribunal Arbitral también tenía competencia para realizar una labor interpretativa del Contrato de Concesión.

Consideramos entonces que tal como se encuentran redactadas las normas que otorgan la competencia interpretativa al OSITRAN, estas prevalecen sobre el contenido de la cláusula arbitral, correspondiendo al OSITRAN el ejercicio de la función interpretativa en cualquier escenario.

En la medida que la facultad de interpretar los Contratos de Concesión que supervisa le ha sido otorgada legalmente al OSITRAN, consideramos que las disposiciones de las cláusulas arbitrales que refieren que las controversias que versen sobre la interpretación del Contrato de Concesión podrán someterse a arbitraje, deben tenerse por no puestas o carentes de efectos, pues no resulta posible otorgarles un sentido que salve su contenido.

Asimismo, consideramos que aun cuando las partes arriben a una interpretación de común acuerdo, el sentido interpretativo podrá ser siempre revisable por el OSITRAN, pudiendo



permanecer vigente siempre y cuando no contravenga el criterio interpretativo adoptado por el regulador.

- iii. **Caso 1688-2009: Concesionaria Interoceánica SUR Tramo 2 S.A. contra el MTC; y, Caso 1689-2019: Concesionaria Interoceánica SUR Tramo 3 S.A. contra el MTC<sup>50</sup>.**

- **¿Qué solicitaron los demandantes?**

Los Concesionarios solicitaron al Tribunal Arbitral disponer la aplicación irrestricta de los términos y condiciones del Contrato de Concesión que los vinculaba con el Estado Peruano, particularmente en lo concerniente al procedimiento para la cuantificación del Certificado de Avance de Obra (CAO).

Adujeron los demandantes que el MTC pretendía inaplicar las cláusulas del Contrato de Concesión que regulaban el mecanismo para la cuantificación del CAO sobre la base de una interpretación realizada por el OSITRAN mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2017-CD-OSITRAN, inaplicación que era equivalente a una modificación unilateral del Contrato de Concesión por la vía de un acto administrativo, lo que jurídicamente no resultaba factible.

- **¿Cuál fue la posición del OSITRAN/MTC?**

El OSITRAN formuló excepción de incompetencia señalando que las materias deducidas por los demandantes no eran susceptibles de resolverse en la vía del arbitraje, pues no representaban una materia de libre disposición de las partes, requisito establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071.

Precisó que, a su consideración, la controversia planteada estaba relacionada con la interpretación del Contrato de Concesión que había realizado en su condición de

---

<sup>50</sup> Si bien en estos procesos arbitrales la participación del OSITRAN como parte no fue aceptada, el Tribunal Arbitral se pronunció respecto de los argumentos formulados por dicho organismo regulador.

organismo regulador, facultad que le había sido otorgada por la Ley N° 26917, su ley de creación.

Añadió que su Resolución de Consejo Directivo N° 059-2017-CD-OSITRAN materia de cuestionamiento era de carácter administrativo, por lo que de acuerdo al artículo 148 de la Constitución Política del Perú, la única vía para cuestionarla era el proceso contencioso administrativo.

- **¿Cuál fue la decisión del Tribunal Arbitral?**

El Tribunal Arbitral señaló que de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071, no son arbitrables las materias que no son de libre disposición de las partes, como sería por ejemplo las leyes imperativas por ser de aplicación obligatoria o forzosa.

Asimismo, señaló que en el presente caso no se discutía el derecho del OSITRAN de interpretar los Contratos de Concesión, derecho que le concedía su ley de creación, sino que lo pudiera hacer de oficio. Preciso el Tribunal que lo que el Concedente y el Concesionario estaban dirimiendo era si una interpretación de oficio de dicho regulador podía ser adoptada y aplicada por el Concedente, siendo que ninguna de las partes había solicitado tal actuación del OSITRAN.

Añadió que teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071 y en la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Concesión, se podía afirmar que la controversia era arbitrable; sin perjuicio de lo cual, debía tenerse en cuenta que la materia controvertida estaba referida a materias de índole civil – contractual, siendo indiscutible por ende que la vía idónea para su solución era precisamente la arbitral.

### **Posición del autor**

En este caso, el Tribunal Arbitral reconoció la facultad legal del OSITRAN para interpretar los Contratos de Concesión que supervisa. Cuestionó, sin embargo, la interpretación de oficio

realizada por el OSITRAN, en base a la cual el Concedente en el presente caso planteó su posición.

Debemos señalar que aun cuando los Lineamientos de Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, establece que el OSITRAN puede realizar la labor interpretativa de los Contratos de Concesión incluso de oficio; consideramos que ello es un error.

Consideramos que constituye un error que el OSITRAN pueda interpretar los Contratos de Concesión que supervisa de oficio en tanto ello genera incertidumbre entre las partes del Contrato de Concesión, por cuanto no saben en qué momento se modificará el texto contractual como consecuencia de una actuación del regulador. Nótese que, en ejercicio de la labor interpretativa de oficio, el OSITRAN puede interpretar el contenido contractual aun cuando las partes no tuvieran duda, ambigüedad o incertidumbre respecto de su sentido.

**iv. Caso 067-2016-CCL: Metro de Lima Línea 2 S.A. contra el MTC; y,  
Caso 075-2017-CCL: Aeropuertos Andinos del Perú S.A. contra el MTC**

- **¿Qué solicitó el demandante?**

En el Caso 067-2016-CCL, el Concesionario solicitó que el Tribunal deje sin efecto las penalidades impuestas en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

En el Caso 075-2017-CCL, el Concesionario solicitó al Tribunal dejar sin efecto la penalidad impuesta por el OSITRAN por su presunto incumplimiento de efectuar la publicación de la convocatoria para licitación pública para la ejecución de obras nuevas en el aeropuerto de Ayacucho dentro del plazo establecido.

- **¿Cuál fue la posición del OSITRAN/MTC?**

En el Caso 067-2016-CCL, señaló que las penalidades no tenían naturaleza civil ya que al haber sido impuestas por un organismo regulador (OSITRAN), se trataba de una figura de naturaleza administrativa.

Las penalidades impuestas son expresión de la potestad sancionadora del OSITRAN, se regulan por sus propias normas y no tienen vinculación con aspectos de naturaleza contractual, por lo que no eran pasibles de ser cuestionadas a través de un arbitraje.

Añadió que la vía idónea para cuestionar las penalidades impuestas era la judicial, a través del proceso contencioso administrativo.

