



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# INCLUSIÓN DEL OSITRAN AL ARBITRAJE DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA

Carlos Weston-Olaechea

Lima, marzo de 2019

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Weston, C. (2019). *Inclusión del OSITRAN al arbitraje de concesiones de infraestructura* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

**UNIVERSIDAD DE PIURA**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Inclusión del OSITRAN al arbitraje de concesiones de  
infraestructura**

**Tesis que presenta el bachiller  
Carlos Francisco Weston Olaechea**

**Para optar por el título de:  
ABOGADO**

**Asesor: Dr. Víctor Baca Oneto**

**Lima, Marzo 2019**



*A Dios, mis padres, mi familia, mis seres queridos, profesores y colegas de trabajo;  
por el apoyo que siempre me brindaron.  
Mención más que especial a mi papapa, quien desde arriba me ilumina  
y a quien le debo más que la vida.*



## **APROBACIÓN**

La tesis titulada “Inclusión del OSITRAN al arbitraje de concesiones de infraestructura”, presentada por Carlos Francisco Weston Olaechea, en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Víctor Baca Oneto.

.....

Director de Tesis





## **RESUMEN ANALÍTICO-INFORMATIVO**

**Inclusión del OSITRAN al arbitraje de concesiones de infraestructura.**

**Carlos Francisco Weston Olaechea.**

**Asesor: Dr. Víctor Baca Oneto**

**Tesis de título.**

**Licenciado en Derecho.**

**Universidad de Piura. Facultad de Derecho.**

**Lima, marzo de 2019.**

**Palabras clave:** Arbitraje / Arbitraje de concesiones / Materias arbitrables / Intervención de terceros y partes no signatarias al arbitraje / OSITRAN / Perú / Tesis / Investigación

**Descripción:** Tesis de licenciatura en Derecho, perteneciente a la línea de investigación de Arbitraje.

El autor presenta el resultado de la investigación acerca la intervención del OSITRAN al arbitraje de concesiones de infraestructura.

### **Contenido:**

El texto de la tesis está dividido en tres capítulos: el primero se refiere al concepto de arbitraje y su naturaleza jurídica. El segundo capítulo se refiere al arbitraje entre concedente y concesionario, y cuándo existen en estos, materias no arbitrables. El tercer capítulo se refiere a la participación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público en los arbitrajes de concesiones de infraestructura.

**Metodología:** Método histórico, enfoque interpretativo y analítico.

**Conclusiones:** Si bien la intervención del OSITRAN en los arbitrajes de concesiones de infraestructura debe analizarse caso por caso, la manera correcta que tiene dicho organismo de intervenir en estos arbitrajes es como tercero, mas no como parte no signataria del arbitraje. En todo caso, podría intervenir en beneficio del tribunal arbitral bajo la figura del *amicus curiae*, pero siempre su intervención deberá ser objetiva, sin afectar su deber de neutralidad e imparcialidad.

**Fuentes:** Derecho peruano, derecho comparado, y doctrina nacional e internacional.

**Fecha de elaboración de resumen:** 01 de marzo de 2019.



## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: EL ARBITRAJE.....</b>	<b>5</b>
1.1. Origen del Arbitraje .....	5
1.2. ¿Qué es el Arbitraje? .....	15
1.3. Naturaleza Jurídica del Arbitraje .....	17
1.3.1. La teoría contractualista .....	18
1.3.2. La teoría jurisdiccional o procesalista .....	19
1.3.3. La teoría mixta o intermedia .....	20
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: EL ARBITRAJE ENTRE CONCEDENTE Y CONCESIONARIO .....</b>	<b>23</b>
2.1. Introducción a las Asociaciones Público-Privadas – APPs .....	23
2.2. El Papel del Organismo Regulador en los Contratos de Concesión de Infraestructura .....	26
2.3. El Convenio Arbitral en los Contratos de Concesión de Infraestructura.....	39
2.4. Materias no Arbitrables.....	45
<b>CAPÍTULO TERCERO: PARTICIPACIÓN DEL OSITRAN EN EL ARBITRAJE DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA .....</b>	<b>53</b>
3.1. Intervención de Terceros y Partes No Signatarias en el Arbitraje .....	53
3.1.1. Sobre la Intervención de Partes No Signatarias en el Arbitraje .....	54
3.1.2. Sobre la Intervención de Terceros en el Arbitraje.....	63
3.1.3. Conclusiones .....	69
3.2. Arbitrabilidad de los Actos o Decisiones del OSITRAN .....	70
3.3. ¿Podría el OSITRAN intervenir en el Arbitraje? Supuestos de intervención del OSITRAN en la doctrina y jurisprudencia arbitral .....	82

