

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

El procedimiento administrativo de interpretación: Una guía  
frente a las inconsistencias del regulador.

Trabajo académico para optar por el Título de Segunda  
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

***Diego Claudio Alarcón Ospina***

Asesor(es):

***Lenin William Mayorga Elias***

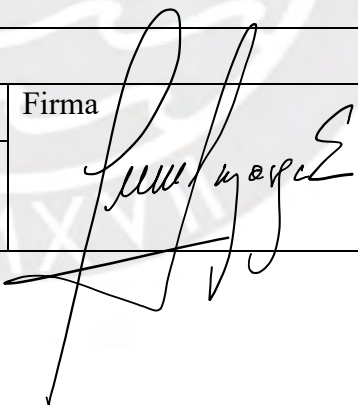
Lima, 2022

## Declaración jurada de autenticidad

Yo, Lenin William Mayorga Elias, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “El procedimiento administrativo de interpretación: Una guía frente a las inconsistencias del regulador” del autor Diego Claudio Alarcón Ospina, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 16%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de febrero de 2023

Mayorga Elias, Lenin William	
DNI: 44109914	Firma 
ORCID	
<a href="https://orcid.org/0000-0003-1637-8318">https://orcid.org/0000-0003-1637-8318</a>	

## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación busca otorgar una guía jurídica de los aspectos sustanciales y procedimentales implicados en el procedimiento de interpretación a cargo del OSITRAN en el ámbito de los contratos de concesión bajo su competencia, y además, exponer una serie de problemáticas que se han identificado a lo largo del tiempo en el desarrollo normativo y práctico de este procedimiento. Para poder conseguir esto se realiza un minucioso estudio del marco normativo del procedimiento de interpretación y de cada uno de sus elementos que en conjunto componen a su estructura jurídica, además, también se acudirá al análisis de precedentes administrativos y de otras resoluciones emitidas por el regulador. En este sentido, mediante el estudio de la Ley N° 26917, el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, los Lineamientos aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, la Ley del Procedimiento Administrativo General, y múltiples resoluciones emitidas por el OSITRAN se construye de la manera más clara posible la composición jurídica del procedimiento de interpretación. En esta se han podido identificar una serie de complicaciones que se pueden clasificar en dos planos de estudio, uno sustancial, y el otro, procedimental. Entre estas complicaciones se encuentran la forma jurídicamente válida de inicio del procedimiento, los límites a su desarrollo procedimental, el alcance de las resoluciones y los efectos de las mismas en relación a las partes involucradas.

## **Palabras clave**

OSITRAN, procedimiento, interpretación, concesión y arbitraje

## **ABSTRACT**

The article seeks to provide a legal guide regarding material and procedural aspects involved in the interpretation procedure performed by OSITRAN in concession contracts matter under its competence, and, also, expose multiple problems that have been identified over time in the regulatory and practical development of this procedure. To achieve this, it has been made a meticulous study of the interpretation procedure regulatory framework and every one of its elements that together compose its legal structure, and also, an analysis of administrative precedents and previous resolutions issued by the regulator will also be used. In this order, through the study of Ley N° 26917, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Lineamientos approved by Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, Ley del Procedimiento Administrativo General and multiple resolutions issued by OSITRAN, the legal composition of the interpretation procedure is constructed as clearly as possible. Have been identified multiple complications that can be classified into two levels of study, one material, and the other, procedural. Some of these complications are the legally valid way to initiate the procedure, the limits to its procedural development, the resolution's range of effect and their effects on the parties involved.

## **Keywords**

OSITRAN, procedure, interpretation, concession y arbitration

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN .....	5
II.	SECCION I: El Procedimiento de Interpretación Contractual .....	6
2.1	<b>La prerrogativa de interpretación</b> .....	6
2.2	<b>Definición y marco normativo</b> .....	11
2.2.1	<b>Marco General</b> .....	11
2.2.2	<b>Los Lineamientos de interpretación</b> .....	13
2.2.3	<b>El proyecto de lineamientos del 2011</b> .....	16
2.2.4	<b>El proyecto de directiva para la interpretación de contratos de APP</b> .....	20
III.	SECCION II: Complicaciones normativas del procedimiento .....	21
3.1	<b>Plano procedimental</b> .....	22
3.1.1	<b>La Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN</b> .....	22
3.1.2	<b>Etapas y límites a la aplicación de los Lineamientos</b> .....	26
3.2	<b>Plano sustantivo</b> .....	28
3.2.1	<b>El alcance de las resoluciones de improcedencia</b> .....	28
3.2.2	<b>Fin del procedimiento: ¿Contencioso administrativo o arbitraje?</b> .....	31
IV.	CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....	33
V.	BIBLIOGRAFÍA .....	34

## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo académico realiza un análisis detallado del marco regulatorio de uno de los procedimientos administrativos más peculiares, y menos estudiados por la doctrina, del ordenamiento jurídico peruano: El procedimiento de interpretación unilateral contractual. Este procedimiento tuvo su génesis al mismo tiempo que el OSITRAN, ya que se le determinó como una de sus funciones principales en el marco de la ejecución de los contratos de concesión que estaban por desarrollarse en los años noventa en dicho sector luego de todas las reformas de nuestro sistema económico y jurídico.

Es de resaltar que este procedimiento no fue un invento nuestro, sino que su origen se encuentra en las prerrogativas o cláusulas exorbitantes, que, nos enseñan las escuelas clásicas del Derecho Administrativo, existen en una relación contractual entre la Administración y los privados. Aunque, como resulta usual, cualquier inserción jurídica en nuestro ordenamiento siempre ha venido con ciertos matices, y el procedimiento de interpretación no ha sido la excepción, ya que, como veremos más adelante, un elemento bastante particular del ordenamiento peruano es que es el organismo regulador quien ostenta el ejercicio la prerrogativa de interpretación unilateral, y no la entidad contratante.

Lo que buscamos en las siguientes líneas, además de exponer y resumir en un mismo texto todo el contenido técnico jurídico vinculado al procedimiento, de modo que pueda servir como una guía para estudiantes y juristas, es también identificar una serie de falencias en la estructura normativa del procedimiento que podrían generar una serie de problemas a los administrados en la práctica. Es importante mencionar que estas falencias serán generadas, en algunos casos, por una técnica legislativa pobre e incompleta; y en otros, por un actuar poco apegado a los principios básicos del Derecho por parte del organismo regulador.

## **II. SECCION I: El Procedimiento de Interpretación Contractual**

### **2.1 La prerrogativa de interpretación**

Para poder comprender a detalle la naturaleza y funcionamiento del procedimiento de interpretación contractual competencia del OSITRAN es necesario en primer lugar analizar sus fundamentos jurídico teóricos, los cuáles se concentran principalmente en la Prerrogativa de Interpretación Unilateral que tiene el Estado en el marco de un contrato de concesión como contrato administrativo. Para esto es necesario comenzar mencionando que la naturaleza del contrato administrativo parte de una inequidad en las partes contractuales, teniendo el Estado una posición privilegiada en la relación contractual, por ser, valga la redundancia, el Estado y por ende actuar en orden a lo que el interés público demande.

En esta línea, García de Enterría comenta que la prerrogativa más importante con la que cuenta la Administración, en el marco de una relación contractual, es aquella vinculada a la decisión unilateral y ejecutoria, que consiste efectivamente en un privilegio, ya que, en razón de esta, la Administración es capaz de decidir ejecutoriamente sobre aspectos como la validez del contrato o su interpretación (1963, p. 122). Ciertamente la prerrogativa más grande que posee la Administración en sus relaciones contractuales es el poder actuar unilateralmente en ciertos aspectos clave de la ejecución del contrato, lo que en la teoría permite dividir a esta “prerrogativa macro” en muchas otras.