En el Caso 075-2017-CCL, señaló que la penalidad impuesta constituye una expresión de facultades otorgadas legalmente a favor del OSITRAN, por lo que la controversia referida a determinar si esta fue correcta o incorrectamente aplicada no puede ser sometida a la vía arbitral.

- **¿Cuál fue la decisión del Tribunal Arbitral?**

En el Caso 067-2016-CCL, el Tribunal Arbitral señaló que la penalidad impuesta por OSITRAN no tiene su origen en una sanción de carácter administrativo que haya sido tipificada por dicho organismo regulador en su rol de supervisor o fiscalizador de la inversión privada en la infraestructura de transporte de uso público.

Añadió que se debe distinguir penalidades contractuales de sanciones administrativas y que, mientras las primeras tienen como causa el pacto contractual y su aplicación queda sujeta a dicho título, las sanciones administrativas tienen por fuente una potestad cuya aplicación está reglada por el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

Agregó que la controversia no derivaba de una decisión administrativa del regulador sino que se trataba de un acto contractual cuyo sustento habilitante era una cláusula contractual en virtud de la cual las partes llamaban a participar al OSITRAN para que actúe en ejercicio de una competencia contractual.

Finalmente, señaló que en la medida que la actuación de OSITRAN, en materia de la aplicación de las penalidades no involucra el ejercicio de sus facultades de derecho público sino la participación de esta en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión, se trata de una actuación contractual que es materia arbitrable objetivamente.

En el Caso 075-2017-CCL, señaló que del Contrato de Concesión se desprende que la potestad sancionadora y administrativa se distingue de las facultades que las partes le otorgaron al OSITRAN para aplicar penalidades frente al incumplimiento de obligaciones previstas en el propio contrato.

Añadió que en el caso de las penalidades el monto es determinado teniendo en consideración la cuantificación del daño que le causaría a la colectividad usuaria el incumplimiento del concesionario, mientras que, en el caso de una sanción administrativa derivada de una infracción, se persigue castigar una conducta no deseada por el Estado.

Finalmente, el Tribunal Arbitral de este caso señaló que no nos encontramos ante facultades inherentes a OSITRAN que provengan del ius imperium sino que son las partes en el propio Contrato de Concesión, quienes, de manera adicional, facultan a OSITRAN a aplicar las penalidades contractuales, por lo que el Tribunal Arbitral tiene competencia para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia.

### **Posición del autor**

A diferencia del criterio adoptado en el Caso 2979-2014-CCL, en estos casos los Tribunales Arbitrales concluyeron que eran competentes para conocer las controversias referidas a la aplicación de penalidades por parte del OSITRAN en tanto que dichas actuaciones del regulador se encontraban relacionadas con el ejercicio de facultades otorgadas por las partes del Contrato de Concesión y no con facultades de ius imperium o de tipo sancionatorio.

Este criterio es el actualmente vigente en materia de arbitraje de controversias relacionadas con la aplicación de penalidades del OSITRAN. Como indicamos precedentemente, este criterio actual nos parece correcto en tanto obedece a lo que hemos identificado como el criterio

determinador más relevante de lo arbitrable, esto es, la diferencia de la naturaleza de la decisión o actuación contractual o administrativa del regulador.

### 3.5.2. Análisis de criterios arbitrales CIADI

Algunos casos que se han ventilado ante el CIADI en relación con nuestra materia de estudio son los siguientes:

- **Metro de Lima Línea 2 S.A. contra la República del Perú (Caso CIADI N° ARB/17/3)**

En relación con el argumento planteado por el Estado Peruano según el cual la aplicación de penalidades por el OSITRAN en ejercicio de sus facultades contractuales y potestades administrativas no constituía materia arbitrable<sup>51</sup>; el Tribunal Arbitral señaló que debía tenerse en cuenta que el respectivo Contrato de Concesión distinguía entre actos contractuales y actos administrativos del regulador, precisando que solo estos últimos quedaban excluidos de su jurisdicción.

En ese sentido, el Tribunal distinguió entre el régimen de penalidades contractuales, que faculta al OSITRAN a aplicar penalidades contractuales establecidas en el Contrato de Concesión de aquellos actos administrativos que emite el regulador en ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Arbitral concluyó entonces que cuando el regulador ejerce sus facultades contractuales, entre las que se encuentra la facultad de aplicar penalidades, cualquier controversia relativa al ejercicio de esas facultades queda amparada por la cláusula 16.3 de resolución de controversias del Contrato de Concesión, que señala que de conformidad con el artículo 62 de

---

<sup>51</sup> En este proceso arbitral, el demandante cuestionó el incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente (como eran la entrega del área de concesión libre de cargas y gravámenes, así como la obtención de permisos y autorizaciones) y el incumplimiento en la supervisión y aprobación de los Estudios de Ingeniería (EDIs). Asimismo, solicitó se dejara sin efecto las penalidades impuestas por el OSITRAN por incumplimiento de las obligaciones de subsanación de observaciones y aprobación de los EDIs a cargo del concesionario.

la Constitución Política del Perú, los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán en la vía arbitral, por lo que atendiendo a que las penalidades cuestionadas por Línea 2 habían sido impuestas por el OSITRAN en ejercicio de sus facultades contractuales, resultaba competente para emitir un pronunciamiento al respecto.

### **Posición del autor**

El criterio adoptado por el Tribunal Arbitral CIADI de este caso respecto de la viabilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de la aplicación de penalidades por el OSITRAN, coincide con el nuevo criterio adoptado por los tribunales nacionales sobre esta materia.

Asimismo, se aprecia que para llegar a la conclusión de que la aplicación de penalidades por el regulador constituye una materia arbitrable, el Tribunal Arbitral CIADI también distingue entre facultades contractuales y competencias administrativas.

Como manifestáramos precedentemente, compartimos el criterio según el cual las controversias derivadas de la aplicación de penalidades deben ser resueltas en la vía arbitral en tanto el ejercicio de dicha facultad tiene su fuente habilitante en el contenido contractual pactado por el Concedente y el Concesionario y no en una norma legal de atribución de prerrogativas o funciones.

- **CMS Gas Transmission Company contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/8)**

Al pronunciarse respecto de una de las objeciones a su jurisdicción, según la cual las medidas económicas adoptadas por la República Argentina fueron de carácter general y se encontraban relacionadas con el interés público, por lo que no tuvieron por objeto incidir necesariamente en las inversiones de la demandante; el Tribunal Arbitral formuló una distinción entre medidas de naturaleza económica general y medidas específicamente dirigidas a la operación de las inversiones.

