

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

TITULO: “El arbitraje en materia administrativa: ¿es arbitrable la interpretación contractual del OSITRAN?”

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Administrativo

Autor: Víctor Geancarlo García Huamán

Asesor: Juan Francisco Rojas Leo

Código de alumno: 20100394

2017

RESUMEN

El presente trabajo busca desarrollar un serio problema, indicado por la práctica legal actual, relacionado a los límites de la función de interpretación del OSITRAN bajo su Ley. Así pues, es constante que el mencionado regulador interponga una acción de incompetencia contra un Tribunal Arbitral llamado a conocer alguna controversia que resulta por la interpretación de las partes en un arbitraje en materia administrativa. En ese sentido, respondemos a la pregunta ¿un contrato administrativo puede ser sometido al arbitraje?, ¿el OSITRAN está facultado para interpretar de manera exclusiva y excluyente los contratos de concesión?, ¿es válido argumentar que la sede administrativa del OSITRAN puede excluir al arbitraje? Basamos nuestro estudio especialmente en las controversias que surgen de los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público. Luego de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico peruano, concluimos que la interpretación contractual del OSITRAN no es vinculante y puede ser perfectamente arbitrable. El Estado se encuentra habilitado, por el artículo 63 [Inversión nacional y extranjera] de la Constitución Política, a someter a la vía arbitral las controversias derivadas de los contratos que celebra con privados; asimismo, normas con menor rango como La Ley de APP o el TUO de Concesiones lo desarrollan. La función de interpretación del OSITRAN no está prevista para solucionar las disputas que puedan surgir entre el concedente y el concesionario, pues en tal caso, el procedimiento adecuado es el mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato. Asimismo, es importante tener en cuenta que el arbitraje, a diferencia de la vía administrativa del OSITRAN, ejerce función jurisdiccional.

“El arbitraje en materia administrativa: ¿es arbitrable la interpretación contractual del OSITRAN?”

1. Presentación

La práctica legal actual indica que hay un serio problema en cuanto a los límites de la función de interpretación del OSITRAN bajo su Ley. Así pues, es constante que el mencionado regulador interponga una acción de incompetencia contra el Tribunal Arbitral que es llamado a conocer alguna controversia que resulta por la interpretación de las partes en un arbitraje en materia administrativa. El OSITRAN argumenta que la ley de su creación le otorga la facultad de interpretar los títulos bajo los cuales se entrega en concesión una infraestructura y por lo tanto esta controversia debe ir por la vía administrativa, contrario a lo que un contrato de concesión señala, donde te habilita a ir a arbitraje.

Pero, de cara a los efectos prácticos que este caso tiene, debemos responder a la pregunta ¿un contrato administrativo puede ser sometido al arbitraje? ¿Qué dice nuestro marco legal al respecto? Adicionalmente, responder ¿el OSITRAN está facultado para interpretar de manera exclusiva y excluyente los contratos de concesión?, ¿es válido argumentar que la sede administrativa del OSITRAN puede excluir al arbitraje, reconocido como sede jurisdiccional en nuestra Constitución Política del Perú?

En las siguientes líneas vamos a responder a las interrogantes antes planteadas, vamos a basar nuestro análisis especialmente con relación a los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público.

2. El Arbitraje en Materia Administrativa.

La principal disyuntiva para determinar la competencia de un Tribunal Arbitral, es resolver si la materia de la cláusula en controversia es arbitrable; o si, al contrario, constituye una materia no arbitrable cuya naturaleza emana directamente del *ius imperium* del Estado. Este dilema resulta común en los arbitrajes en los que participa el Estado, pues como bien menciona Bullard, el encuentro entre el arbitraje y el Derecho Administrativo aparece como un “*contra natura*”, en el que la soberanía del

Estado y sus potestades públicas quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias.¹

Quienes reclaman el *ius imperium* como un impedimento absoluto para acceder a la vía arbitral, posiblemente tengan una concepción clásica del Estado, alimentada por doctrinas que ya han ido evolucionando para cubrir las necesidades que acompañan a la época. Para ilustrarnos mejor, en materia de servicios públicos, el Estado ha dejado de ser el prestador directo de los servicios, pasando a ser un regulador y garante de los mismos.² Nuestro país no ha sido ajeno a este cambio de paradigma y, hace más de dos décadas, el ordenamiento jurídico ha ido acondicionando los mecanismos necesarios para promover la confianza de la inversión privada.