3.3.1. Posiciones a favor .....	87
3.3.2. Posiciones en contra .....	95
<b>CONCLUSIONES</b> .....	101
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	105

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país, especialmente en las últimas décadas, la concesión de proyectos de infraestructura pública otorgada por el Estado peruano a favor de particulares ha tomado gradualmente cada vez más relevancia. Esto se debe, en parte, a la necesidad que tiene el país de mejorar con urgencia su infraestructura de transporte para el uso de la ciudadanía, objetivo que han perseguido los últimos gobiernos con especial afán.

También han tomado una mayor relevancia – las concesiones de infraestructura – a los ojos de la población debido a las decepciones que nos ha causado el Estado peruano en todos sus poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), siendo esta testigo de cómo la corrupción tocaba la puerta de cada funcionario público, la mayoría de las veces, lamentablemente, triunfando.

En el campo del arbitraje muchas veces esta situación no pasa desapercibida, estando los árbitros a cargo de casos entre el Estado peruano y un privado, presionados a resolver aferrándose a la normativa de una forma no pocas veces irrazonable o defectuosa, sobre todo por el estrés que puede llevar el resolver a favor de un particular que se encuentra inmerso en casos de corrupción o se le vincula con los mismos, o al menos por el temor a que luego se le procese a dicho particular por casos análogos.

En este contexto es que el Estado puede intentar sacar provecho, con el fin de tener una mejor defensa ante el privado, solicitando la intervención de un tercero, como lo es el Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público (al cual en adelante llamaremos OSITRAN por motivos de una mayor simplicidad en la lectura) para que lo apoye.

La doctrina nacional mantiene posiciones muchas veces contrapuestas respecto a los casos en los que el OSITRAN se vería facultado a intervenir en un arbitraje relacionado a un contrato de concesión de infraestructura. Existen en la doctrina, por

decirlo así, tres posiciones respecto a la inclusión de Organismos Reguladores (dentro de los cuales, claro está, se encuentra el OSITRAN) en estos arbitrajes: una posición que rechaza absolutamente la inclusión; otra posición, a la cual podríamos llamar “intermedia”, expone que solo en casos específicos el organismo regulador podrá ser parte de un arbitraje; y, una última, que aceptaría siempre la inclusión del Regulador como parte del proceso arbitral.

El presente trabajo es un análisis de los casos y figuras de intervención que tiene el OSITRAN para intervenir en un proceso arbitral relacionado a un contrato de concesión de infraestructura.

Al redactar este documento me centro especialmente en arbitrajes nacidos de este tipo de concesiones debido a que, en numerosas oportunidades a lo largo de estos últimos años, el OSITRAN ha tratado de convencer al tribunal arbitral de la necesidad de su intervención basándose en argumentos poco claros y convincentes, muchas veces lográndolo, lo que conlleva a interpretar la normativa aplicable no siempre de una misma manera.

Ahora bien, no quiero decir con ello que no existan oportunidades en los que el OSITRAN haya tenido razón en solicitar su intervención, pero son bastante más en las que ha argumentado de forma poco convincente su pretendida participación.

Lo que muchas veces hace caso omiso algún sector de la doctrina o incluso ciertos árbitros, es que la arbitrabilidad juega un papel determinante en la solución de un problema como el que nos planteamos en este trabajo. Uno de los argumentos que presenta el OSITRAN para verse facultado a intervenir en un arbitraje es que la materia controvertida se relaciona a una facultad del propio OSITRAN, obviando la prohibición legal que existe para arbitrar actos o decisiones de un organismo regulador en ejercicio

de sus facultades o prerrogativas estatales, salvo que una ley así lo autorice expresamente, dentro del marco constitucional.

Así pues, mediante este trabajo, se tratará de hacer entender al lector cuándo el OSITRAN se vería facultado a intervenir en los arbitrajes relacionados a concesiones de infraestructura y bajo qué figura.





## CAPÍTULO PRIMERO:

### EL ARBITRAJE

#### 1.1. Origen del Arbitraje

El arbitraje, entendido como aquel mecanismo mediante el cual dos personas o más someten la solución de sus conflictos a la determinación un tercero, data su origen desde tiempos muy remotos, entendiéndose incluso como la primera forma de administrar justicia que existe<sup>1</sup>.