Al respecto, el Tribunal concluyó que no tenía jurisdicción sobre medidas generales de política económica adoptadas por el Estado Argentino y que no podía emitir un juicio de valor respecto a si resultaban adecuadas o no; no obstante lo cual, consideró que sí tenía competencia para examinar medidas específicas que afectaran la inversión de los privados, medidas generales de política económica que tuvieran una relación directa con esa inversión, o que habían sido adoptadas en contravención de los compromisos adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos; por lo que desestimó esta primera objeción.

En relación con la segunda objeción a la jurisdicción, cuyo sustento era que el Contrato que vinculaba a demandante y demandada preveía la vía contenciosa administrativa ante los tribunales internos para resolver las controversias que pudieran presentarse, lo que implicaba una renuncia expresa a cualquier otro foro o jurisdicción, como por ejemplo el CIADI; el Tribunal Arbitral indicó que las cláusulas del Contrato que disponían la presentación de ciertas categorías de controversias a los tribunales nacionales internos no constituían un obstáculo para su jurisdicción en los términos del Tratado, dado que las funciones de estos instrumentos eran diferentes.

### **Posición del autor**

En este laudo internacional el Tribunal Arbitral CIADI abordó el tema de su competencia para pronunciarse respecto de decisiones o actuaciones de un Estado o de sus dependencias emitidas con un alcance general, más allá de la inversión realizada por un privado en particular o de las concretas relaciones que este tuviera con dicho Estado. Asimismo, abordó el tema del acuerdo contractual entre las partes según el cual determinadas materias o controversias debían ser resueltas ante los tribunales nacionales del Estado demandado.

El criterio adoptado por el Tribunal Arbitral respecto del primer tema es que su competencia puede abarcar controversias derivadas de actuaciones o decisiones de un Estado o sus dependencias, aun cuando hubieran sido emitidas con vocación de alcance general, siempre y cuando resultaran teniendo incidencia directa con la inversión del demandante o que hubieran sido adoptadas en contravención de los compromisos asumidos con el inversionista privado mediante los tratados aplicables, la legislación o los contratos; supuesto en el cual el Tribunal se



pronunciará respecto de la forma en que dichas medidas generales podrían afectar esos compromisos.

Al respecto, entendemos que si bien el Tribunal Arbitral señaló que resultaba competente para conocer una controversia que verse sobre derechos y obligaciones adquiridos por un inversionista mediante tratados o contratos (incluyendo el Contrato de Concesión se entiende), no podría obviarse el hecho de que la competencia de un Tribunal CIADI (y de cualquier otro tribunal arbitral) se podrá materializar siempre y cuando el contenido del tratado o del Contrato así lo prevea, esto es, siempre y cuando exista una cláusula o convenio arbitral que establezca que la controversia puede ser sometida a dicho mecanismo de solución de controversias, por ser el elemento de la voluntad consustancial al mismo.

Asimismo, advertimos que cuando el Tribunal Arbitral señala que tiene competencia o jurisdicción para examinar medidas que hubieran sido adoptadas en contravención de los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados o los contratos; implícitamente establece que la fuente de su competencia puede derivar de cualquiera de dichos instrumentos, así como también que los derechos vulnerados pueden encontrarse consagrados en ellos.

En relación con el criterio adoptado por el Tribunal Arbitral de que las cláusulas del Contrato que disponen que determinadas materias o controversias deben ser resueltas ante los tribunales nacionales en la vía contenciosa administrativa y no ante la justicia arbitral, no constituyen un obstáculo para el ejercicio de su jurisdicción en los términos del Tratado; se advierte que puso de manifiesto nuevamente las fuentes que habilitan su competencia, a saber, el tratado y los Contratos que hubieran celebrado las partes.

Adicionalmente, si bien en el presente caso existía un Contrato suscrito entre el demandante y el demandado (Contrato de Licencia), consideramos que la conclusión del Tribunal Arbitral de que lo dispuesto en dicho Contrato sobre la competencia de los tribunales nacionales para dilucidar la controversia no resultaba determinante, fue correcta, por cuanto el demandante

invocó la competencia y jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre la base de lo establecido en un tratado<sup>52</sup>.

No obstante, consideramos que en caso el instrumento invocado por el demandante para alegar la competencia del Tribunal Arbitral hubiera sido el Contrato suscrito con el demandado, la referida disposición contractual sí hubiera resultado relevante para determinar su competencia, siendo suficiente para excluirlo del conocimiento de la controversia.

Sin perjuicio de lo señalado por el referido Tribunal Arbitral en el caso concreto, consideramos que resulta importante precisar que, si bien las partes de un Contrato de Concesión no podrían pactar llevar a la vía arbitral alguna materia o controversia que de acuerdo a ley no puede dilucidarse en dicha sede, sí podrían pactar que someterán a la justicia ordinaria (vía contencioso administrativa) alguna materia que las normas permiten llevar al arbitraje.

- **Iberdrola Energía S.A. contra la República de Guatemala (Caso CIADI No. ARB/09/5)**

En este caso, el Tribunal Arbitral sostuvo que la sola calificación efectuada por el demandante de las actuaciones del país demandado como supuestamente violatorias del Tratado invocado, no bastaba para que la controversia se convirtiera en una sobre cuestiones reguladas por dicho Tratado, supuesto en el cual el Tribunal sí resultaría competente para conocer la controversia; por lo que resultaba evidente que la controversia planteada versaba sobre derecho nacional interno del demandado.

El Tribunal añadió que la única responsabilidad del Estado que cabía analizar dentro de su competencia era la internacional, la cual se determinaba a la luz del derecho internacional. Abundó que en el presente caso, Iberdrola debía haber demostrado que la República de Guatemala violó las obligaciones que había contraído en un instrumento internacional como era el Tratado, y que ello implicaba una violación de las obligaciones internacionales de Guatemala.

---

<sup>52</sup> El demandante invocó el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Argentina y Estados Unidos en el año 1991.

Entonces, se aprecia que si bien el Tribunal reconoció que la legalidad de la conducta de un Estado a la luz de su derecho interno no conduce necesariamente a la legalidad de esa conducta según el derecho internacional, argumentó también que no era menos cierto que si el Estado actuó invocando el ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias, mediante las cuales interpretó de una determinada manera su normatividad interna, un tribunal CIADI, constituido al amparo del Tratado, no podría determinar que tiene competencia para juzgar tal interpretación simplemente porque el inversionista no la comparte o la considera arbitraria o violatoria del Tratado.