En este contexto, el Estado encontró conveniente contratar sobre aspectos que tradicionalmente hubiéramos considerado como parte de su poder soberano. Para Bullard, este proceso ha significado la “contractualización” del Derecho Administrativo. Además, menciona que la aparición del arbitraje en el ámbito de los contratos celebrados con el Estado, denominado por algunos autores como “arbitraje administrativo”, es producto de este proceso, pues de nada sirve el reconocimiento de un derecho si no hay mecanismos confiables e independientes para hacerlo cumplir.³

El hecho que un Estado se someta a un Tribunal Arbitral no significa que renuncie a su *ius imperium*, pues, el mismo Estado es quien voluntariamente decide regular el ejercicio de su propia soberanía, al suscribir el mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato. En el Perú, la propia Constitución Política de 1993 incorpora en el último párrafo del artículo 63, una habilitación expresa para que el Estado pueda someter a la vía arbitral las controversias derivadas de sus contratos con los privados; indicando lo siguiente:

“Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

¹ BULLARD, Alfredo. “Enemigos íntimos: El Arbitraje y los contratos administrativos”. En: *Bullard, Falla & Ezcurra Abogados*, Lima, 2007, pp. 2.

² MAIRAL, Héctor. “La Ideología del Servicio Público”. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1993, número 14, pp. 435.

³ BULLARD, Alfredo. Óp. Cit., pp. 2, 9 y 13.

(...)

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

La Constitución es clara y, por lo tanto, sería inviable creer que solo lo civil es arbitrable. Es necesario mencionar que la norma constitucional no diferencia en función de la naturaleza de los contratos, ni si se trata de materia disponible o no; la única exigencia está en “*la forma que disponga la ley*”.⁴ Teniendo en cuenta ello, son las leyes las encargadas de establecer los parámetros del llamado arbitraje administrativo, dando el contenido necesario a lo que dispone la constitución. En ese sentido, antes de examinar cuál es, en efecto, la materia de la cláusula en controversia, es necesario estudiar este marco legal del arbitraje.

Para empezar, el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 1071 que norma el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje”)⁵ precisa lo siguiente:

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. *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.*
2. (...)”

Sin perjuicio de un análisis más profundo en los siguientes párrafos, debemos adelantar que esta norma hace la distinción entre aquellas materias que tradicionalmente, por decirlo de algún modo, son de libre disposición, y las que lo son por habilitación legal.⁶ Este último supuesto es el caso de los contratos de concesión de infraestructura, como al que nos referimos en el presente informe. La mencionada

⁴ QUIÑONES, María Teresa. “Arbitraje, *Ius Imperium* y Contratos de Concesión”. *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Lima: Palestra Editores, 2012, número 2, pp. 237.

⁵ De fecha 28 de junio de 2008.

⁶ QUIÑONES, María Teresa. Óp. Cit., pp. 238.

habilitación legal proviene del artículo 17 del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras de infraestructura y de servicios públicos (en adelante, “TUO de Concesiones”)⁷, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 17.-

(...)

El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú (...).”

De forma preliminar, debemos recalcar que esta norma es la que, de manera puntual, habilita al Estado a someter a la vía arbitral las controversias de carácter patrimonial. Es importante mencionar que el TUO de Concesiones fue el marco legal vigente al momento de celebrar el Contrato. Cabe precisar también, que los actuales contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos se celebran en el marco del Decreto Legislativo No. 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, “Ley de APP”)⁸. Respecto al arbitraje, la Ley de APP es más amplia que el TUO de Concesiones, pues elimina de sus líneas la precisión de “carácter patrimonial”, indicando lo siguiente:

“Artículo 23.- Solución de Controversias

23.1 Los contratos de Asociación Público Privada deben incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. (...)”

⁷ De fecha 27 de diciembre de 1996.