Sin perjuicio de que los primeros vestigios de la existencia de un procedimiento semejante al arbitral se originan en la época de la antigua Grecia, época en la que los comerciantes, ante la imposibilidad de ver resueltas sus diferencias por mutuo acuerdo, acudieron a un tercero que pueda solucionarlas<sup>2</sup>; no es sino hasta la época del Derecho Romano en la que el arbitraje adquiere mayor relevancia, indicándose inclusive que es la utilización de este mecanismo el que origina el proceso oficial (o judicial) como tal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Autores como JEQUIER sostienen que “remontarnos en el tiempo, en busca del específico origen del arbitraje como mecanismo de solución de heterocompositiva de conflictos, anterior incluso al proceso y al concepto de jurisdicción como hoy se conoce, (...) se trata de una institución cuya evolución ha ido a la par con la historia misma de la civilización” (JEQUIER, E. (2015). *Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable*. Talca. Ius et Praxis. P 200).

<sup>2</sup> Al respecto, CASTILLO indica que “la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos” (CASTILLO, M. (2017). *Orígenes del Arbitraje*. En *Arbitraje y Debido Proceso*. Lima. Palestra, P 17). Por su parte, KUNDMÜLLER sostiene que “los antecedentes arbitrales en occidente, se dieron en el mundo helénico, específicamente en el antiguo derecho ático (...)” (KUNDMÜLLER, F. (2004). *Apuntes sobre arbitraje*. Advocatus 11. P 362).

<sup>3</sup> JEQUIER sostiene que “la doctrina romanista ha sostenido incluso, aunque no de forma unánime, que el juicio del árbitro no oficial fue el origen del proceso, y, por ende, la primera forma de hacer justicia en Roma” (JEQUIER, E. (2015). *Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable*. Talca. Ius et Praxis. Pp 201-202). CASTILLO FREYRE, por su parte, añade que “La institución del arbitraje surge como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares, en épocas en las que aún no hacía su aparición el proceso

Así, durante la época en la que rigió el Derecho Romano, el arbitraje se configuró como un sistema, es decir, como un mecanismo reconocido por la población mediante el cual se solucionaron de manera pacífica aquellas controversias que surgieron entre miembros de una familia o entre una y otra familia<sup>4</sup>.

Al fundarse Roma no existía un proceso judicial en sí, no había institución creada por los romanos que sirva de manera oficial como solucionadora de controversias entre los miembros de su pueblo. Es ahí donde se hace necesaria la creación y utilización de una institución que pueda resolver los conflictos que surjan entre los ciudadanos del pueblo, acudiendo a un tercero imparcial que debía necesariamente estar investido de *auctoritas*, es decir, de un saber socialmente reconocido.

Cuando el imperio romano creció poblacionalmente también crecieron, como es natural, los conflictos entre los mismos pobladores, lo que originó la necesidad de una institución ordenada y organizada que pueda resolver los mismos. De esta manera es que nace el proceso judicial, la justicia ordinaria. A pesar de ello, el arbitraje, desde entonces, no perdió su vigencia: para que los romanos puedan someterse a la justicia arbitral, debían suscribir lo que llamaron contrato arbitral o *compromissum*<sup>5</sup>, mediante el cual se comprometían a cumplir con lo que un tercero neutral imparcial decidía, a quien se le denominó *arbiter ex compromisso*<sup>6</sup>.

---

*judicial oficial*” (CASTILLO FREYRE, M. (2017). *Orígenes del Arbitraje*. En *Arbitraje y Debido Proceso*. Lima. Palestra. P 18).

<sup>4</sup> La doctrina hace mención de que la Ley de las Doce Tablas contenía disposiciones relativas a los árbitros. Respecto de ello, MOLINA señala que “*la Tabla IX-III, imponía la pena de muerte al árbitro que hubiera recibido dinero para pronunciar su sentencia*” (MOLINA, H. (s.f.). *Breve reseña histórica del arbitraje*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27729/25051>).

<sup>5</sup> Lo que en nuestro tiempo es comúnmente conocido como *convenio arbitral*.

<sup>6</sup> Respecto de ello, OVALLE indica que “*en la época clásica [mientras regía el Derecho Romano], el acto por el cual las partes remiten al o los árbitros la decisión de su controversia es un pactum, que ha tomado*

Como vemos, desde esta época se entiende que la justicia arbitral nace del acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, haciendo necesaria la existencia de un *compromissum* para que cualquier diferencia o controversia que surja de la relación de aquellos sujetos sea resuelta mediante un tercero privado (o *arbiter ex compromisso*).