### **Posición del autor**

Este caso se complementa con el anterior en la medida que el criterio del Tribunal Arbitral fue que no resultaba competente para conocer controversias que versaran sobre aplicación de derecho nacional interno, circunscribiendo su competencia más bien a la violación de obligaciones internacionales cuya consecuencia implicara la responsabilidad internacional del Estado demandado.

Claramente el Tribunal Arbitral de este caso realizó el análisis de su competencia tomando en consideración el supuesto en el cual la reclamación ha sido sustentada invocando la violación de un instrumento internacional como es el Tratado, no habiéndose referido al otro supuesto de avocamiento de la competencia como es el incumplimiento de obligaciones contractuales.

En ese contexto, el Tribunal resaltó que para sustentar su competencia no bastaba que el reclamante invocara la vulneración de un Tratado en términos generales sino demostrar, entendemos indiciariamente por lo menos, que el Estado demandado vulneró obligaciones específicas reguladas en dicho Tratado.

De lo afirmado por el Tribunal en este laudo, se desprende que un tribunal internacional no resulta competente para conocer controversias que involucren la interpretación de su normativa interna o el ejercicio de sus facultades constitucionales, legales y reglamentarias; aspectos que se encuentran reservados, entendemos, a los tribunales internos, los que tienen la función de realizar el control de legalidad de las decisiones adoptadas por la Administración Pública.

- **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/19)**

En relación con la alegación de la demandada de que no era posible iniciar un proceso de arbitraje atendiendo a la cláusula de solución de diferencias contenida en el Contrato de Concesión, según la cual correspondía ventilar todas las diferencias relativas a su interpretación y ejecución en los tribunales administrativos del demandado, de lo que se desprendía que las demandantes no aceptaron la jurisdicción del CIADI y aceptaron resolver todas las controversias en los tribunales nacionales de Argentina; el Tribunal Arbitral señaló que la base de la reclamación era que la demandada había violado los derechos de las demandantes bajo los Tratados Bilaterales aplicables y no derechos u obligaciones contenidas en el contrato, precisando que las reclamaciones basadas en los TBI y las basadas en un contrato eran supuestos diferentes.

Añadió el Tribunal que otros tribunales arbitrales internacionales ya habían adoptado el criterio de que la cláusula de solución de controversias incluida en un contrato que estableciera que las diferencias contractuales eran de competencia exclusiva de los tribunales o árbitros locales, no impedía a un inversor parte de dicho contrato a iniciar un proceso de arbitraje para hacer valer sus derechos en el contexto de un tratado bilateral de inversión.

### **Posición del autor**

Al igual que en el Caso CIADI N° ARB/01/8 antes comentado, seguido entre CMS Gas Transmission Company contra la República Argentina, en el presente proceso arbitral internacional el Tribunal Arbitral remarcó que aun cuando en el Contrato de Concesión se hubiera pactado que determinadas materias o controversias serían resueltas por los tribunales internos del Estado demandado, ello no constituía un óbice para que el demandante presentara una demanda ante un Tribunal Arbitral internacional alegando la vulneración de disposiciones contenidas en un Tratado.

Como hemos indicado previamente, compartimos este criterio en tanto que la fuente y la competencia misma del Tribunal Arbitral es distinta cuando se invoca un Contrato o un Tratado.

En ese sentido, si el reclamante fundamenta su cuestionamiento en la vulneración de derechos reconocidos en un Tratado, la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Concesión que hubiera suscrito con ese mismo Estado y que estableciera que determinadas materias o controversias no serán sometidas a la vía arbitral, no limita la competencia de dicho Tribunal para conocer la controversia formulada en base al Tratado.

En este punto, conviene hacer una precisión. Si bien el incumplimiento de compromisos contractuales no necesariamente implica la vulneración de estipulaciones contenidas en un Tratado y viceversa, puede ocurrir que esta situación si se presente, pudiendo en tal caso el reclamante invocar la competencia de un Tribunal Arbitral sobre la base del contenido del Contrato y del Tratado simultáneamente.

- **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux S.A. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/3)**

En relación con el argumento de la demandada de que la controversia no resultaba arbitrable en tanto que el Contrato de Concesión suscrito entre las partes establecía que antes de recurrir a la vía arbitral resultaba necesario acudir a los tribunales de la República Argentina, confiriéndoles jurisdicción exclusiva para controversias relativas a cuestiones que surgieran bajo el Contrato de Concesión; el Tribunal determinó que, en efecto, las demandantes debieron objetar primero las acciones de la demandada ante sus tribunales administrativos, y que cualquier reclamación contra el Estado Argentino en la vía arbitral, podía surgir sólo si se les denegaba acceso a dichos tribunales, se les trataba de manera injusta o se les denegaba los derechos garantizados a los inversores bajo el TBI aplicable; supuestos que no se habían presentado, por lo que amparó dicho cuestionamiento a la jurisdicción.

### **Posición del autor**

El criterio adoptado en este caso es que el Tribunal Arbitral no podrá conocer una controversia o materia si previamente esta no es planteada a los tribunales ordinarios cuando ello ha sido previsto así en el Contrato de Concesión.

Como en casos ya comentados, este criterio requiere que la fuente de la competencia del Tribunal Arbitral sea el propio Contrato de Concesión. Solo en este caso las disposiciones establecidas en dicho documento determinarán, como lo hicieron en este proceso arbitral, la competencia del Tribunal.

La exigencia de transitar previamente por los tribunales nacionales antes de recurrir al arbitraje presupone una especie de vía previa para acceder a este mecanismo de solución de controversias.

- **Renée Rose Levy De Levi contra la República del Perú (Caso CIADI N° 10/17)**

Ante el cuestionamiento de la demandada de que el Tribunal Arbitral no resultaba competente para conocer la controversia debido a que ello suponía calificar las medidas técnicas adoptadas por el regulador del sistema financiero peruano (la Superintendencia de Banca y Seguros), intromisión que afectaría la discrecionalidad con la que había actuado en estricto cumplimiento de la ley peruana<sup>53</sup>; el Tribunal Arbitral señaló que dicha parte no podía argumentar que no resultaba competente para resolver la disputa debido a que sus órganos (SBS) habían actuado de conformidad con la ley peruana.

El Tribunal resaltó que no por ser la SBS un ente regulador de banca y seguros debía inhibirse de conocer y resolver la controversia, añadiendo que en el presente caso no se estaba cuestionando la normativa bancaria y financiera peruana de manera general como si violara los convenios internacionales suscritos, por lo que no se estaba juzgando los méritos y la validez de las leyes y normas nacionales. Señaló que, en ese sentido, era su responsabilidad analizar si el Estado peruano, por medio de dicho órgano u otros, había violado las normas internacionales y los convenios internacionales de los que era parte.