⁸ De fecha 25 de setiembre de 2015. Modificado por el Decreto Legislativo No. 1251, de fecha 30 de noviembre de 2016.

A su vez, el artículo 80 del reglamento de la Ley de APP, aprobado por Decreto Supremo No. 410-2015-EF⁹, dispone lo siguiente:

“Artículo 80.- Cláusulas arbitrales

(...)

a) *Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo No 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. b)*

(...)”

Como podemos apreciar, la Ley de APP establece que los contratos de concesión bajo su ámbito deben contar una cláusula arbitral de manera obligatoria y, a su vez, el reglamento nos remite a la Ley de Arbitraje. Llegados a este punto, es necesario realizar una interpretación sistemática del marco legal y constitucional aplicable a las controversias derivadas de los contratos celebrados con el Estado. Hecho este análisis, podremos avanzar de manera puntual hacia el estudio de la materia en cuestión.

Como mencionamos anteriormente, la habilitación constitucional para arbitrar, prevista en el artículo 63 de la Constitución, recibe su contenido de la legislación antes citada. En primer término, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje precisa que son susceptibles de arbitraje “*las materias de libre disposición conforme a derecho*”. Entendemos que, en principio, las “materias de libre disposición” a las que se refiere el artículo 23 están referidas a aquellas materias sobre las que los privados, en pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad, pueden convenir. Sin embargo, cuando una de las partes es el Estado, la libre disposición no puede entenderse con la misma lógica, pues en principio no tienen el mismo sentido para afirmar la “autonomía de la voluntad” de sus decisiones.¹⁰

⁹ De fecha 27 de diciembre de 2015. Modificado por el Decreto Supremo No. 068-2017-EF, de fecha 28 de marzo de 2017.

¹⁰ MARTIN, Richard. “La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de Terceros en el Arbitraje Administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo (CDA)*. Lima, 2012, número 11, pp. 167-168. Para el autor, estas materias de libre disposición entre privados a las que nos referimos son “*aquellas que no afectan*

Inmediatamente, la misma oración precisa que la libre disposición debe ser entendida “conforme a derecho”. Matheus López expone que ello implica, de algún modo, que el análisis de la disponibilidad sea un tema que no puede ser abordado íntegramente con la Ley de Arbitraje, sino que necesariamente requiere remitirse al ordenamiento jurídico en su conjunto.¹¹ Esta afirmación tiene mucho sentido, teniendo en cuenta las siguientes líneas del referido artículo.

A continuación, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje precisa que también serán susceptibles de arbitraje “*aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*”. Como acertadamente exponen Castillo, Vásquez y Sabroso, no existe lo no arbitrable por naturaleza, sino que todo derecho puede ser materia de arbitraje, en tanto una norma jurídica establezca su carácter de libre disposición.¹²

Nuestra interpretación de esta segunda parte del artículo es respaldada por esta afirmación, pues a nuestro entender, la Ley de Arbitraje decreta que una ley puede otorgarle el carácter de libre disposición a una materia que, en principio, no lo tiene. Este sería el caso del TUO de Concesiones, el cual expresamente habilita al Estado a someter a arbitraje las controversias de carácter patrimonial¹³, derivadas de los contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos.

Vale la pena mencionar, que el caso de la Ley de APP es más amplio, pues elimina el “carácter patrimonial” y nos deriva directamente al artículo 2 de la Ley de Arbitraje.

derechos fundamentales y recaen sobre derechos patrimoniales y las que no se encuentran restringidas por normas de derechos público”.

¹¹ MATHEUS, Julio César. “La impugnación de la validez del laudo arbitral por afectación de su ámbito objetivo de aplicación: El supuesto de anulación del laudo que resuelve respecto de materias que no son susceptibles de arbitraje en el Decreto Legislativo No. 1071”. *Revista de Actualidad Jurídica*. Lima, 2008, número 177, pp. 56.

¹² CASTILLO, Mario, Ricardo VÁSQUEZ y Rita Sabroso. “Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?”. *Revista de Actualidad Jurídica*. Lima, 2008, número 177, pp. 35.