Sin perjuicio de haber coexistido el arbitraje con el proceso judicial ordinario, este último era cada vez más lento en su trámite y más complicado en su forma. Los burgueses, artesanos, mercaderes, entre otros, no estaban a gusto con la lentitud que tenía la justicia del monarca debido a sus complicados mecanismos procesales, y es exactamente por ese motivo que los comerciantes decidieron dejar esa justicia monárquica y trasladarse a un método más efectivo y eficiente, como lo fue el arbitraje.

Si bien el arbitraje ganó la relevancia que merecía, conceptualmente se fue deteriorando, ello debido a que dicha institución fue concebida desde la perspectiva judicial, fue tomada como un proceso alternativo mediante el cual personas en conflicto pudieran resolver sus diferencias, dejando de lado el aspecto contractual que es el origen y el aspecto constitutivo del arbitraje. Así, se le fue dando al laudo valor de cosa juzgada, pero a su vez dotándolo de fuerza ejecutiva, con lo que puede entenderse que era una vía paralela a la justicia ordinaria que era dotada también con el *ius imperium* propio del Estado.

Se dice que esta decadencia del arbitraje se advierte más que todo en ciudades donde se realiza una actividad comercial especialmente intensa, y que luego se traslada al Estado entero, dejando los privados de administrar, por así decirlo, su propia justicia, para que este pase a ser parte de la justicia estatal. Además, se señala también que el final de esta transformación se dio debido a los edictos de Francisco II (1560) y Carlos IX

---

*el nombre de compromissum*” (OVALLE, I. (1996). *El Arbitraje por compromiso en el Derecho Romano*. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVII*. Valparaíso. P 135).

(1563), mediante los cuales se establece que las magistraturas mercantiles o comerciales se convertirían en tribunales estatales, sin perjuicio de atribuírseles la calidad de especiales por ser los miembros de los tribunales jueces elegidos por asambleas de mercantes<sup>7</sup>.

Años más tarde, durante la época de la Revolución Francesa de 1789, se entendía al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos que se acomodaba a las ideas revolucionarias, de principios republicanos y liberales. De esta manera, se retoma el sentido convencional del arbitraje, instaurándose incluso como principio constitucional en su Constitución de 1791, indicándose que el ejecutivo no podría obstaculizar el uso del arbitraje por parte de los ciudadanos en caso estos recurran a dicho mecanismo<sup>8</sup>.

Así es como el arbitraje tomó fuerza y se utilizó, incluso, de manera desproporcionada por los ciudadanos de la Francia revolucionaria, quienes se sometieron a este mecanismo de solución de conflictos para todos y cada uno de sus negocios.

Refiriéndonos a casos más próximos en cuanto a expansión territorial se refiere, en la etapa post-independencia de los países latinoamericanos, los Estados sentenciaron al arbitraje a ser parte de los códigos procesales civiles o de los códigos civiles, teniéndolos, al mismo tiempo, insertos en cada una de sus Constituciones. En efecto, de las cartas magnas latinoamericanas es que el arbitraje cobra fuerza y relevancia, materializando a este mecanismo dentro de las secciones relacionadas a los derechos fundamentales, a la organización judicial y administración de justicia e incluso dentro de la sección concerniente al régimen económico del Estado.

---

<sup>7</sup> Al respecto véase: ZAPPALÀ, F. (2010). *Universalismo histórico del arbitraje*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14429>.

<sup>8</sup> Idem.

Así pues, como sostiene FOLLONIER-AYALA, se llega a hablar en América Latina de un fenómeno conocido como la “constitucionalización del arbitraje”, teniendo este fenómeno tres etapas diferenciadas entre sí: (i) el periodo post-independencia en sí mismo (1820-1860 aprox.), (ii) el periodo “Calvo” (1860-1990 aprox.), y (iii) el periodo del “resurgimiento del arbitraje” (1990 en adelante)<sup>9</sup> (Follonier-Ayala, 2015, págs. 107-134).

En el primero de estos periodos, el periodo post-independencia, los países latinoamericanos adoptaron figuras legales propias del derecho español, dentro de las cuales se encontraba la idea de una resolución alternativa de conflictos vía arbitral, específicamente de la Constitución de Cádiz de 1812.