Al respecto se sabe entonces que el Estado tiene la capacidad de poder ejercer o activar, no solo una prerrogativa, sino determinadas “prerrogativas exorbitantes” o “cláusulas exorbitantes” durante la ejecución del contrato. En relación a esto conviene hacer la aclaración que ambos conceptos no son lo mismo, sino que, de acuerdo a Huapaya, las prerrogativas exorbitantes son determinadas por el ordenamiento jurídico, mientras que las cláusulas exorbitantes deben ser pactadas de manera expresa en un contrato, por lo que la aplicación de las primeras en un contrato



administrativo se puede llevar a cabo independientemente de si existe o no un pacto formal contractual, algo que no puede ocurrir en el caso de las segundas en tanto forman parte de un acuerdo, o más bien una imposición concreta a la contraparte. (2013, p. 46). Teniendo en consideración esto, vale resaltar que, como veremos más adelante, la interpretación unilateral del contrato de concesión que realiza el OSITRAN es determinada por el ordenamiento jurídico peruano mediante una norma de rango legal, por lo que al hablar de esta nos estamos refiriendo realmente a una prerrogativa exorbitante, y no a una cláusula exorbitante que deba pactarse previamente.

Ahora bien, la interpretación unilateral no es la única prerrogativa exorbitante con la que puede contar la Administración en el marco de la ejecución de sus contratos administrativos, sino que, como mencionamos, existen muchas otras de las cuáles las más relevantes son:

- Terminación unilateral
- Modificación unilateral
- Aplicación de penalidades
- Dirección y control
- Interpretación unilateral

Lo que resulta importante de anotar una serie de ejemplos de lo que pueden ser las prerrogativas exorbitantes de la Administración es hallar su fundamento en común: El interés general. Ciertamente cada prerrogativa tutela a este interés de maneras distintas, siendo que para el caso de la prerrogativa exorbitante de interpretación unilateral del contrato su justificación “[...] se encuentra en no causar un perjuicio al interés público por la demora que podría suponer la suspensión de la obra o del servicio público o del suministro para resolver problemas de interpretación.” (Meilán Gil, 2013, p. 38). Por lo que se podría decir que lo que el Estado busca mediante el ejercicio de esta prerrogativa es evitar retrasos que pudieran dañar a la ejecución del contrato, o incluso inutilizarlo; y además que las partes detengan sus prestaciones a causa de un contenido contractual ambiguo, oscuro o poco claro.

Partiendo de lo anterior, antes de aterrizar en el ordenamiento peruano, resulta pertinente abordar brevemente una experiencia comparada: El ordenamiento



español. En el país europeo actualmente esta prerrogativa de interpretación viene definida en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público<sup>1</sup>

Esta prerrogativa es mencionada en el artículo 190° de la ley, estableciendo que es una de las prerrogativas que ostenta el “órgano de contratación”<sup>2</sup> en materia de contratos administrativos. La normativa mencionada incluye también algunos aspectos de un procedimiento propio para el ejercicio de cualquiera de las prerrogativas que posea el órgano de contratación en el artículo 191°, siendo algunas de sus características las siguientes:

- La existencia de una audiencia al contratista, previa a la interpretación a ser realizada por el órgano de contratación.
- La necesidad de un dictamen previo del Consejo de Estado en caso el contratista se oponga a la interpretación realizada.
- La interpretación realizada por el órgano de contratación le pone fin a la vía administrativa

Respecto a la manera en la que se interpreta al contrato administrativo en este ordenamiento hay que resaltar que confluyen tanto el derecho administrativo como el derecho civil, o común. El jurista español Lavilla Alsina opina en el sentido de que en la interpretación de un contrato administrativo existen el “qué” se interpreta y el “cómo” se interpreta, siendo que lo primero es el contrato administrativo per se, por lo que las reglas a ser aplicadas son precisamente las derecho administrativo, siendo solo de aplicación supletoria las del derecho común; mientras que en el “cómo” se deben aplicar directamente las reglas del derecho común, en tanto estas determinan los criterios bajos los cuáles debe interpretarse un contrato. (1967, pp. 14-15). Y es que justamente lo comentado por el autor va en relación al sentido mismo de lo que involucra un contrato administrativo, ya que, si bien es cierto, forma parte principalmente del derecho administrativo, es innegable que su naturaleza contractual no le exime de ciertas reglas del derecho civil o común. Algunas de estas reglas, que

---

<sup>1</sup> Mediante la cual se trasladan las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE al ordenamiento jurídico español.

<sup>2</sup> Definido en artículo 61° como el órgano unipersonal o colegiado que, en virtud de una norma legal, reglamentaria o disposición estatutaria puede celebrar contratos en representación de las entidades del sector público.

se aplican tanto al régimen civil como al administrativo son las de interpretación contractual.<sup>3</sup>

En concreto, es importante resaltar entonces que en el ordenamiento español la prerrogativa es ejercida por la entidad contratante, y no por un tercero parte de la Administración; que posee un procedimiento con elementos propios de su organización administrativa; y que, además, la interpretación se realiza aplicando criterios del derecho civil. Como veremos a continuación, aunque puedan existir muchas similitudes con el régimen peruano, lo cierto es que el procedimiento de interpretación tendrá una naturaleza totalmente distinta al del ordenamiento español, básicamente porque este no posee a un organismo regulador como única entidad facultada para el ejercicio de la prerrogativa de interpretación.

Con esto, podemos ahora aterrizar en el ordenamiento peruano respecto a esta prerrogativa para abordar a las características más notorias de nuestro régimen: Que solo existe en un sector específico, que es ejercida por un organismo regulador y que se materializa a través de un procedimiento administrativo.

El hecho de que sea el organismo regulador OSITRAN quien ostente esta prerrogativa es un hecho cuanto menos curioso, que genera una serie de complicaciones a la fase de ejecución de los contratos de concesión. En este sentido también opina Huapaya al mencionar que “[...] el ejercicio por el Organismo Regulador de esta facultad de interpretación, que debería ser una típica del Estado concedente (y no del Regulador), trae un sinnúmero de problemas para la ejecución de las cláusulas de solución de controversias [...]”. (2013, p. 294). Tal y como comenta el autor es importante resaltar esta particularidad de nuestro ordenamiento, ya que actualmente no solo genera problemas frente a las cláusulas de solución de controversias, sino que también implica que la prerrogativa no siempre responda al interés público respecto al cual la entidad concedente firmó el contrato de concesión, sino que termina respondiendo a

---

<sup>3</sup> Conviene resaltar que en el ordenamiento peruano funciona el mismo sistema, es decir, la interpretación del contrato de concesión debe ser realizada en función de los criterios de interpretación que existen en nuestro Código Civil. Esto se sustenta tanto por el contenido teórico descrito como por la falta de existencia de un régimen administrativo que determine métodos de interpretación especiales para los contratos de concesión.

una serie de factores externos que termina definiendo el Consejo Directivo del OSITRAN.

Nosotros somos también de la postura de considerar que esta prerrogativa debería ser realmente ostentada por las entidades concedentes, y no por un regulador, algo que simplificaría mucho su ejercicio, ya que de la manera en cómo se ejercita hoy en día se puede incluso terminar judicializando a la interpretación contractual, dado que al materializarse a través de un procedimiento administrativo la resolución final puede ser impugnada y llevada a un proceso contencioso administrativo, algo que resulta tan desalentador tanto para el Estado como para el privado, dados los extensos plazos a los cuáles se ven sometidos la gran mayoría de procesos judiciales, sin contar con el potencial riesgo de que la controversia se vea involucrada en un caso de corrupción.

Además no es posible obtener información oficial, como una exposición de motivos, en la cual se explique, en términos técnico jurídicos, este diseño normativo, por lo que nos vemos forzados a ensayar una serie de posibles razones de por qué se le atribuyó al regulador esta prerrogativa: El hecho de que el sector de transportes y comunicaciones sea el que mayor brecha de infraestructura siempre ha tenido, incluso hasta el día de hoy<sup>4</sup>, vuelve al sector como el que mantiene un mayor número de potenciales proyectos de concesión en desarrollo, lo que naturalmente lo vuelve de especial cuidado para el Estado; y la necesidad de contar con un tercero imparcial que pueda dirimir sobre una materia “técnica” con la finalidad de impedir una aplicación desmedida y poco razonable de la entidad concedente, lo que además se intuye también de la regulación de esta prerrogativa como procedimiento administrativo, ya que de esta manera se deben cumplir una serie de principios, garantías y reglas que favorecen a los derechos del administrado.

Lo comentado hasta este punto es apenas la punta del iceberg en cuanto a los problemas que tiene el ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato de concesión en nuestro ordenamiento, motivo principal para la redacción de

---

<sup>4</sup> De acuerdo a Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (2019) el sector Transporte es el que ocupa el primer lugar tanto en las brechas de infraestructura a corto plazo (S/. 35.970 MM) como a largo plazo (S/. 160.958 MM).

este artículo, por lo que para continuar con nuestro estudio resulta pertinente ahora analizar el marco normativo de la prerrogativa, o ya más bien, procedimiento de interpretación contractual.