¹³ Para Martín Tirado, la patrimonialidad es un asunto que “*no tiene límites claros, en la medida que todo puede ser susceptible de valorización económica. Sin embargo, no todo es disponible y una de estas materias no disponibles está conformada por el ius imperium del Estado, cuyos bordes, lamentablemente tampoco son claros*”. Al respecto, debemos entender que el análisis que se haga va a depender del caso concreto y cómo se plantee la pretensión. En: MARTÍN, Richard. *Óp. Cit.*, pp. 173.

Tenemos la impresión, que la Ley de APP habilita a las partes a arbitrar cualquier tipo de materia que se encuentre pactada en el contrato administrativo, sin un parámetro establecido. No obstante, seremos conservadores respecto a esta afirmación y nos enfocaremos, únicamente, en el supuesto concreto que incumbe a este informe.

En definitiva, de la interpretación sistemática de estas normas, podemos exponer con total confianza que el concepto de libre disposición admite el contenido de un contrato administrativo como materia perfectamente arbitrable. El artículo 2 de la Ley de Arbitraje es el camino por el que homologamos las materias de libre disposición, que ejercen los particulares, con las materias sujetas a contratación administrativa en el campo estatal.¹⁴

3. La Función de Interpretación del OSITRAN.

La función de interpretación del referido regulador ha sido expresamente otorgada en virtud del artículo 7 de la Ley del OSITRAN, que dispone lo siguiente:

“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 Público¹⁵, conforme a lo siguiente:

“Artículo 29.- Interpretación de los Contrato de Concesión

¹⁴ MARAVÍ, Milagros. “¿Son Arbitrables las Decisiones de los Organismos Reguladores?”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, 2011, número 36, pp. 54. Cita extraída de SANTIESTEVA, Jorge. “El Arbitraje con el estado en la Nueva Ley Arbitral del Perú (DL 1071) y en el Régimen Especial de Contratación con el Estado (DL 1017)”.

¹⁵ De fecha 27 de julio de 2006. Modificado por Decreto Supremo No. 114-2013-PCM, de fecha 18 de octubre de 2013.

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.”¹⁶

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 organismo. 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 No. 557-154-04-CD-OSITRAN¹⁷; el 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 No. 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. (...)”

Indiscutiblemente, el marco legal del OSITRAN lo faculta para interpretar los contratos de concesión, sin embargo, el problema surge porque estas disposiciones legales no establecen sus alcances. A nuestro entender, esto ha motivado a que esta función de interpretación sea desvirtuada y extendida por el propio organismo

¹⁶ Vale mencionar que, al momento de iniciar el proceso arbitral, la función de interpretación del OSITRAN solo estaba normada en su ley, pues la modificación al reglamento, que incluye el artículo 29 antes referido, fue publicada, de manera coincidente, el mismo día que el Tribunal Arbitral laudó la controversia.

¹⁷ De fecha 17 de noviembre de 2004.

regulador, pues intenta encauzar su ejercicio como un mecanismo de solución de controversias, cuando no está pensada para ello. En definitiva, una vez que surge una disputa, es claro que las pautas que se deben seguir son las pactadas por las partes en el contenido del contrato de concesión.

De manera muy acertada, Martin Tirado expone que la función de interpretación del OSITRAN se materializa de dos formas: (i) en primer lugar, emitiendo opiniones en el marco de la ejecución del contrato de concesión; y, (ii) en segundo lugar, emitiendo “opiniones previas”¹⁸ de manera excepcional, donde la ley así lo faculta.¹⁹ Este primer aspecto es el que genera confusión, principalmente en el regulador.

El OSITRAN debe tener claro que su atribución normativa no está prevista para solucionar las disputas que puedan surgir entre un concesionario y el concedente, sino para la etapa de ejecución contractual. En ese sentido, su interpretación se circunscribe únicamente a una aclaración o explicación sobre el sentido que puede tener un contrato, por ejemplo, cuando surgen dudas respecto de la forma en la que está redactado, o cuando nuevas disposiciones legales las generen.