Esta Constitución señaló en su artículo 280° lo siguiente: “[n]o se podrá privar a ningún Español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”; y en su artículo 281° siguiente indicaba que: “[l]a sentencia que dieren los árbitros se ejecutar, si las partes al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”.

Así, las referencias al arbitraje fueron redactadas en las Constituciones de Latinoamérica de manera similar a los artículos antes citados. Los países latinoamericanos adoptaron los artículos 280° y 281° de la Constitución de Cádiz de 1812, no diferenciándose todavía, durante los años que duró la etapa post-independencia, el arbitraje en Latinoamérica de aquel conocido por el derecho español.

Sin embargo, a partir de 1860, se generó una hostilidad constitucional hacia el arbitraje por los países latinoamericanos, periodo que es conocido como el periodo Calvo,

---

<sup>9</sup> FOLLONIER-AYALA, A. (2015). *Constitucionalización del arbitraje en América Latina*. En Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid. Wolters Kluwer. Pp 107-134.

donde se instauró en los contratos que los Estados suscribían con inversores extranjeros la llamada “Cláusula Calvo”.

SANTISTEVAN señala que esta cláusula “*sometía las disputas con los inversionistas extranjeros a los tribunales comunes de cada país, obligando a las empresas de capital extranjero a inscribirse como nacionales y renunciar a la posibilidad de recurrir a la reclamación diplomática*”<sup>10</sup>.

En este contexto es que Carlos Calvo desarrolló la doctrina que lleva su apellido, la doctrina Calvo. Esta doctrina se fundamentaba en el siguiente principio: los extranjeros no pueden reivindicar del país anfitrión más derechos que sus nacionales. Así, CREMADES afirma que los “[e]lementos fundamentales de lo que se ha venido en llamar la doctrina Calvo son los tres siguientes: uno, los extranjeros deben renunciar a la protección diplomática y a cualquier otro derecho emanado del Derecho Internacional; dos, la ley aplicable será única y exclusivamente la ley del Estado en cuyo territorio desarrolle sus actividades el extranjero; tres, los tribunales domésticos son jurisdicción exclusiva y excluyente para la decisión de posibles conflictos”<sup>11</sup>.

Luego de este abandono al arbitraje y el miedo al mismo por parte de los Estados latinoamericanos, estos tomaron otra vez conciencia y emprendieron una campaña para modernizar el arbitraje, devolverlo a sus raíces y a su naturaleza, y volverlo a instaurar como medio alternativo a la resolución de conflictos entre las personas, sean naturales o jurídicas, nacionales o internacionales, o entre estos y el Estado. A este periodo se le llamó el “periodo de resurgimiento del arbitraje”, donde se puede hablar de una constitucionalización del mismo.

---

<sup>10</sup> SANTISTEVAN, J. (2010). *La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*. En Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen 3. Madrid. Iprolex. P 44.

<sup>11</sup> CREMADES, B.M. (2010). *La participación de los Estados en el arbitraje internacional*. En Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen 3. Madrid. Iprolex. P 657.

El fenómeno de la constitucionalización se llevó a cabo, como lo señala FOLLONIER-AYALA, mediante “*la incorporación del arbitraje en la sección constitucional consagrada a los (i) ‘derechos y garantías fundamentales’, (ii) a la ‘organización judicial y a la administración de la justicia’ y, por último, al (iii) ‘régimen económico’*”<sup>12</sup>.

Por otro lado, sobre este mismo periodo, SANTISTEVAN DE NORIEGA añade que “*los Estados (...) reformaron consecuentemente su legislación arbitral, para establecer leyes autónomas de arbitraje que en general han seguido la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (LMU)*”<sup>13</sup>.

Como puede verse, el arbitraje en Latinoamérica tuvo varias etapas con matices distintos, primero utilizándose el mismo de una manera similar a la que fuera utilizado en España, luego siendo, por así decirlo, aborrecido por los países latinoamericanos, para finalmente blindarlo mediante sus Constituciones.

En el Perú, la primera aproximación a un arbitraje internacional sucedió en el año 1872, cuando un barco que transportaba trabajadores de procedencia china, desde China hacia el Perú, fue detenido en Japón debido a que las velas de esta embarcación habían sufrido daños graves. Dicha embarcación fue retenida por el Gobierno del Imperio del Japón, argumentándose para ello que este transporte de inmigrantes se llevaba a cabo bajo condiciones duras y que aquello no podía ser aceptado.