## **2.2 Definición y marco normativo**

### **2.2.1 Marco General**

Las normas del procedimiento de interpretación contractual no se encuentran contenidas en un mismo cuerpo normativo, si no, por el contrario, estas se encuentran dispersas en normas de distinta jerarquía, algo que, a nuestro juicio, no resulta muy eficiente respecto a la práctica administrativa del procedimiento, algo que tampoco facilita su estudio académico. Estas normas son de rango legal, reglamentario, e incluso están contenidas en actos administrativos emitidos por el regulador, y en su conjunto integran al marco normativo del procedimiento de interpretación contractual.

En lo jurídico resulta esencial identificar en primer lugar a la autoridad competente del procedimiento de interpretación contractual. Es así que tenemos que la competencia respectiva es asignada al OSITRAN mediante la Ley N° 26917<sup>5</sup>, que determina que una de las funciones principales del regulador es el poder interpretar aquellos títulos mediante los cuales se realicen actividades de explotación por parte de entidades prestadoras. Tenemos entonces que, en concordancia con lo establecido por el artículo 72° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO LPAG), la competencia del regulador para poder llevar a cabo el desarrollo de este procedimiento se encuentra definida en una norma de rango legal.

Sin perjuicio de lo anterior, esta competencia también se encuentra regulada en el Reglamento del OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que incluso refiere a un órgano específico a cargo dentro su estructura orgánica ya que señala en su artículo 29° que este procedimiento le corresponde al Consejo Directivo del regulador, el cual resuelve como única instancia administrativa en

---

<sup>5</sup> Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo publicada en el año 1998.

relación a los contratos de concesión vinculados a actividades de explotación de infraestructura y a la prestación del servicio en el Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao (Tren Eléctrico). Es interesante anotar que el reglamento original del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, no contenía ninguna disposición explícita como las que vemos actualmente, algo que podría haber sido generado por una pobre técnica legislativa o porque no se quería definir los límites del ejercicio de la función interpretativa.

Ahora bien, sabemos que la prerrogativa de interpretación se debe materializar a través de un procedimiento administrativo de interpretación obligatoriamente porque es el regulador quien la ejerce, el cual, como tercero a la relación contractual, y además, como organismo administrativo, para hacer efectiva su interpretación debe emitir un acto administrativo. Para esto tenemos que recordar que los requisitos de validez establecidos en el artículo 3° del TUO LPAG mencionan que uno de estos es que el acto administrativo deba contar con un procedimiento regular previo a su emisión, por lo que para poder emitir el acto administrativo, el cual tomará forma de una Resolución de Consejo Directivo que contenga la interpretación realizada por el regulador, deberá existir de manera previa un procedimiento administrativo que cuente con todas las garantías del ordenamiento jurídico, y al cual el mismo OSITRAN ha denominado, en múltiples resoluciones, Procedimiento de Interpretación Contractual.

En esta línea, resulta esencial entonces identificar cuáles son las partes del procedimiento, cómo es que este inicia y cuál es el objeto del mismo. Estos aspectos, entre otros, fueron abordados originalmente en los Lineamientos de Interpretación<sup>6</sup> (en adelante, Lineamientos) aprobados mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN.

---

<sup>6</sup> Originalmente denominados como “Lineamientos para la Interpretación y Emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión”.



### 2.2.2 Los Lineamientos de interpretación

Aunque los Lineamientos constituyen una parte fundamental del procedimiento materia de este artículo, es necesario resaltar que uno de los temas más importantes que debemos abordar, antes de analizar sus regulaciones al procedimiento de interpretación, es su propia naturaleza jurídica, ya que esta pareciera no estar del todo definida si partimos de lo que las normas que regulan al OSITRAN establecen.

Con lo anterior nos referimos a que, por un lado, se establece en el artículo 77° del Reglamento del OSITRAN que los “lineamientos” que pueden ser emitidos por el Consejo Directivo o el Tribunal<sup>7</sup>, son considerados como no vinculantes y se dan con la finalidad de orientar a “[...] a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas cuya aplicación tiene encomendada cada ORGANO DEL OSITRAN.” Mientras que, por otro lado, se tiene que considerar a la función normativa<sup>8</sup> que tiene el OSITRAN como organismo regulador, ejercida por su Consejo Directivo, definida en el artículo 11° del mismo reglamento que permite al regulador emitir “[...] reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones.”

Si consideramos a los Lineamientos como parte de la función normativa del regulador, lo cual bajo nuestro juicio resulta correcto<sup>9</sup>, pues desarrollan múltiples aspectos del procedimiento de interpretación contractual, estaríamos ante un supuesto contradictorio si es que vinculamos esto a la definición de lineamientos ya mencionada, ya que se nos dice que estos no resultan vinculantes, pero al mismo tiempo constituirían una norma que regula un procedimiento de competencia del OSITRAN. Lo anterior vuelve al estudio teórico de la naturaleza jurídica de los

---

<sup>7</sup> Entendemos cualquier de los dos tribunales que tiene el regulador, es decir, el Tribunal de Solución de Controversias o el de Asuntos Administrativos determinados en el artículo 6 del Reglamento del OSITRAN.

<sup>8</sup> Resulta importante resaltar que la función normativa de los organismos reguladores establecida en el artículo 3 de la Ley Marco de Organismos Reguladores determina que estos organismos pueden emitir reglamentos o normas que regulen los procedimientos bajo su competencia.

<sup>9</sup> Y también para el profesor Herbert Tassano que incluye dentro de lo que implica la función normativa del OSITRAN a la emisión de “reglas o lineamientos a que están sujetos los procesos que se sigan ante cualquiera de los órganos del OSITRAN.” (2008, p. 105).

Lineamientos en algo complicado, por lo que la mejor estrategia a ser aplicada resulta ser acudir a lo que el mismo cuerpo de estos desarrolla.

En este sentido, tenemos que los Lineamientos mencionan en sus antecedentes y justificación que los principios que se abordaran en los mismos, y que pasaremos a detallar más adelante, “[...] serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión”, e igualmente en sus alcances que “[...] contienen criterios a analizar en caso se presenten las solicitudes de interpretación [...]” y también que corresponde “[...] la aplicación de los presentes lineamientos a los órganos funcionales y al Consejo Directivo de OSITRAN”. Estas citas textuales sirven para darnos un mejor sentido de lo que implican los Lineamientos en lo jurídico, y es que en ningún lado de su cuerpo se somete a lo establecido por el artículo 77° del Reglamento del OSITRAN en cuanto a la supuesta naturaleza no vinculante de los lineamientos emitidos por el Consejo Directivo, sino que, por el contrario, utiliza conjugaciones verbales que dan a entender que el órgano a cargo del procedimiento esta en el deber de aplicar lo desarrollado por los Lineamientos. Por lo que podemos concluir que los Lineamientos, según lo que estos mismos determinan, lo único de “lineamientos” que tienen es la denominación más no la naturaleza jurídica descrita por el artículo 77° del Reglamento del OSITRAN, ya que, al cumplir con establecer regulaciones de un procedimiento cuya competencia es del OSITRAN, forman, esencialmente, parte de la función normativa del regulador por lo que los Lineamientos son efectivamente norma jurídica que debe aplicar el regulador y respetar los administrados que se sometieran al procedimiento.

Ahora bien, los Lineamientos establecen una serie de aspectos muy relevantes del procedimiento de interpretación contractual, siendo que uno de estos es el tipo de procedimiento frente al cual nos encontramos, esto en relación a lo establecido por el TUO LPAG en su artículo 114° en relación a las formas de iniciación del procedimiento. Así tenemos que, en los antecedentes y justificación de los Lineamientos, se menciona que tanto el Estado (a través de la entidad concedente) como los concesionarios se encuentran legitimados a solicitar la interpretación de los contratos de concesión, en tanto ambos son partes de los mismos; mientras que en el numeral 6.1 de los Lineamientos se establece que “OSITRAN puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos [...]” y además reitera lo



respectivo a la legitimidad para solicitud la interpretación al mencionar que quienes pueden realizar la misma son tanto el concesionario, el concedente, como también los terceros legítimamente interesados<sup>10</sup>. Por tanto, tenemos que los Lineamientos establecen expresamente que el procedimiento de interpretación puede ser iniciado tanto de oficio como a solicitud de parte, por lo que igualmente estaría sometido al artículo 32° del TUO LPAG que menciona que los procedimientos que inician los administrados pueden ser aprobación automática o de evaluación previa, siendo que el procedimiento de interpretación contractual sería uno de tipo de evaluación previa.