Por tanto, cuando se genera una controversia ya no estamos en el marco de las atribuciones normativas del OSITRAN. La generalidad de los contratos de concesión del sector transportes, contempla el consentimiento de ambas partes para que en primer término sean ellas mismas quienes, vía trato directo, acuerden la interpretación del mismo.²⁰ Es decir, se ha convenido expresamente que, ante cualquier conflicto con relevancia jurídica, los primeros en interpretar el Contrato e

¹⁸ Un ejemplo de opinión previa, en la etapa de ejecución contractual, es la que OSITRAN emite antes de cualquier modificación al Contrato, en virtud la Ley de APP y su reglamento. Así pues, el artículo 57 del Título VI [*Modificaciones Contractuales*] del reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 57.- Opiniones Previas

57.1 En base a la información proporcionada (...) solicita la opinión no vinculante del organismo regulador respectivo en los proyectos bajo su competencia.”

¹⁹ MARTIN, Richard. “El Arbitraje”. Ponencia presentada en el curso *Medios Procesales para la Tutela de los Administrados*. Loc. Cit.

²⁰ MENCHOLA, Muriel y Mery CHAMORRO. “Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, 2015, número 45, pp. 98-100.

intentar resolver el problema son las propias partes signatarias y, al no llegar a un acuerdo, es que estas acuden a la vía arbitral.

Llegados este punto, será preciso referirnos al fundamento jurisdiccional que, sin duda, es un argumento muy sólido para rebatir las pretensiones del OSITRAN al considerar que su interpretación es vinculante. El numeral 1 del artículo 139 de nuestra Constitución Política²¹ establece que no existe otra jurisdicción diferente de la judicial, militar o arbitral. Esto significa que, por mandato directamente constitucional, el arbitraje ejerce función jurisdiccional en el Perú²², lo cual conduce al Tribunal Arbitral a un nivel superior, en el cual tiene completa prioridad e independencia sobre lo que pueda decir un órgano administrativo como el Consejo Directivo del OSITRAN.

Al respecto, es importante indicar que el Tribunal Constitucional ha convalidado lo que hasta el momento hemos afirmado sobre la jurisdicción arbitral. Así pues, el fundamento 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional que recae sobre el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC²³, cuyo contenido es expresamente declarado como precedente vinculante, indica lo siguiente:

“14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con

²¹ Artículo 139, sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional, indica lo siguiente:

“1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.”

²² Cabe indicar que la función jurisdiccional del arbitraje es cuestionada por algunos autores, pues consideran que carece de las facultades necesarias para ejecutar sus laudos. En el Perú, la ejecución de los laudos arbitrales se encuentra a cargo del Poder Judicial. Así lo establece el artículo 8 inciso 3 de la Ley de Arbitraje, el cual indica lo siguiente:

“3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez sub especializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.”

Al respecto, Fernando Cantuarias expone que algunas personas afirman que los árbitros deberían gozar de las más amplias facultades para ejecutar sus laudos, inclusive con el apoyo de la fuerza pública. Sin embargo, a su entender, ello sería inviable y hasta peligroso, pues cualquier persona nombrada como árbitro podría recurrir a esta fuerza y cometer arbitrariedades. En: CANTUARIAS, Fernando. “Ejecución de Laudos Arbitrales en el Perú”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, número 25, pp. 210.

²³ De fecha 28 de febrero de 2006.

independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.”

Por lo tanto, debemos entender que solo un juez o un árbitro pueden interpretar un contrato con efectos vinculantes, nunca un órgano administrativo, como pretende el MINISTERIO.²⁴ Sin embargo, lo cierto es que no podemos impedir que el OSITRAN interprete un Contrato, si así decidiera hacerlo; pero, para los concesionarios esta interpretación no será vinculante, pues no hay fundamento legal para ello.

Para terminar, debemos objetar el fundamento de MINISTERIO, referido a la vía del proceso contencioso administrativo. La cuestión es más sencilla si tenemos en cuenta todos los conceptos estudiados hasta este punto; y, además, lo establecido en el inciso 5 del artículo 4 de la Ley No. 27584²⁵, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, cuyo texto señala lo siguiente:

“Artículo 4.- Actuaciones impugnables

(...)

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

(...)

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.”

²⁴ CAMPOS, Alexander. “El Arbitraje y su Impacto en el Desarrollo de la Infraestructura Pública en el Perú”. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007: Primera Parte*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 399.