### **Posición del autor**

---

<sup>53</sup> En este caso, la demandante cuestionó que Perú sometió, de manera arbitraria e ilegal, al Banco Nuevo Mundo (BNM), del cual era accionista, a un proceso de intervención, seguido de su disolución y liquidación, lo que suponía la violación del Convenio suscrito entre el Perú y Francia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).

En este caso, la competencia del Tribunal Arbitral derivó del Convenio Internacional APPRI invocado por la demandante. El criterio adoptado fue que el Tribunal es competente para conocer una controversia derivada de actuaciones o decisiones de entidades públicas en tanto estas podrían haber vulnerado disposiciones contenidas en el Convenio Internacional que vincula a las partes, descartando que fuera competente para analizar si dichas decisiones fueron adecuadas o no en sí mismas consideradas.

Compartimos este criterio en tanto creemos que las decisiones o actuaciones de un organismo regulador (u otro órgano del Estado) pueden ser sometidas al arbitraje, salvo que, por ejemplo, el propio texto del Tratado o Convenio Internacional que sustenta la competencia del Tribunal Arbitral lo excluya.

- **Autopista del Norte S.A.C. contra República del Perú (Caso CIADI N° ARB/18/17)**

En este caso, el Tribunal Arbitral sostuvo que su jurisdicción estaba sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula arbitral del respectivo Contrato de Concesión, así como al artículo 25 del Convenio CIADI. En ese sentido, resaltó que la cláusula arbitral establecía que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir respecto de la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o caducidad de la concesión serían resueltos por trato directo entre las partes, o en su defecto vía arbitraje.

Añadió que, en tanto lo que era materia de demanda se encontraba relacionado con el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de la demandada en cuanto a las disposiciones que regulaban la entrega de bienes de la concesión libre de cargas y la ampliación de plazo para la ejecución de la obra y el eventual pago de una indemnización al concesionario; la disputa podía ser dirimida mediante un arbitraje internacional CIADI.

### **Posición del autor**

En este caso, el Tribunal Arbitral sustentó su competencia en la cláusula arbitral del Contrato de Concesión suscrito entre las partes. Se advierte que ello fue así en tanto que la reclamación presentada por la demandante se formuló aduciendo el incumplimiento de obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano.

Se aprecia también que el Tribunal Arbitral consideró que la controversia del caso, esto es, incumplimiento de disposiciones que regulan la entrega de bienes de la concesión libre de cargas y la ampliación de plazo para la ejecución de la obra y el eventual pago de una indemnización al concesionario, encajaba en la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Concesión.

A nuestro criterio, las materias que componen la controversia del presente caso son arbitrables en tanto que versan sobre obligaciones pactadas contractualmente entre las partes del Contrato de Concesión, como sería la entrega de bienes libre de cargas y el establecimiento de plazos (incumplidos) para la construcción de obras, así como aspectos patrimoniales como sería el pago de una indemnización por los daños irrogados al Concesionario como consecuencia de los incumplimientos atribuidos al Estado.

### **3.6. Criterios para determinar el carácter arbitrable de las controversias derivadas de decisiones del OSITRAN**

Luego de haber desarrollado el tema materia de estudio en los apartados precedentes, corresponde ahora establecer los criterios que es posible desprender de dicho análisis que, a nuestro juicio, permitirán facilitar la identificación o determinación del carácter arbitrable de las controversias y decisiones adoptadas por el OSITRAN en el marco de la vigencia de los Contratos de Concesión que supervisa. Dichos criterios son formulados a continuación:

- A fin de determinar si en un caso en concreto una materia o controversia es arbitrable o no, se debe atender prioritariamente a lo dispuesto en el marco normativo aplicable.
- En caso lo dispuesto en el convenio arbitral sobre el carácter arbitrable de las controversias y materias contravenga lo establecido al respecto en el marco normativo aplicable, deberá tenerse como no puesto lo consignado en dicho convenio arbitral.



- La libre disponibilidad es un elemento que ha sido tradicionalmente utilizado para identificar las materias que pueden ser objeto de arbitraje. Podríamos decir que se trata de un criterio identificador tradicional de lo susceptible de arbitraje.
- Además del criterio de la libre disponibilidad, la ley y el tratado pueden establecer que determinada materia resulta arbitrable, independientemente de si es de libre disposición o no.
- En el caso de que una ley interna dispusiera algo diferente u opuesto a lo establecido en un tratado respecto de las controversias o materias que pueden ser resueltas en la vía arbitral, atendiendo a la jerarquía supra legal de este último, prevalecerá lo establecido en el tratado.
- Un tratado puede autorizar que las controversias o materias que una ley nacional ha excluido del arbitraje, puedan ser sometidas a dicho mecanismo de controversias. Esto ocurrirá en aquellos casos en los que la reclamación planteada por el demandante se sustenta en la afectación de obligaciones contenidas en el tratado, esto es, cuando la competencia del Tribunal Arbitral CIADI se sustenta en dicho instrumento internacional.
- Cuando el demandante invoca la violación de obligaciones contenidas en un tratado, la determinación de las materias o controversias que pueden someterse a la competencia del Tribunal Arbitral CIADI debe buscarse en el régimen de solución de controversias plasmado en el respectivo tratado. Por el contrario, cuando el demandante sustenta su reclamo en el incumplimiento por parte del Estado de obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, el régimen de solución de controversias aplicable a fin de determinar si la materia controvertida resulta competencia de dichos tribunales es el contenido en el propio Contrato de Concesión.
- Si bien las partes de un Contrato de Concesión no podrían pactar llevar a la vía arbitral alguna materia o controversia que de acuerdo a ley no puede dilucidarse en dicha sede, sí podrían pactar que someterán a la justicia ordinaria (vía contencioso administrativa) alguna materia que las normas permiten llevar al arbitraje.