A modo de resumen hasta este punto, tenemos entonces lo siguiente:

Partes	Concedente, concesionario o terceros de legítimo interés.
Inicio	De oficio o a solicitud de parte.
Objeto	Interpretar o dar claridad al contrato respecto al sentido de una o más de sus cláusulas. <sup>11</sup>

Como mencionamos anteriormente los lineamientos también describían una serie de principios generales que aplicaban tanto al procedimiento de interpretación contractual como a lo concerniente a las opiniones técnicas de modificación o reconversión del contrato de concesión:

- Equilibrio
- No discriminación
- Beneficio-costo
- Transparencia
- Bienestar de los usuarios

De estos, el más interesante a comentar en relación al procedimiento que estamos analizando es el Principio de Transparencia, cuyo contenido es determinado en el numeral 5.4 de los Lineamientos ,y que representa una obligación hacia el regulador de difundir o comunicar a los legítimamente interesados la solicitud de interpretación

<sup>10</sup> En los Lineamientos no se determina con quienes se refiere exactamente a “terceros legítimamente interesados”, sin embargo, se puede interpretar que pueden ser cualquier ajeno a la relación contractual cuyo interés se vea afectado por la ejecución del contrato. Ejemplo: Usuarios intermedios o empresas contratantes con el Concesionario.

<sup>11</sup> Correspondiente a lo establecido por el segundo párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos.

realizada por cualquiera de las partes anteriormente identificadas, la procedencia de dicha solicitud, y la resolución del Consejo Directivo que contenga la opinión técnica respectiva. Como mencionamos, este principio aplica principalmente para el regulador, ya que los comunicados no tienen ningún mandato de responder a estas comunicaciones o traslados en el marco del procedimiento, salvo que lo consideraran pertinente. Conviene resaltar que este principio apunta a proteger el interés de los que puedan verse afectados por la interpretación del contrato, por lo que esto delimita a las acciones del regulador, no siendo posible, por ejemplo, que este pudiera trasladar las actuaciones del procedimiento en sentido inverso, es decir de los interesados al solicitante, ni que tampoco pudiera trasladar las actuaciones que no haya sido identificadas en los Lineamientos (salvo el caso de recursos impugnatorios los cuáles si podrían terminar afectando al interés de los involucrados).

### **2.2.3 El proyecto de lineamientos del 2011**

Ahora bien, se sabe que los Lineamientos analizados en el apartado anterior estuvieron a punto de ser reemplazados por un proyecto de lineamientos del año 2011<sup>12</sup> publicado mediante Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN. Este proyecto tenía como a una de sus finalidades unificar las regulaciones de los Lineamientos y los Lineamientos para la Emisión de Opinión Técnica sobre Proyectos de Concesión<sup>13</sup> de acuerdo a lo establecido por el alcance del proyecto, descrito en su numeral 2, y lo desarrollado por la misma resolución que los publicó<sup>14</sup>.

Consideramos pertinente, con miras al estudio del presente trabajo, evaluar el contenido de este proyecto en comparación con los Lineamientos, ya que de esta manera podremos evaluar si es que se ofrecían modificaciones favorables para el procedimiento de interpretación o si por lo contrario solo mermaban su funcionamiento en relación con la tutela de los intereses involucrados.

---

<sup>12</sup> Que se denominaron en la directiva como "Lineamientos para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión y la modificación e interpretación de los contratos suscritos".

<sup>13</sup> Aprobados mediante Acuerdo de Consejo N° 1043-267-08-CD-OSITRAN.

<sup>14</sup> La Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN detalló en sus considerandos que "[...] resulta oportuno y necesario comprender en un solo instrumentos los Lineamientos para la Interpretación de Propuestas de Modificación de Contratos de Concesión, y los Lineamientos para la Emisión de Opinión Técnica sobre Proyectos de Contratos de Concesión, incorporando la experiencia adquirida por el Regulador en la administración de los Contratos de Concesión, así como los principios, criterios, y cambios normativos correspondientes;"

Es necesario aclarar que este proyecto no modificaba esencialmente el contenido de los Lineamientos, sino que incluía una serie de disposiciones adicionales a las que estos ya poseen. Un primer punto que incluía este proyecto de lineamientos es el sometimiento del ejercicio de la prerrogativa de interpretación por parte del OSITRAN a la Constitución, al Código Civil, en lo concerniente a los criterios de interpretación, al Marco Legal vigente y al Principio de Buena Fe. Todo lo anterior, entendemos, se deja explícito en la introducción del proyecto dada la vinculación de la interpretación unilateral con la naturaleza jurídica del contrato de concesión, el cual, aunque contrato administrativo, no queda exento de ciertas disposiciones del Derecho Común, y en particular, del Derecho Contractual.

Cabe resaltar igualmente que la naturaleza de norma jurídica tampoco se veía afectada, en tanto nuevamente en el proyecto se reiteraba que sus disposiciones debían aplicarse por el regulador, y además, nuevamente, no hacían ninguna referencia a un supuesto carácter no vinculante.

Un aspecto sumamente interesante del proyecto era el nuevo desarrollo de los principios generales que deberán ser aplicados por el OSITRAN para las interpretaciones y opiniones que este emita, y es que esta vez se incluyeron diecisiete (17) principios, dentro de los cuáles podemos destacar, al ya descrito principio de transparencia, al principio de preservación del bienestar de los usuarios, al principio de protección del interés público, al principio de predictibilidad, al principio de eficiencia y al principio de salvaguardia de la naturaleza de la concesión. Además, se explicitaba que el regulador podía alejarse de la aplicación de alguno de los principios si es que esta aplicación estuviera generando algún conflicto jurídico dada la naturaleza misma del proyecto.

Respecto a la naturaleza y partes del procedimiento de interpretación contractual, este proyecto tampoco modificaba mucho, ya que, de acuerdo a lo establecido en su numeral 6, el procedimiento aún puede ser iniciado de oficio o a solicitud de parte, solo que sí se hace la aclaración de que esta vez, a diferencia de los Lineamientos, los terceros legítimamente interesados debían “[...] acreditar fehacientemente tal condición, en relación a la interpretación que solicita”. Por lo que se buscaba exigir de

este modo que los terceros justifiquen su presencia dentro del procedimiento, algo que a nuestro juicio resulta pertinente, dado que en los Lineamientos se dejaba la inclusión de estos terceros como un supuesto muy abierto.

Ahora bien, un aspecto muy interesante que es incluido por este nuevo cuerpo normativo son los denominados “criterios para la admisibilidad” de las solicitudes realizadas por los administrados para la interpretación de los contratos de concesión, los cuáles se resumen a la existencia de un “vacío contractual”<sup>15</sup> generado desde cuatro supuestos:

- Inexactitud o imposible identificación de las obligaciones a las cuáles se someten las partes.
- Sanciones no determinadas expresamente respecto al incumplimiento de obligaciones.
- Inexistencia de procedimientos o indicadores vinculados a la verificación del cumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales.
- Contradicción en el clausulado.

Consideramos que este apartado descrito pudo haber sido de mucha relevancia para el procedimiento de interpretación, y para los administrados, en tanto delimitaba a la capacidad del regulador de poder admitir a las solicitudes de interpretación, las cuáles actualmente no se ven sometidas a estos criterios, sino que pueden realizarse, y admitirse, respecto a supuestos más amplios. Ahora bien, de los supuestos que mencionaba el proyecto son de resaltar dos de ellos, en tanto consideramos pudieron haber conllevado a un escenario jurídico insostenible. Con esto nos referimos a los supuestos de sanciones no determinadas expresamente y a la inexistencia de procedimientos o indicadores.