²⁵ De fecha 07 de diciembre de 2001. Modificado por decreto Legislativo No. 1067, de fecha 27 de junio de 2008.

Como podemos comprobar, la propia Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo indica que, al decidir someter una controversia a la vía arbitral, esta se encontrará exceptuada de acudir al control judicial. En ese sentido, si se pacta una cláusula arbitral u otro mecanismo de solución de controversias en un contrato celebrado con el Estado, lo relativo a la interpretación de dicho contrato deberá ser impugnado por la vía arbitral y no a través del proceso contencioso administrativo.²⁶ No cabe duda, que la obligación de llevar la controversia de nuestro caso a la vía administrativa, y posteriormente al contencioso administrativo, no tiene ningún asidero jurídico.

De lo expuesto, podemos afirmar que el arbitraje es preferido, no solo por los concesionarios que invierten en nuestro país, sino también por el propio Estado. Esto es así, pues este mecanismo de solución de controversias reduce de muchas formas los costos asociados al desarrollo de la infraestructura (a) reduciendo el riesgo legal e incentivando a que los inversionistas participen; (b) haciendo que los costos de transacción sean menores; (c) haciendo más eficiente la resolución de controversias; entre otros.²⁷

4. Conclusiones

Finalmente, como hemos podido demostrar, la interpretación contractual del OSITRAN no es vinculante y puede ser perfectamente arbitrable. Respecto del primer problema planteado, hemos determinado que el Tribunal Arbitral, efectivamente, era competente para conocer la controversia de interpretación. La importancia de definir de manera clara los conceptos que hemos expuesto, recae en que el arbitraje administrativo, como mecanismo de solución de controversias, reduce los costos de un proyecto, reduce el riesgo legal, aporta al desarrollo de la infraestructura y, por lo tanto, a la reducción de la brecha que existe en nuestro país.

Del estudio del marco legal del arbitraje, identificamos que el Estado se encuentra habilitado, por el artículo 63 [Inversión nacional y extranjera] de la Constitución Política, a someter a la vía arbitral las controversias derivadas de los contratos que

²⁶ MANAYALLE, Alejandro. "El Arbitraje en las Concesiones: ¿Un mecanismo sin contenido?". *Revista de Economía y Derecho*. Lima, 2006, pp. 76.

²⁷ CAMPOS, Alexander. *Óp. Cit.*, 362-363.

celebra con privados. En rigor, el artículo 2 [Materias susceptibles de arbitraje] de la Ley de Arbitraje es la norma que precisa que son arbitrables únicamente las materias de libre disposición, y aquellas autorizadas por ley.

La disposición legal que autoriza a someter a arbitraje las controversias derivadas de un contrato de concesión es el artículo 17 del TUO de Concesiones; en otras palabras, este nos habilita a homologar las materias sujetas a contratación administrativa con las de libre disposición. Es así que la interpretación sistemática de estas normas nos permite definir que las controversias con carácter patrimonial, que surjan entre las partes de un contrato de concesión, son perfectamente arbitrables.

Actualmente, el artículo 23 [Solución de Controversias] de la Ley de APP, incluyendo el artículo 80 [Cláusulas arbitrales] de su reglamento, es la disposición legal vigente que autoriza a los contratos administrativos a someterse a arbitraje. No obstante, cabe mencionar que esta habilitación es mucho más amplia que la del TUO de Concesiones, pues elimina toda referencia al “carácter patrimonial” que disponía. En ese sentido, tenemos la impresión que la Ley de APP habilita a las partes a arbitrar cualquier tipo de diferencia, sin importar su naturaleza, siempre que guarde relación con las obligaciones del contrato.