- Aun cuando el incumplimiento de compromisos contractuales no necesariamente implica la vulneración de estipulaciones contenidas en un Tratado y viceversa, puede ocurrir que esta situación si se presente, pudiendo en tal caso el reclamante invocar la competencia de un Tribunal Arbitral sobre la base del contenido del Contrato y del Tratado simultáneamente.
- El Tribunal Arbitral CIADI que conozca una controversia surgida durante la ejecución de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN, debe aplicar el derecho interno del Perú para resolverla, en tanto su Convenio, las cláusulas arbitrales de dichos Contratos y la ley de arbitraje peruana así lo establecen.
- Teniendo en cuenta que para el caso del arbitraje internacional la legislación aplicable a la controversia es la peruana, se desprende que las materias o controversias derivadas de decisiones o actuaciones del OSITRAN que resultarán arbitrables en dicha sede serán las mismas que pueden ser sometidas al arbitraje en sede nacional, pues para ambos tipos de arbitraje habrá que recurrir a la normativa peruana (además de la cláusula arbitral correspondiente) para determinar ello.

### 3.7. Propuesta de modificación de la normativa referida al arbitraje administrativo y de las cláusulas arbitrales contenidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN

**Modificación normativa: la redacción de la norma sectorial debería modificarse a fin de dejar claramente establecido que no pueden someterse a arbitraje las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa.**

El artículo 133.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, establece lo siguiente: “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”.

A nuestro criterio, dicha redacción permite dos interpretaciones: la primera, que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el respectivo título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, **habida cuenta de que la vía para cuestionar todas esas decisiones es siempre la vía administrativa.**

La segunda, que no pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el respectivo título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, **en aquellos casos en los cuales la vía que se haya establecido para su cuestionamiento sea la vía administrativa.**

Como es posible apreciar, el sentido de una u otra interpretación es distinto. En el primer caso, el sentido de la norma es más contundente en tanto estaría señalando que en ningún caso las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa podrían someterse al arbitraje, pues el camino ya establecido para su cuestionamiento es la vía administrativa.

En el segundo caso, el sentido de la norma se matiza, pues estaría disponiendo que solo en aquellos casos en los cuales el cuestionamiento de las decisiones del regulador sea la vía administrativa no cabría someter al arbitraje las controversias que de dicha decisión se deriven; permitiéndose en todos los demás casos.

Como ha sido puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la interpretación que a nuestro juicio debe realizarse del texto normativo en cuestión es que las controversias o decisiones del regulador derivadas del ejercicio de facultades administrativas otorgadas por ley, no pueden ser resueltas en la vía arbitral sino en la vía administrativa o judicial. Sin embargo, reconocemos que esa es solo una interpretación nuestra y que el texto citado en los términos en los que ha sido redactado permite también la otra interpretación.

Por dicha razón, creemos que resulta necesaria una modificación del texto normativo en cuestión a fin de establecer de manera clara y sin ambigüedades que las decisiones del regulador que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa no pueden ser sometidas a la vía arbitral.

**Modificación normativa: la norma sectorial debe incorporar la distinción entre controversias derivadas de decisiones y/o actuaciones contractuales y de competencias administrativas.**

Como se ha indicado, el artículo 133.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, establece que no pueden someterse al arbitraje las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

Si bien es cierto que dicha disposición constituye una referencia al momento de determinar el carácter arbitrable de las controversias derivadas de decisiones o actuaciones de los organismos reguladores, consideramos que resulta insuficiente.

En efecto, creemos que a dicha disposición normativa debe añadirse una disposición orientada a fijar claramente la diferencia existente entre controversias derivadas de decisiones y/o actuaciones contractuales de los reguladores y controversias derivadas del ejercicio de sus competencias administrativas otorgadas por ley.

Asimismo, creemos que, a dicha distinción, la norma podría asociar una referencia al carácter arbitrable de las controversias derivadas de decisiones y/o actuaciones contractuales de los reguladores a fin de complementar la disposición actual referida a lo inarbitrable de las decisiones que se dicten en ejecución de competencias atribuidas por norma expresa.

Como ya hemos indicado precedentemente, esta distinción entre actuaciones y/o decisiones del regulador basada en su diferente naturaleza es la que mejor permite identificar las materias y controversias arbitrables de las que no lo son.

**Cláusulas arbitrales: omitir consignar disposiciones que no contribuyen a determinar las materias y controversias arbitrables.**

Consideramos que las cláusulas arbitrales incluidas actualmente en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN contienen referencias que no ayudan a identificar las materias y controversias que pueden ser resueltas en la vía arbitral, sino que, por el contrario, hacen más denso y engorroso arribar a una conclusión al respecto.

Como ha sido posible observar en el presente trabajo, varias cláusulas arbitrales contienen disposiciones en las que señalan que podrán ser resueltas en la vía arbitral las controversias relacionadas con la ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez y eficacia de la Concesión.

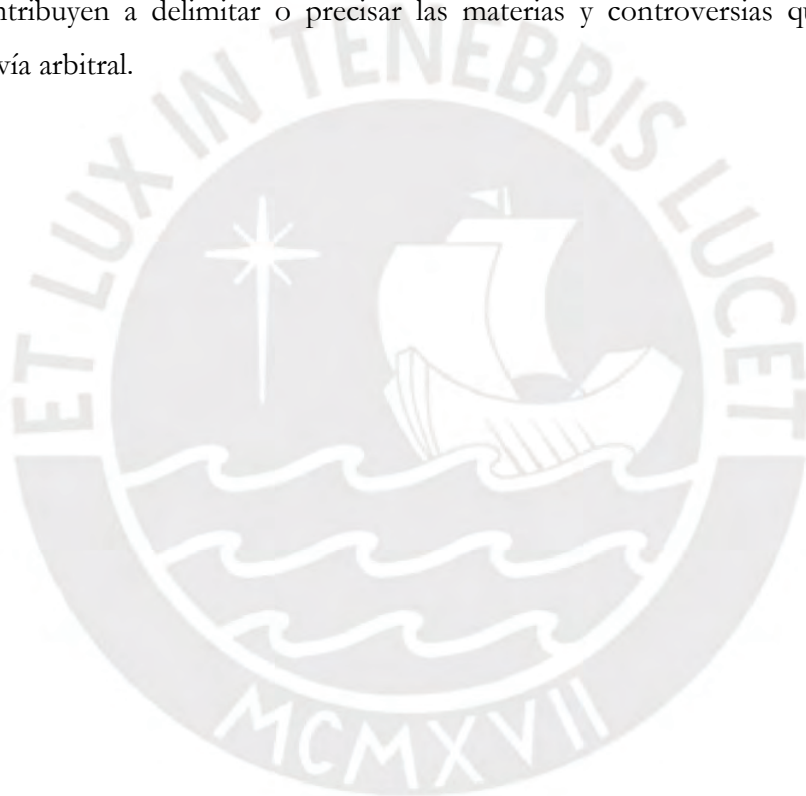
¿Qué materias o controversias buscan identificar las cláusulas arbitrales cuando indican que pueden ser sometidas a la vía arbitral las controversias que versen sobre la ejecución y cumplimiento de la Concesión?. ¿O la que señala que igualmente podrán dilucidarse mediante arbitraje las controversias relacionadas con la existencia, validez y eficacia de la Concesión?.