Al respecto, conviene recordar que en la interpretación jurídica contractual no se puede crear ninguna obligación desde cero, sino solamente esclarecer un contenido oscuro u ambiguo. En palabras de Gastón Fernández, “[...] en principio, interpretar el contrato quiere decir buscar el significado de aquello que las partes han pactado, lo que puede ser entendido en términos subjetivos u objetivos.” (2002, p. 147). Por lo

---

<sup>15</sup> Que consideramos no resulta ser el término más feliz a ser usado al menos desde la doctrina jurídica si es que lo comparamos con el uso de los términos “vacío jurídico” y “laguna jurídica”.

que la interpretación no puede ir más allá de lo que las partes hayan pactado en el mismo cuerpo contractual.

En este sentido, si es que el regulador intentase “interpretar” algún contenido del contrato de concesión vinculado a los supuestos ya mencionados estaría creando, por ejemplo, nuevas penalidades vía interpretación, algo que no solo es incorrecto en términos jurídicos, sino que además tendría un impacto enorme en el equilibrio económico del contrato. Lo mismo ocurriría con la creación de nuevos procedimientos o indicadores vinculados al cumplimiento de obligaciones, estos siempre forman parte del contenido esencial durante el diseño y elaboración de un contrato de concesión, por lo que su inexistencia debería ser asumida por la entidad contratante, y no por el concesionario, no pudiendo igualmente crearse nuevos indicadores o procedimientos vía interpretación, cuyo impacto en el equilibrio económico financiero sería incluso mayor al del caso de las penalidades. Todo esto, además de lo ya comentado, implicaría un uso fuera del ordenamiento jurídico de la prerrogativa de interpretación unilateral y terminaría en un proceso arbitral entre las partes, lo cual no solo sería tremendamente nocivo para el Estado sino también para todas las personas que iban a poder beneficiarse del proyecto de infraestructura.

Cabe resaltar que el uso de la conjugación “entre otros” en el numeral 6.1 dejaba abierta la posibilidad de que haya más criterios que el OSITRAN pudiera considerar, pero que entendemos irían en la misma línea de los ya establecidos positivamente.

Finalmente, tenemos que un aspecto bastante curioso que incluía este proyecto era su desarrollo de los criterios interpretativos que se usarían, ya no para admitir la solicitud, sino para interpretar al contrato de concesión. Al respecto vale comentar que si bien es cierto el contrato de concesión, como contrato administrativo, necesita urgentemente de una normativa específica de rango legal que determine los criterios bajo los cuáles se deben interpretar los contratos administrativos, que es lo que entendemos intentaron hacer estos lineamientos en el caso de los contratos de concesión; también es cierto que lo anterior descrito justamente solo puede ser realizado mediante una norma de rango legal dada la existencia del Código Civil. Y es que, como describieron los mismos lineamientos, al no haber una normativa administrativa expresa en relación a los criterios de interpretación de los contratos



administrativos, estos terminan siendo interpretados con reglas del Derecho Civil, las cuáles pueden ser trasladadas y utilizadas con su respectiva adecuación al Derecho Administrativo, para el caso de contratos administrativos. Por lo que pretender desarrollar estos aspectos en unos lineamientos publicados mediante una Resolución del Consejo Directivo de un regulador no resulta pertinente ni inteligente desde una perspectiva técnico jurídica.

#### **2.2.4 El proyecto de directiva para la interpretación de contratos de APP**

Finalmente, para terminar de describir al marco normativo del procedimiento de interpretación contractual es pertinente también referirnos al proyecto de directiva para la emisión de Opiniones Técnicas e Interpretación de Contratos de Asociación Público- Privada (APP)<sup>16</sup>, la cual tenía como objetivo dictar una serie de normas procedimentales.

Este proyecto concentraba su contenido en los requisitos de la solicitud de interpretación y en el trámite mismo del procedimiento. Así los establecía en su numeral 6.3.1 al mencionar que las solicitudes realizadas por las partes o terceros legítimamente interesados debían contener:

1. Nombre y DNI del solicitante, y del representante legal.
2. De ser pertinente, RUC y domicilio del solicitante.
3. En el caso de terceros legítimamente interesados: Acreditación del legítimo interés.
4. Descripción de los hechos.
5. Fundamentación técnica de la solicitud.
6. Firma del solicitante o representante legal.
7. Copia del DNI del solicitante o representante legal
8. Copia de la acreditación del representante legal.

En cuanto al trámite mismo del procedimiento, se establecían los siguientes plazos:

- Treinta (30) días hábiles para que el OSITRAN pueda requerir información adicional o faltante de la solicitud.

---

<sup>16</sup> Publicados mediante Resolución N° 040-2011-CD-OSITRAN.

- Quince (15) días hábiles para que los notificados con el traslado de la solicitud puedan pronunciarse.
- Treinta (30) días hábiles contados desde el último acto procedimental para resolver, si acaso no se cumpliera este plazo aplica el silencio negativo.
- Quince (15) días hábiles para interponer recurso de reconsideración ante la resolución final del Consejo Directivo.
- Treinta (30) días hábiles para resolver el recurso de reconsideración.

Respecto a las precisiones que se realizaron para el trámite se establecía la posibilidad de que las partes o interesados pudieran solicitar que se lleve a cabo un informe oral ante el Consejo Directivo; y además que el plazo para resolver que tenía el regulador podía ser prorrogado, lo cual debía ser comunicado a las partes oportunamente.

Lamentablemente, a pesar de los notables aportes que daban los dos proyectos que hemos revisado, nunca podremos ver en la práctica el desenvolvimiento de los mismos, ya que, hasta el momento, habiendo pasado ya varios años, no se han aprobado. Sin embargo, vale resaltar que varios puntos del proyecto de directiva igualmente ya se podían aplicar, como la convocatoria a un informe oral, basándose en lo que la LPAG establece de manera general para todo procedimiento administrativo.

Habiendo completado el desarrollo del marco normativo resulta importante ahora identificar que problemas actuales tiene al ejercicio práctico del procedimiento de interpretación, en relación con sus regulaciones.

### **III. SECCION II: Complicaciones normativas del procedimiento**

Hemos decidido denominar “complicaciones normativas” a nuestro objeto de análisis del presente apartado dado que estos son aspectos que están vinculados a temas que no son abordados en el marco normativo descrito, dejando así que en la práctica el procedimiento llegue a tener una serie de cuestionamientos o problemas que pueden llegar a impedir que los administrados puedan formar parte del mismo con



cierto grado de predictibilidad y seguridad. Nuestro estudio ha sido organizado desde dos planos: El procedimental y el sustantivo.

### **3.1 Plano procedimental**

Dentro del plano procedimental uno de los puntos más importantes a estudiar es la forma en la que actualmente se puede dar inicio al procedimiento, dado que la Resolución 0040-2019-CD-OSITRAN estableció que el procedimiento solo podía ser iniciado únicamente de oficio, lo que implica contrariar a lo establecido por el marco normativo detallado líneas arriba. En este sentido, resulta pertinente analizar si es que el contenido de esta resolución resulta jurídicamente correcto y además que efectos prácticos tendría ante los administrados.

#### **3.1.1 La Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN**

Consideramos que el rumbo que se le quiso dar al procedimiento de interpretación mediante la emisión de esta resolución fue poco feliz y sin mayor sustento teórico. Esto porque un acto administrativo, como una resolución de consejo directivo, por más que se le determine como precedente administrativo, no puede, ni debe, modificar o alterar las reglas predeterminadas por una norma jurídica emitida por la misma entidad.

La Resolución 0040-2019-CD-OSITRAN fue emitida en el marco de nueve (9) contratos de concesión de corredores y tramos viales firmados por el MTC; y mediante esta se declaró el inicio de oficio del procedimiento de interpretación respecto de dichos contratos y se declaró como precedente administrativo al contenido expresado desde su numeral 26 al 36. A modo de resumen las ideas más resaltantes de la resolución se pueden exponer de la siguiente manera:

- 1) La prerrogativa atribuida al OSITRAN solo puede implicar el inicio de oficio del procedimiento de interpretación en tanto la norma legal que se la otorga ignora un posible inicio de parte del procedimiento, y además porque literalmente no señala que el regulador deba “resolver las solicitudes de interpretación”.