Los inmigrantes chinos fueron regresados a China, el capitán del navío, que era peruano, y su tripulación también peruana, fueron regresados al Perú, y el barco fue retenido por el gobierno japonés.

---

<sup>12</sup> FOLLONIER-AYALA, A. (2015). *Constitucionalización del arbitraje...* op cit. P 117.

<sup>13</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. (2010). *La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado...* op cit. P 44.

A partir de este hecho, y para no perder la embarcación, una legación peruana fue enviada, presidida por el Capitán Aurelio García y García, con el fin de encontrar una alternativa que diera solución a este conflicto.

Ambos lados acordaron que un tercero debía ser quien resolviera la controversia, estableciéndose al Zar de todas las Rusias, Alejandro II, como aquel tercero imparcial, como árbitro.

Como lo señala CHIPANA, “[e]l Perú perdió el arbitraje, sin embargo, este hecho constituye el primer caso de arbitraje moderno entre dos países, quienes por razones comerciales y, sobre todo, políticas, vieron en este medio de solución de controversias la mejor opción”<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de este evento tan peculiar, en territorio nacional, el primer rastro de reconocimiento legal del arbitraje nos lo muestra la Constitución de 1828. Esta carta magna nos señala, en su artículo 162°, que “[n]ingún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros”.

Si bien no se hace una referencia expresa a la institución arbitral como tal, como medio alternativo de solución de conflictos, se entiende, si se lee de manera integral y sistemática esta Constitución de 1828, que a lo que se refiere su artículo 162° antes citado es que existe esta vía alternativa a la justicia ordinaria.

Ahora bien, no es sino hasta la Constitución de 1920 que se actualiza la visión que se tenía sobre el arbitraje en nuestro país. En efecto, nuestra carta magna de 1920 incluye dentro de su Título IV – Garantías Sociales, la figura del arbitraje obligatorio por conflictos entre el Capital y el Trabajo (artículo 48°) y, en el artículo 49°, que será la ley la que establecerá la forma como deben organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar dichas diferencias.

---

<sup>14</sup> CHIPANA, J. (2014). *Los árbitros y la ley de arbitraje del Perú*. Lima. Thomson Reuters. Pp 35-36.



Como vemos, a partir de la mencionada Constitución, se le otorga un cierto respaldo al arbitraje, pero se le restringe a los temas antes mencionados.

Un cambio que puede ser considerado como significativo para el arbitraje fue aquel dado por la Constitución del año 1979. El cambio se debió a diversos factores, siendo los más importantes la necesidad de agilizar el proceso mediante el cual se resolvían conflictos y el crecimiento exponencial de la inversión extranjera en el país.

Así, esta Constitución incluyó, dentro de sus disposiciones, los artículos 136° y 233° numeral 1, ambas relativas al arbitraje. El primero de estos artículos señalaba que *“[e]l Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú”*.

Por su parte, el artículo 233°, numeral 1, indicaba que *“[s]on garantías de la administración de justicia: 1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar”*.

Se le dio al arbitraje en ese entonces un carácter excepcional, además de poder someter al mismo aquellas controversias surgidas de contratos celebrados entre el Estado y extranjeros cuando dichos contratos hayan sido constituidos bajo convenios internacionales. Es en esta etapa donde se da el quiebre del arbitraje y se le otorga un lugar dentro de la administración de justicia peruana.

Sin embargo, es recién a partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25935, Ley General de Arbitraje del año 1992, que se le otorga un tratamiento orgánico y diferenciado al arbitraje.

Aquello fue producido, como lo señala CHIPANA, por “[e]l desarrollo tecnológico y el intercambio comercial (...)”<sup>15</sup>. Esto condujo a que las relaciones interpersonales aumenten y por ende se celebren mayor cantidad de actos jurídicos. A partir de ello, existía mayor probabilidad de que surjan conflictos.

Y no solo ello, se habla que en aquella época la administración de justicia carecía de eficacia, el trámite ante ella era extremadamente lento y es por ello que las personas empezaron a recurrir a otros métodos o mecanismos para solucionar sus problemas.

Luego de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25935, se le da aún más relevancia al arbitraje mediante la Constitución Política de 1993. En ella se incluye al arbitraje dentro de los Principios Generales del Régimen Económico del país. Específicamente, el artículo 62° de esta carta magna señala que “[l]os conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”. El artículo 63° también recurre al arbitraje en caso surjan controversias derivadas de las relaciones contractuales donde el Estado sea parte. Por su parte, el artículo 139° numeral 1 de la mencionada Constitución es una copia literal del artículo 233°, numeral 1, de nuestra Constitución de 1979 citado anteriormente, estableciendo al arbitraje como una jurisdicción excepcional.