Por otro lado, el artículo 7 [Funciones] de la Ley del OSITRAN al que nos referimos en un párrafo anterior, faculta el regulador a ejercer una función de interpretación. Debemos entender que esta atribución no está prevista para solucionar las disputas que puedan surgir entre el concedente y el concesionario, pues en tal caso, el procedimiento adecuado es el mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato. En ese sentido, dicha función se circunscribe, en primer lugar, a la emisión de opiniones en el marco de la ejecución contractual y, en segundo lugar, a la emisión de “opiniones previas” donde la ley lo faculta.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el arbitraje, a diferencia de la vía administrativa del OSITRAN, ejerce función jurisdiccional. Así pues, el Tribunal Arbitral tiene completa prioridad e independencia sobre lo que pueda decir un órgano administrativo como el Consejo Directivo del OSITRAN. Debemos entender que solo

un juez o un árbitro pueden interpretar el Contrato con efectos vinculantes, nunca un órgano administrativo.

Se debe agregar que la exigencia de acudir a la vía del Proceso Contencioso Administrativo es un fundamento descartado. El artículo 4 [Actuaciones Impugnables] inciso 5 de la Ley No. 27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece que las interpretaciones de los contratos de la administración pública son impugnables, con excepción de los casos en los que se decida someter a conciliación o arbitraje la controversia. Se infiere que las partes pueden, igualmente, decidir acudir a la vía del Proceso Contencioso Administrativo; sin embargo, esta es una opción mas no una exigencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, Gaspar
1968 "El contenido de la relación contractual: sus principios informadores". *Documentación Administrativa*. Madrid. Número 121. Pp. 25-59.
- BULLARD, Alfredo
2007 "Enemigos íntimos: El Arbitraje y los contratos administrativos". En: *Bullard, Falla & Ezcurra Abogados*. Lima. Consulta: 1 de junio de 2017.
< <http://www.bullardabogados.pe/publications/?s=enemigos> >
- CAMPOS, Alexander
2008 "El Arbitraje y su Impacto en el Desarrollo de la Infraestructura Pública en el Perú". *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007: Primera Parte*. Lima: Palestra Editores. Pp. 355-400.
- CANTUARIAS, Fernando
2005 "Ejecución de Laudos Arbitrales en el Perú". *Revista Derecho & Sociedad*. Lima. Número 25. Pp. 209-214.
- CASSAGNE, Juan Carlos
2009 *El Contrato Administrativo*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CASTILLO, Mario y Rita SABROSO
2009 *El Arbitraje en la Contratación Pública. Volumen 7*. Lima: Palestra Editores.
- CASTILLO, Mario, Ricardo VÁSQUEZ y Rita SABROSO

2008 “Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?”. *Revista de Actualidad Jurídica*. Lima. Número 177. Pp. 31-35.

CORNEJO, René

2006 “Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público”. *Themis – Revista de Derecho*. Lima. Número 52. Pp. 211-229.

HUAPAYA, Ramón

2013 “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la Inversión Privada en el Perú)”. *Revista Ius Et Veritas*. Lima. Número 46. Pp. 284-329.

LINARES, Mario

2006 “El Contrato Administrativo en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo (CDA)*. Lima. Número 1. Pp. 285-308.

2013 *Contratación Pública: Derecho Local, Internacional y de la Integración*. Segunda Edición. Lima: Linares Consultores.

MANAYALLE, Alejandro

2006 “El Arbitraje en las Concesiones: ¿Un mecanismo sin contenido?”. *Revista de Economía y Derecho*. Lima. Número 12. Pp. 69-80.

MARAVÍ, Milagros

2011 “¿Son Arbitrables las Decisiones de los Organismos Reguladores?”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima. Número 36. Pp. 53-57.

MARTIN, Richard

2012 “La extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de Terceros en el Arbitraje Administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo (CDA)*. Lima. Número 11. Pp. 155-180.

2017 “El Arbitraje”. Ponencia presentada en el curso *Medios Procesales para la Tutela de los Administrados*. Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 14 de junio.

MORÓN, Juan Carlos y Zita AGUILERA

2017 *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NUÑEZ, Carlos

2016 "Arbitraje en Concesiones de Infraestructura". *Revista de Derecho Administrativo (CDA)*. Lima. Número 16. Pp. 407-113.

QUIÑONES, María teresa

2012 "Arbitraje, *Ius Imperium* y Contratos de Concesión". *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*. Lima: Palestra Editores. Número 2. Pp. 235-248.

TORNOS, Joaquín

1995 "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos". *Revista de Administración Pública*. Barcelona. Número 136. Pp. 149-177.