- 2) Dado que los Lineamientos no establecen requisitos de admisibilidad o procedencia, se puede afirmar que en la práctica nunca se ha podido materializar el inicio de un procedimiento de interpretación a solicitud de parte.
- 3) Una solicitud de parte no puede obligar al regulador a ejercer la prerrogativa de interpretación que ostenta dado que este es quien realiza el análisis sobre si existe algún contenido que interpretar o no, lo contrario representaría un gasto de recursos innecesario.
- 4) La solicitud de interpretación no equivale al ejercicio del derecho de acción, sino que consiste en darle a conocer al regulador una potencial situación en la que es necesario el ejercicio de la prerrogativa de interpretación en torno a un determinado contenido contractual.
- 5) La determinación del inicio del procedimiento de interpretación como solo de oficio no implica un desconocimiento del contenido de los Lineamientos en tanto el Reglamento del OSITRAN establece que los lineamientos no son vinculantes.

Es importante aclarar que los cinco puntos han sido recogidos de distintos numerales del cuerpo mismo de la resolución, no siendo ninguno una conclusión propia sino solamente una manera de organizar mejor la información otorgada al lector.

Dicho esto, podemos pasar a analizar qué tan cierto o jurídicamente correcto es todo lo que el regulador afirma mediante esta resolución. Respecto al primer punto, aquello de que la norma legal ignora la forma en la que el procedimiento de interpretación deba iniciar es cierto, sin embargo, la regulación de los procedimientos administrativos a su cargo forma parte de la potestad normativa de los organismos reguladores, algo que se materializó a través de los Lineamientos; por lo que es irrelevante mencionar si la norma legal determinó o no aquello. En ese mismo sentido, el acudir a la literalidad de la función otorgada al regulador en la norma legal no aporta ningún contenido jurídico relevante.

Respecto al segundo punto, hay que resaltar que sí existían requisitos de admisibilidad, tanto por el lado del antiguo TUPA del OSITRAN aprobado mediante el Decreto Supremo N° 036-2005-PCM, como por el lado de la LPAG, que determina requisitos generales a ser aplicados supletoriamente en cualquier procedimiento de

interpretación. Resulta además falso que se haya mencionado que nunca se ha materializado el inicio a solicitud de parte, cuando en múltiples resoluciones de consejo directivo previas se ha dado inicio al procedimiento justamente de esa manera, e incluso mencionando que se habrían cumplido con los requisitos de admisibilidad<sup>17</sup>.

Respecto al tercer punto, tenemos que recordar que la prerrogativa de interpretación tiene una finalidad, que ya desarrollamos líneas arriba, que poco o nada tiene que ver con lo que el regulador crea o no se deba interpretar. La interpretación unilateral está vinculada a la correcta ejecución del contrato de concesión, y por tanto quienes determinan cuando algo es interpretable, y por ende necesita de la intervención del regulador, son las partes involucradas en el contrato. El aspecto del gasto de recursos no merece mayor análisis jurídico.

Respecto al cuarto punto, y en línea a lo comentado hasta ahora, nuevamente tiene que resaltarse que si el procedimiento puede iniciarse de parte entonces la solicitud de interpretación sí cumple como un tipo de “derecho de acción”, ya que una de las partes facultadas a realizar la solicitud esta manifestando que se debe ejercer la prerrogativa de interpretación ante la existencia de un contenido contractual no claro, algo que, reiteramos, no debería ser determinado por el regulador.

Finalmente, respecto al quinto punto, tal y como ya se analizó en el marco normativo del procedimiento, no existe duda alguna de que los Lineamientos constituyen norma jurídica. Lo anterior se evidencia justamente porque determina diversos aspectos del procedimiento de interpretación, por lo que mencionar que no son vinculantes es un incorrecto jurídico que solo usa la literalidad del artículo 77 del Reglamento del OSITRAN.

Ahora bien, dado que el regulador ha declarado como precedente administrativo a una serie de elementos que, como ya hemos demostrado, no son contenidos jurídicos

---

<sup>17</sup> En algunas oportunidades incluso erróneamente haciendo mención a los Lineamientos, los cuales en sentido exacto no precisan ningún requisito de admisibilidad o procedencia, aunque ciertamente al determinar elementos importantes del procedimiento permitían que estos pudieran interpretarse (por ejemplo: El hecho de que las solicitudes solo puedan ser presentadas por las partes contractuales o por algún tercero interesado).

válidos en el procedimiento, sino que por lo contrario implican una modificación al procedimiento de interpretación, se puede afirmar que el regulador ha modificado la naturaleza jurídica de un procedimiento mediante una resolución de consejo directivo aplicable a un caso en específico. Todo lo anterior, como preverá el lector, contradice el alcance mismo de lo que implica un precedente administrativo en nuestro ordenamiento.

Y es que es importante resaltar que los precedentes administrativos, a lo igual que sus pares judiciales, están diseñados esencialmente para interpretar reglas poco claras en sede administrativa, pudiendo permitir su aplicación y unificar conceptos, por lo que funciona como “[...] la fuente de derecho administrativo mediante la cual la Administración Pública define criterios vinculantes a supuestos de hecho idénticos” (Cairampoma, 2014, p. 73). El regulador no puede, en ningún caso, modificar la naturaleza jurídica de un procedimiento vía resolución de consejo directivo en un caso particular, ya que estaría alterando reglas establecidas previamente mediante norma jurídica.

Al respecto opina también el autor antes citado que el precedente administrativo no posee el mismo rango jurídico que el de las normas generales administrativas, por lo que no resulta posible que la Administración, mediante la emisión de un acto administrativo, pueda apartarse de cualquier criterio fijado previamente en alguna de las normas mencionadas. (2014, p. 503).

Mientras que Céspedes, en función al principio de inderogabilidad del reglamento como sustento para el carácter vinculante de los precedentes administrativos, sostiene que el precedente administrativo no puede apartarse de su propia interpretación “oficial” en alguna norma como los reglamentos o circulares, sobre todo si mediante el acto administrativo, que se busca volver precedente administrativo, se resolvió sobre una situación particular, ya que este acto solo podría tener efectos singulares y por tanto no podría implicar una excepción a la norma administrativa general, caso contrario la Administración estaría cayendo en un abierto supuesto de arbitrariedad. (2001, p. 154-155). Por lo que efectivamente, el regulador al haber determinado dicha forma de inicio al procedimiento de interpretación habría generado un escenario de arbitrariedad que aún no se ha cuestionado lo suficiente.

Además, a diferencia de lo que opina el regulador, para nosotros este procedimiento nunca se planteó originalmente como un procedimiento de oficio, sino que, y esto lo muestran los Lineamientos claramente, este procedimiento fue diseñado para poder ser iniciado tanto a solicitud de parte como de oficio. A esto tenemos que añadirle también la manera en la que se desarrolla el procedimiento actualmente en la práctica, ya que, dada la existencia del derecho de petición, el cual tiene reconocimiento constitucional, no resulta poco usual que a pesar de lo establecido por el regulador los administrados igualmente realicen sus solicitudes (aunque ya no en seguimiento del TUPA respectivo, del cual el procedimiento fue parte hasta antes de la modificación de OSITRAN).

Y es que realmente no se puede limitar a los administrados a realizar una solicitud a la Administración, ante la cual esta última tiene que pronunciarse obligatoriamente de acuerdo al artículo 117° del TUO LPAG, por lo que ni las partes del contrato ni los terceros de legítima interés están limitados a poder ejercer este derecho. Por esta razón es que siempre se puede solicitar el inicio del procedimiento con un posterior necesario pronunciamiento del OSITRAN, el cual podrá ser positivo, dando inicio al procedimiento como tal, o, negativo, manifestando que en la práctica y bajo su óptica no hay nada que interpretar en el contrato.

Todo esto, analizado conjuntamente, no permite establecer límites claros respecto a su naturaleza y a cómo debe iniciarse actualmente.

### **3.1.2 Etapas y límites a la aplicación de los Lineamientos**

Por otro lado, aunque en el mismo plano, cabe resaltar también que actualmente no existe una regulación específica respecto a las etapas por las cuales debe o puede pasar el procedimiento, ni a las participaciones de las partes o terceros con interés legítimo que pueden darse durante el trámite. Todo esto, o la gran parte, termina siendo aplicado de acuerdo a lo que la aplicación supletoria del TUO LPAG determine.



Vale recordar que aunque el proyecto de directiva comentado línea arriba intentaba definir de manera más precisa estas etapas, además de los plazos correspondientes, estas regulaciones nunca llegaron a surtir efecto ya que el proyecto nunca se terminó de publicar formalmente.