Años más adelante, debido a la evolución de los acuerdos comerciales a lo largo del mundo y a la recurrencia cada vez más asidua al arbitraje, el legislador peruano comprendió que era hora de actualizar nuestra normativa arbitral y equipararla con la de los países que más experiencia habían recabado a lo largo de los años en esta materia. Producto de ello es que se dio origen a la Ley N° 26572 – Ley General de Arbitraje, que se basó en la Ley Modelo de UNCITRAL del año 1985. Esta norma se dividió en dos,

---

<sup>15</sup> Ibidem. P 36.

una sección que regulaba los arbitrajes nacionales y otra que regulaba los arbitrajes internacionales en los cuales era parte el Estado.

Sin perjuicio de ello, como dice CANTUARIAS, debido a la experiencia recogida de los distintos arbitrajes, la emisión de nuevas y más modernas normativas arbitrales en la legislación comparada (como son las de Alemania en 1998, España en 2003 y Austria en 2006), y la actualización más reciente de la Ley Modelo de UNCITRAL en el año 2006, el Perú se vio obligado a emitir inclusive un marco legal más favorable para la práctica del arbitraje, tanto nacional como internacional<sup>16</sup>.

De esta manera es que, el 27 de junio de 2008, se promulga el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje (respecto del cual, para propósitos prácticos de este artículo, nos referiremos como la “Ley de Arbitraje”).

## 1.2. ¿Qué es el arbitraje?

Si bien es cierto que existe una que otra discusión doctrinaria respecto a la definición del concepto de arbitraje, más que todo en torno al tema de si es considerado como jurisdicción o no, es aceptado y consensuado al día de hoy que el arbitraje puede ser definido como un método privado de solución de controversias, que las partes eligen como mecanismo efectivo para poner fin a sus diferencias sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria.

Así lo define también CHIPANA, al señalar que el arbitraje puede ser definido como “*una institución que se origina en el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos de derecho, quienes deciden someter a una o a más personas la solución de un conflicto*”

---

<sup>16</sup> CANTUARIAS, F. (2010). *National Report for Peru*. En: PAULSSON, J. y BOSMAN, L. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=ICCA%20International%20Handbook%20on%20Commercial%20Arbitration>.

*de intereses, respecto del cual estas partes tienen capacidad de disposición, obligándose a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades para tener la calidad de cosa juzgada”<sup>17</sup>.*

Por su parte, HERMIDA lo define como “*un método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado “convenio arbitral”, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por las mismas”<sup>18</sup>.*

De igual manera, CASTILLO y VÁSQUEZ definen al arbitraje como aquel que “*se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo, será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes”<sup>19</sup>.*

Como vemos, en la actualidad, salvo la discusión sobre si el arbitraje puede ser considerado como jurisdicción o no (tema que no será tratado en el presente artículo), no hay una diferencia sustancial en cuanto a la definición de arbitraje se refiere.

---

<sup>17</sup> CHIPANA, J. (2014). *Los árbitros y la ley de arbitraje*...op cit. P 46.

<sup>18</sup> HERMIDA, C. (2011). *Arbitraje*. En: COLLANTES, J.L. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Lima. Palestra. P 96.

<sup>19</sup> CASTILLO, M. y VÁSQUEZ, R. (2006). *Arbitraje: naturaleza y definición*. En Derecho PUCP. Número 59. Lima. Derecho PUCP. P 283.

Algo importante que resaltar, que muchos autores dejan de lado, o por decir lo menos, consideran implícito y sin necesidad de mencionar, es la naturaleza adversarial que tiene el arbitraje y que se desprende de su propia definición.

GONZÁLEZ, por ejemplo, no menciona en su definición de arbitraje, ni en su definición de naturaleza del arbitraje, el carácter adversarial que tiene el mismo, aunque sí lo indica de una manera relegada. En su “Tabla Periódica de Elementos” del arbitraje se encuentra la sección del “Arbitraje en su estado puro”, conteniendo este último concepto la siguiente definición: “*existirá la obligación de acudir al arbitraje siguiendo un procedimiento adversarial, y concluyendo con un laudo que es obligatorio a las partes y tiene fuerza de cosa juzgada*”<sup>20</sup>.