Considerando el objeto para el que se ha incluido la cláusula arbitral, descontando la acreditación de la voluntad de las partes de acudir a la vía arbitral, a saber, la identificación o delimitación de las materias o controversias que pueden ser resueltas en dicha vía; a nuestro entender, dichas referencias son vacías de contenido, pues en nada aportan a la tarea de identificar y determinar el carácter arbitrable de las controversias.

En efecto, la referencia a la ejecución y cumplimiento de la Concesión no aporta algo positivo en dicha tarea si se tiene en cuenta que casi cualquier materia o controversia que pueda presentarse durante la vigencia del Contrato de Concesión tiene relación con dichos aspectos generales de la relación contractual existente entre el Concedente y el Concesionario. Podríamos incluso afirmar que todo lo que pueda ocurrir durante la vigencia del Contrato de Concesión tiene que ver con su ejecución o cumplimiento de su contenido.

En sentido similar, la referencia a la existencia, validez y eficacia de la Concesión incluida en las cláusulas arbitrales no resulta útil para delimitar aquellas materias o controversias que pueden ser dilucidadas en la vía arbitral y las que no, aun cuando se señale que todos los conflictos o incertidumbres que pudieran surgir con respecto a estos aspectos podrán resolverse en la vía arbitral. Esto se debe a la amplitud de dichos conceptos y a la correspondiente falta de precisión en el resto del contenido de la cláusula arbitral.

Consideramos entonces que, en el contenido de las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de Concesión a ser supervisados por el OSITRAN, se omitan dichas referencias por cuanto no contribuyen a delimitar o precisar las materias y controversias que podrían ser resueltas en la vía arbitral.



## CONCLUSIONES

- Se ha probado la hipótesis en tanto se ha podido determinar que las controversias derivadas de decisiones o actuaciones del OSITRAN relacionadas con el ejercicio de facultades otorgadas contractualmente pueden ser resueltas en la vía arbitral.
- Las controversias relacionadas con la aplicación de penalidades y caducidad de la Concesión pueden ser resueltas en la vía arbitral y las relacionadas con la interpretación y aplicación de tarifas no pueden someterse a dicho mecanismo de solución de controversias sino que deben ser planteadas en la vía administrativa o judicial.

En cuanto a la aplicación de penalidades, interpretación y aplicación de tarifas, se ha podido arribar a esta conclusión a partir de la aplicación del criterio consistente en la diferente naturaleza de las decisiones o actuaciones del OSITRAN: decisiones o actuaciones de naturaleza contractual y decisiones o actuaciones de naturaleza administrativa.

Cada uno de estos dos tipos de decisiones o actuaciones provienen de categorías distintas, como son el *ius imperium* y el *ius gestionis*, cada una de las cuales hace referencia a modos de actuación del Estado en el ejercicio de su especial condición de ente público dotado de facultades exorbitantes o como un contratante en igualdad de condiciones que los particulares, respectivamente.

- Si bien entre las cláusulas arbitrales incluidas en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN existen similitudes en cuanto a su amplitud de contenido, también existen notables diferencias, inclusive entre cláusulas arbitrales de Contratos de Concesión de un mismo tipo de infraestructura, lo que se traduce en un distinto tratamiento de las materias o controversias que pueden resolverse en la vía arbitral.

Ahora bien, como es posible apreciar, tomando en consideración los Contratos de Concesión de todas las Infraestructuras de Transporte de Uso Público supervisadas por el OSITRAN, hemos podido identificar nueve (9) cláusulas arbitrales tipo en función del

alcance de su contenido y la redacción utilizada para determinar las materias y controversias que podrían ser resueltas en la vía arbitral.

El hecho de que las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN presenten diferencias en cuanto a su redacción y la amplitud de las materias o controversias señaladas como pasibles de ser resueltas en la vía arbitral, resulta comprensible si se tiene en cuenta que el contenido del convenio arbitral se establece voluntaria y libremente por las partes, de acuerdo a sus intereses particulares. Lo que hay que tener en cuenta, sin embargo, es que lo estipulado en el convenio arbitral no contravenga lo establecido por el marco normativo aplicable al respecto.

- No puede considerarse que la única fuente a la que haya que recurrir a efectos de determinar si una materia o controversia puede resolverse en la vía arbitral o no, sea la cláusula arbitral contemplada en el Contrato de Concesión, y tampoco debe considerarse que sea la primera opción. El elemento normativo, que incluye las normas sectoriales y las que regulan el arbitraje, es el que debe ser considerado de manera preeminente en dicha tarea. Las normas aplicables al momento de la suscripción del Contrato de Concesión proporcionan un marco dentro del cual las partes, Concedente y Concesionario, pueden pactar el contenido de la cláusula arbitral que más convenga a sus intereses.
- Se ha podido constatar que las controversias que versen sobre la aplicación de penalidades son pasibles de ser dilucidadas en la vía arbitral en tanto que su naturaleza es contractual. Si bien el criterio jurisprudencial arbitral anterior al vigente establecía de manera errada que las controversias sobre aplicación de penalidades del regulador no podían resolverse mediante el arbitraje, por cuanto implicaban el ejercicio de facultades de *ius imperium*; el criterio actual considera acertadamente que dicho tipo de controversias sí pueden ser resueltas arbitralmente.
- Las controversias que versen sobre la interpretación de los Contratos de Concesión efectuada por el OSITRAN no podrán ser sometidas a la vía arbitral, en tanto que el ejercicio de dicha decisión deriva de una facultad otorgada legalmente al regulador. En ese sentido, consideramos que el criterio adoptado actualmente por los tribunales arbitrales según el cual



resultan competentes para conocer estas controversias es errado.

- En la medida que el OSITRAN no cuenta con la facultad legal de declarar la caducidad del Contrato de Concesión, siendo que dicha facultad le corresponde al Concedente; las controversias derivadas de la decisión de declarar la caducidad adoptada por este deben ser dilucidadas en la vía arbitral, tal como se encuentra previsto en las cláusulas arbitrales de los Contratos de Concesión supervisados por el regulador.
- Consideramos que resulta necesario una modificación normativa en la norma sectorial, a fin de dejar claramente establecido que no pueden someterse a arbitraje las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa.