Este aspecto no tendría por qué volverse problemático si no fuera porque en la práctica se ha constatado que el regulador ha ordenado al procedimiento de maneras distintas en cada caso, que va más allá de sus particularidades individuales. Esto, desde luego, implicaría una grave vulneración al principio de predictibilidad o confianza legítima, ya que la entidad administrativa a cargo del procedimiento no estaría interpretando las normas procedimentales de la misma manera ante todos los administrados; sino que por lo contrario estaría actuando arbitrariamente de acuerdo a intereses probablemente externos al problema jurídico de interpretación.

Un ejemplo bastante llamativo fue el del caso de los predios involucrados para la ampliación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, en el que se emitieron a las resoluciones N° 050-2005-CD-OSITRAN, N° 034-2009-CD-OSITRAN y N° 042-2009-CD-OSITRAN. En este procedimiento de interpretación, que se extendió por cuatro años, el regulador desnaturalizó al procedimiento de interpretación al haberle direccionado a resolver una controversia entre las partes, como si de un procedimiento trilateral se tratara, y no a interpretar el contrato. Podemos afirmar lo anterior en base a un estudio minucioso que realizamos previamente de todas las actuaciones administrativas involucradas en dicho procedimiento, las cuáles, mediante una errónea interpretación del Principio de Transparencia de los Lineamientos, promovieron un traslado de los actos realizados por las partes contractuales que lo único que fomentaba era una suerte de argumentación de posturas en un contexto de responsabilidad, algo que no debería suceder en un procedimiento de interpretación. De esta manera se evidencia que el regulador trasladó la solicitud de interpretación y cuánta respuesta hubo de las partes involucradas, extrayéndose así de poder, el mismo regulador, sostener una interpretación acorde a lo que la protección del interés público demandaba.

El regulador no ha sido consistente en el tratamiento que le ha ido brindando al procedimiento, por lo que no existe predictibilidad respecto al orden de las participaciones de las partes ni de las etapas por las cuales debe pasar el procedimiento. Por lo que, con la finalidad de evitar casos similares a los de los predios del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, es necesario que se adecúe la normativa existente o se mita una regulación específica respecto todas las etapas, plazos y límites que debe el regulador tomar en cuando durante el desarrollo del procedimiento de interpretación contractual.

### **3.2 Plano sustantivo**

Habiendo concluido con el análisis del plano procedimental resulta pertinente ahora abordar al plano sustantivo. Desde este plano, un primer punto a ser criticado es el alcance de los efectos de las resoluciones de consejo directivo emitidas por el regulador en el marco de un procedimiento de interpretación, el cual no parece ser principalmente en aquellas resoluciones que declaran la improcedencia de las solicitudes de interpretación.

#### **3.2.1 El alcance de las resoluciones de improcedencia**

Para esto es importante mencionar que el alcance de los efectos jurídicos de las resoluciones mencionadas se encuentra vinculado a la correcta aplicación de las reglas hermenéuticas que sirven como sustento para el pronunciamiento del regulador que resuelve el procedimiento; y a una correcta estructuración lógica del cuerpo del acto administrativo.

En una resolución final de cualquier otro procedimiento no debería existir un análisis crítico respecto a lo que hemos comentado, en tanto los considerandos de dicho acto constituirían los argumentos o sustentos respecto a los cuáles se termina resolviendo; sin embargo, en el caso de los procedimientos de interpretación ocurre algo bastante interesante cuando se declara la improcedencia de la solicitud de interpretación (y por tanto se niega el inicio del procedimiento en estricto). Sucede que estas resoluciones, con la finalidad de sustentar la declaración de improcedencia por la existencia de



algún vicio sustancial en la solicitud o porque consideran que no hay algún contenido interpretable, contienen una serie de argumentos y posturas que, curiosamente, terminan consistiendo en múltiples interpretaciones del contrato de concesión.

Estas interpretaciones establecidas por “segmentos” pueden ir desde lo literal, lo cual no deja de ser la aplicación de una regla de interpretación, hasta la aplicación de múltiples reglas o métodos de interpretación de manera simultánea. Como podrá prever el lector, esta situación presenta un escenario jurídicamente complejo, dado que, por un lado, el regulador declara a las partes que no hay nada que interpretar, o que existe algún vicio determinado en la solicitud; pero por otro lado argumenta una interpretación propia de diversos contenidos contractuales. Estas interpretaciones dadas a modo de sustento preocupan, en nuestro análisis y en la práctica, porque no permiten que se determine específicamente los efectos jurídicos de dichos pronunciamientos.

En este sentido, tenemos que recordar que parte del requisito de validez de objeto o contenido de los actos jurídicos, definido en la LPAG, es que estos deban contar con un contenido que permita determinar a sus efectos jurídicos inequívocamente. Lo anterior, al menos en teoría, no se estaría cumpliendo en cierto grado en las resoluciones de improcedencia comentadas. Todo esto termina generando un entorno de confusión y poca predictibilidad para los administrados al no poder estos determinar la naturaleza jurídica exacta de estos pronunciamientos.

El ejemplo más reciente que tenemos de esto es la Resolución 0023-2019-CD-OSITRAN, en cuyo informe, que forma parte integrante de la resolución, se sostiene que no hay nada que interpretar respecto a la solicitud presentada. ¿Cómo sustentan esto? Pues colocando los entendimientos de las partes respecto a un contenido contractual determinado para luego citar cláusulas en concreto del contrato de concesión y realizar una interpretación literal de las mismas. Lo que no se entiende de esta resolución es, si acaso no había nada que interpretar respecto a lo que el concedente y concesionario entendían cada uno por su lado, ¿por qué interpretar literalmente al contrato de concesión, y, de cierta manera, terminar con la ambigüedad que existía en el entendimiento del mismo, si es que no había nada que interpretar?

Si reflexionamos por un momento al respecto nos percataremos que esto no tiene mayor sentido lógico, dado que por más simple que pueda ser la interpretación que se le requiere al regulador, este debería realizarla, y no simplemente resolver que no hay nada que interpretar. Y es que no podemos pasar por alto que al realizar esto el regulador no termina cumpliendo con las finalidades misma del ejercicio de la prerrogativa de interpretación, ya que no está siendo de utilidad frente a un contenido que las partes consideran ambiguo, sino que por lo contrario se extrae de la responsabilidad de resolver sobre dicha materia al declarar la improcedencia de la solicitud.

Un ejemplo más antiguo lo encontramos en una de las resoluciones del ya comentado caso de los predios del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, la Resolución 042-2009-CD-OSITRAN, en la que el regulador declara la improcedencia de una segunda solicitud del concesionario, pero no sin antes, explayarse respecto al contenido que justamente se pedía interpretar. Este caso fue mucho más llamativo y, desde una óptica jurídica, más alarmante. Y es que desde un punto de vista más macro del proyecto, lo que resolviera el regulador podría tener implicancias económicas considerables, algo que naturalmente fue evitado mediante la declaración de improcedencia. Ahora bien, hay que resaltar que nosotros no criticamos dicha declaración, ya que consideramos que sí existían fundamentos suficientes para aquello, el problema reside en que dicha declaración pudo haberse hecho sin un análisis tan profundo como el que se realizó. Esto evidencia que el regulador realmente sí tenía una postura respecto a la interpretación del contenido contractual del procedimiento, algo que intentó plasmar tanto en el informe previo como en el cuerpo de su resolución, solo que, por razones que desconocemos, no le buscó otorgar un sentido de vinculatoriedad ante las partes, sino solamente dejar dichas interpretaciones como meros fundamentos en el cuerpo de la resolución. Mencionamos que esto es alarmante porque el desarrollo técnico jurídico realizado fue mucho más específico que en el caso previo, por lo que ni siquiera podría hablarse de una mera interpretación literal, sino una más profunda, que no tuvo efectos jurídicos inequívocos frente a las partes, sino que permanecieron como una suerte de pronunciamientos del regulador.

### **3.2.2 Fin del procedimiento: ¿Contencioso administrativo o arbitraje?**

Finalmente, otro punto particularmente problemático en este plano es aquel vinculado a lo que puede ocurrir una vez finalizado el procedimiento, algo que podría generar algunos cuestionamientos prácticos y teóricos. Las dudas se generan frente a lo que implica la interpretación del regulador en relación a las partes, sobre todo tomando en consideración que ante una controversia contractual se pueden activar los mecanismos de solución de controversias del contrato de concesión. Al respecto vale puntualizar algunos aspectos.