La referida modificación debe efectuarse en el artículo 133.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, en la medida que su redacción permite dos interpretaciones diferentes.

Según una primera interpretación, la norma estaría señalando que en ningún caso las decisiones de los organismos reguladores que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa podrían someterse al arbitraje, pues el camino ya establecido para su cuestionamiento es la vía administrativa. De acuerdo a la otra interpretación, estaría disponiendo que solo en aquellos casos en los cuales el cuestionamiento de las decisiones del regulador sea la vía administrativa no cabría someter al arbitraje las controversias que de dicha decisión se deriven; permitiéndose acudir al arbitraje en todos los demás casos.

Creemos entonces que resulta necesaria una modificación del texto normativo en cuestión a fin de establecer de manera clara y sin ambigüedades que las decisiones del regulador que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa no pueden ser sometidas a la vía arbitral.

- Asimismo, consideramos que en el texto del artículo 133.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 se debe incorporar la distinción entre controversias derivadas de

decisiones y/o actuaciones contractuales y de competencias administrativas, pues si bien lo actualmente dispuesto es una referencia al momento de determinar el carácter arbitrable de las controversias derivadas de decisiones o actuaciones de los organismos reguladores, consideramos que resulta insuficiente.

A dicha disposición normativa debe añadirse una disposición orientada a fijar claramente la diferencia existente entre controversias derivadas de decisiones y/o actuaciones contractuales de los reguladores y controversias derivadas del ejercicio de sus competencias administrativas otorgadas por ley. Asimismo, a dicha distinción se podría adicionar una referencia al carácter arbitrable de las controversias derivadas de decisiones y/o actuaciones contractuales de los reguladores a fin de complementar la disposición actual referida a lo inarbitrable de las decisiones que se dicten en ejecución de competencias atribuidas por norma expresa.

- Adicionalmente, a manera de propuesta de cambio, consideramos que las cláusulas arbitrales a ser incluidas en el futuro en los Contratos de Concesión de ITUP deberían omitir consignar disposiciones que no contribuyen a determinar las materias y controversias arbitrables.

En efecto, consideramos que las cláusulas arbitrales incluidas actualmente en los Contratos de Concesión supervisados por el OSITRAN contienen referencias que no ayudan a identificar las materias y controversias que pueden ser resueltas en la vía arbitral, sino que, por el contrario, hacen más denso y engorroso arribar a una conclusión al respecto, debiendo en lo sucesivo omitirse.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alayza Quiñones, M. T. (2012). *Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión*. 35–46.
- Baca Oneto, V. S. (2006). *Los medios “alternativos” de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado*. 1(2), 356–362.
- Borda, C., Juárez, J., & Sánchez, G. (2016). *Evaluación del régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público*. 97.  
[https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1519/Cesar\\_Tesis\\_maestria\\_2016.pdf?sequence=6&isAllowed=y](https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/1519/Cesar_Tesis_maestria_2016.pdf?sequence=6&isAllowed=y)
- Bullard, A. (2012). "El Estado soy Yo". Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 3, 301–367. <https://doi.org/10.36649/rea312>
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2016 *Caso Arbitral N° 2979-2014-CCL. Laudo Arbitral: 12 de octubre de 2016*
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2013 *Caso Arbitral N° 2474-2012-CCL. Laudo Arbitral: 18 de octubre de 2013*
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2021 *Caso Arbitral N° 3402-2015-CCL. Laudo Arbitral: 17 de marzo de 2021*
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2010 *Caso Arbitral N° 1688-2009-CCL. Laudo Arbitral: 12 de octubre de 2010*
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2010 *Caso Arbitral N° 1689-2009-CCL. Laudo Arbitral: 12 de octubre de 2010*
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2017 *Caso Arbitral N° 067-2016-CCL. Laudo Arbitral: 18 de octubre de 2017*
- CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
2018 *Caso Arbitral N° 075-2017-CCL. Laudo Arbitral: 12 de enero de 2018*
- Cantuarias S., F. (2004). La utilización de la vía arbitral en la solución de conflictos entre el Estado Peruano y los inversionistas. *Themis*, 48, 167–186.
- Castillo Chávez, D. (2021). *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-OSITRA* [Pontificia Universidad Católica del Perú].

[https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/21910/CASTILLO\\_CHAVEZ\\_CHRISTIAN\\_DANIEL\\_%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/21910/CASTILLO_CHAVEZ_CHRISTIAN_DANIEL_%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

CIADI

2021 *Caso CIADI N° ARB/ 17/3. Decisión sobre Competencia y Responsabilidad: 6 de julio de 2021*

CIADI

2005 *Caso CIADI N° ARB/01/8. Laudo Arbitral: 12 de mayo de 2005*

CIADI

2012 *Caso CIADI No. ARB/09/5. Laudo Arbitral: 17 de agosto de 2012*

CIADI

2006 *Caso CIADI N° ARB/03/19. Decisión sobre Jurisdicción: 3 de agosto de 2006*

CIADI

2002 *Caso CIADI N° ARB/97/3. Decisión sobre Anulación: 3 de julio de 2002*

CIADI

2014 *Caso CIADI N° ARB/10/17. Laudo Arbitral: 26 de febrero de 2014*

CIADI

2022 *Caso CIADI N° ARB/18/17. Laudo Arbitral: 30 de junio de 2022*

Escartín Escudé. (2012). *EL ARBITRAJE Y OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*. 101–163.

Freyre, M. C., & Minaya, R. S. (2019). Materias susceptibles de arbitraje. *LEX*, 23, 185–211.

García Huamán, V. (2017). El arbitraje en materia administrativa: ¿es arbitrable la interpretación contractual del OSITRAN? *Pontificia Universidad Católica Del Perú*, 26. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10153>

Huapaya Tapia, R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. *Revista de Derecho Administrativo*, 0(13), 15–32.

Quiroga León, A. (2017). La naturaleza procesal del arbitraje. *Pontificia Universidad Católica Del Perú*, 1–176.

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9141/Quiroga\\_León\\_Naturaleza\\_procesal\\_arbitraje\\_%281%29.pdf?sequence=6&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9141/Quiroga_León_Naturaleza_procesal_arbitraje_%281%29.pdf?sequence=6&isAllowed=y)

Rodríguez-Arana, J. (2008). *LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACION EN LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS*. 795–812.

Soto Coaguila, C. A. (2011). *Tratado de Derecho Arbitral* (Vol. 1).

Trayter Jiménez, J. (1997). El arbitraje de Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 143, 75–106.