Primero es importante destacar que lo que el regulador realiza mediante el ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral no es resolver una controversia, o al menos no directamente, sino que habilita a la correcta ejecución del contrato. Es decir, se busca que el contrato siga ejecutándose, el que se termine finiquitando alguna controversia entre las partes es una materia aparte, y algo que en teoría sucede solo de manera circunstancial. Las controversias entre las partes se someten a los mecanismos de solución de controversias que contiene el contrato, de acuerdo al artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1362, y solo estas son capaces de resolver concretamente una controversia entre las partes, más no el procedimiento de interpretación unilateral.

También vale recordar que la resolución final de un procedimiento de interpretación es un acto administrativo, por lo que en caso sea impugnado mediante recurso administrativo oportuno puede terminar agotando la vía administrativa. Aquello, en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo a los supuestos determinados por la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, habilita a los administrados a poder acudir a este tipo de proceso, esta vez ante el poder judicial.

Igualmente es pertinente resaltar que esta resolución consiste en un pronunciamiento de una entidad de la Administración regida por el Derecho Público, y que, de acuerdo al artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma al Arbitraje, no resulta ser materia arbitrable entre las partes. Para esto vale resaltar que las materias susceptibles de arbitraje son aquellas de “libre disposición”. Este concepto mencionado implica a las materias respecto a las cuales las partes involucradas

puedan ejercer su autonomía de voluntad, es decir, crearlas, modificarlas o extinguirlas (Lorca y Silguero, 1994, p. 38). Naturalmente, los actos administrativos emitidos por organismos de la administración no forman parte de estas materias, cuya esencia reside en la libertad de las partes.

Con todo esto, podemos llegar a concluir que la resolución final de un procedimiento de interpretación contractual no puede ser llevado nunca ante un proceso arbitral, sino que su vía jurídica natural será el proceso contencioso administrativo. Por lo tanto, solo el poder judicial peruano es capaz de revocar o modificar el pronunciamiento emitido por el OSITRAN en materia de interpretación. Distinto es que en un proceso arbitral se pueda revisar un acto administrativo de manera crítica, algo que no implica que pueda modificarlo, ya que esto va más allá de sus límites de jurisdicción.

Ahora bien, ¿esto implica que las partes deban adoptar la interpretación del regulador sin poder hacer nada más al respecto? No. Como se mencionó anteriormente, la única manera de finiquitar una controversia entre las partes es mediante la ejecución de uno de los mecanismos de solución de controversias, para lo que tenemos que resaltar que, una discordancia entre las partes respecto a un contenido contractual específico, es, en efecto, una controversia. Por tanto, si las partes lo desearan, podrían llevar la misma controversia, es decir, el mismo cuestionamiento respecto al contrato, a sede arbitral sin mayores complicaciones.

Distinto es hablar sobre si el regulador puede o no, en calidad de tercero, y no en defensa de sus actos administrativos, participar de un proceso arbitral. Lo que se sabe es que jurídicamente sí es posible que este pueda participar de uno proceso arbitral, tanto porque el Decreto Legislativo N° 1362 así lo establece en su numeral 56.3, como porque es posible extender el convenio arbitral al organismo regulador, de acuerdo al artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma al Arbitraje, si es que se llegase a argumentar debidamente su activa participación en la ejecución contractual, la cual es definida en palabras de Bullard como “una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje”. (2011, p. 31).

#### **IV. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

Luego de todo lo analizado hasta el momento, y habiendo identificado a una serie de problemas vinculados al procedimiento de interpretación contractual concluimos lo siguiente:

- ❖ El marco normativo actual del procedimiento de interpretación contractual resulta insuficiente y requiere de una norma especial que regule todos sus elementos jurídicos involucrados. El prolongar cada vez más la regulación de este procedimiento solo generará un mayor grado de inseguridad jurídica a los administrados ante potenciales actos arbitrarios por parte del regulador, lo que tendrá un impacto considerable en los proyectos de concesión que se encuentren en la fase de ejecución.
- ❖ El OSITRAN debe retroceder respecto a lo establecido como precedente administrativo en la Resolución N° 0040-2019-CD-OSITRAN, en tanto se ha demostrado que esta carece de un suficiente sustento jurídico y por lo tanto estaría violentando una serie de principios del derecho que hacen inconsistente a su actuación en nuestro ordenamiento.
- ❖ El OSITRAN no tiene competencia para decidir cuáles materias son o no interpretables en el marco del ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral, sino que son las partes quienes determinan aquello y por tanto solicitan al regulador active dicha prerrogativa. Lo contrario nuevamente involucraría un actuar falto de consistencia jurídica por parte del regulador, distorsionando la finalidad misma de la prerrogativa y de su procedimiento.
- ❖ Las resoluciones de Consejo Directivo que emita el regulador deben encontrarse lo suficientemente sustentadas de acuerdo a derecho y además poseer un orden lógico jurídico que permita que la ejecución del contrato de concesión se desarrolle correctamente. Si acaso esto no se cumpliera nuevamente se estaría alimentando al grado de inseguridad jurídica de los administrados, además de que se estaría faltando al cumplimiento mismo de sus funciones ya que el ejercicio de la prerrogativa de interpretación otorgada mediante norma de rango legal estaría siendo realizada de manera ineficiente.



## V. BIBLIOGRAFÍA

- Bullard Gonzáles, A. (2011). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al Arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana. Anuario Latinoamericano de Arbitraje, (2), 21-44.
- Cairampoma Arroyo, A. (2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. Derecho PUCP, (73), 483-504. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201402.014>
- Céspedes, R. (2001). La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa. Revista Chilena de Derecho, 28(1), 149-159.
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad, (19), 146-164. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17249>
- García de Enterría, E. (1963). “La figura del contrato administrativo”. Revista de Administración Pública, (41), 99-130.
- Huapaya Tapia, R. (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). IUS ET VERITAS, 23(46), 284 – 329. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>
- Lorca Navarrete, A. y Silguero Estagnan, J. (1994). Derecho de Arbitraje Español, p. 38.
- Meilán Gil, J. (2013). “Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos: Propuesta de Revisión”. Revista de Administración Pública, (191), 11-41.
- Villa Alsina, L. L. (1967). El interés público en la interpretación de los contratos administrativos. Documentación Administrativa, (110). <https://doi.org/10.24965/da.vi110.2947>
- Tassano Velaochaga, H. (2008). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Revista De Derecho Administrativo, (4), 89-106. Recuperado a partir de



- Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN [OSITRAN]. Por el cual se aprueban los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión. 17 de noviembre de 2004.
- Resolución N° 039-2011-CD-OSITRAN [OSITRAN]. Por el cual se publican los Lineamientos para la emisión de Opinión de los Proyectos de Contratos de Concesión y la Modificación e Interpretación de los Contratos Suscritos. 26 de setiembre de 2011.
- Resolución N° 040-2011-CD-OSITRAN [OSITRAN]. Por el cual se publican la Directiva para la emisión de Opiniones Técnicas e Interpretación de Contratos de Asociación Público-Privada. 26 de setiembre de 2011.
- Resolución N° 040-2019-CD-OSITRAN [OSITRAN]. Por el cual se declara como Precedente Administrativo a lo señalado respecto a que el inicio del procedimiento de interpretación siempre será de oficio. 26 de setiembre de 2011
- Ley N° 26917 [Comisión Permanente del Congreso de la República]. Por la cual se crea al OSITRAN. 23 de enero de 1998.
- Ley N° 9/2017 [Jefatura del Estado Español]. Por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. 09 de noviembre de 2017.
- Decreto Legislativo N° 1362 [Presidencia de la República]. Por el cual se regula a la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. 23 de julio de 2018.
- Decreto Legislativo N° 1071 [Presidencia de la República]. Por el cual se norma al Arbitraje. 01 de setiembre de 2008.
- Decreto Supremo N° 044-2006-PCM [Presidencia del Consejo de Ministros]. Por el que se aprueba al Reglamento General del OSITRAN.
- Decreto Supremo N° 004-2019-JUS [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos]. Por el cual se aprueba al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019.