El carácter adversarial del arbitraje se toma de una manera implícita en la definición de dicha institución, la cual entiende que el arbitraje nace debido a que dos sujetos someten a este mecanismo la solución de una controversia que atañe a ambos. Existe entonces una naturaleza adversarial en el arbitraje donde dos sujetos expondrán sus argumentos respecto de por qué es que tienen la razón y refutarán el argumento de su contraparte para tratar de que el laudo sea emitido a su favor.

### 1.3. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Conociendo qué es lo que se entiende por arbitraje, es ahora importante conocer su naturaleza ¿Acaso su naturaleza es privada? ¿Pública? ¿A qué esfera legal pertenece? ¿A la esfera contractual o a la de los procesos judiciales? ¿A ambas?

Existe un gran debate doctrinario respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. La mayoría de autores considera que las tres teorías predominantes que intentan definir la naturaleza del arbitraje son: la jurisdiccional o procesal, la contractual y la mixta o

---

<sup>20</sup> GONZÁLEZ, F. (2017). *La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balanceo químico*. En Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Número 2. Lima. Círculo Peruano de Arbitraje. P 209.

intermedia. Así pues, a continuación, analizaremos cada una de estas teorías, brindando además una opinión al respecto de cada una de ellas.

### 1.3.1. La teoría contractualista

No cabe duda de que, para que exista un arbitraje, debe mediar necesariamente un contrato que pueda activar este mecanismo de solución de conflictos. No puede existir arbitraje si es que no hay contrato, tal como hemos visto en el apartado anterior delimitando su definición.

Es por ello que muchos autores sitúan la naturaleza del arbitraje dentro del ámbito puramente contractual, dejando de lado todo aspecto procedimental o procesal, dando lugar así a la denominada teoría contractualista.

La teoría contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje tiene sus cimientos en el acuerdo al que se someten las partes con el fin de solucionar cualquier conflicto que pueda surgir entre ellas. En estricto, la base de esta teoría se sitúa en el convenio arbitral.

Al respecto, GONZÁLEZ sostiene sobre esta teoría que *“siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada”*<sup>21</sup>.

En síntesis, según afirman KRÖLL, LEW y MISTELIS, esta teoría se funda en el hecho de que todo el proceso arbitral está basado en acuerdos contractuales, tanto el propio convenio arbitral como el laudo que se emita reflejan la naturaleza contractual del arbitraje. Así, el estado no tendría influencia ni algún tipo de control sobre la decisión que

---

<sup>21</sup>GONZÁLEZ, F. (s.f.). *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*. Universidad Iberoamericana. Recuperado de: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

tomen los árbitros y si las partes no cumplen con lo dispuesto en el laudo, podrían ejecutar la decisión contenida en este último como si de un contrato se tratara<sup>22</sup>.

Ahora bien, esta teoría no es del todo correcta, al menos, se le pueden realizar un par de objeciones. Una de ellas se refiere a que, si bien la concepción contractual del arbitraje es fundamental y necesaria para iniciar el proceso arbitral, no podríamos afirmar que el arbitraje es de naturaleza puramente contractual; una vez comenzado, las partes tendrán la autonomía de su voluntad limitada por las facultades que se le otorga al tribunal arbitral, el mismo que tomará las decisiones relevantes en el arbitraje, no recayendo ellas sobre las partes (de otro modo estaríamos hablando de una conciliación).

Otra de las objeciones a esta teoría recae en el hecho de que, en nuestro país, la ejecutabilidad del laudo, en caso una de las partes no quiera cumplirlo y el tribunal arbitral considere necesaria la asistencia de la fuerza pública, deberá ser solicitada al Poder Judicial, tal como lo señala el artículo 67° del Decreto Legislativo 1071<sup>23</sup>.

### 1.3.2. La teoría jurisdiccional o procesalista

---

<sup>22</sup> Interpretación realizada a partir de una traducción simple del siguiente texto: “*The real basis for the contractual theory is the fact that the whole arbitration process is based on contractual arrangements. Both the agreement and the award reflect the contractual character of arbitration. The origin of every arbitration is a contract. The parties agree to submit their disputes to arbitration; the state has no influence or control over this decision. If parties do not voluntarily honour the award, it may be enforced as a contract*” (KRÖLL, S., LEW, J. y MISTELIS, L. (2003). *Chapter 5 Juridical nature of arbitration*. Recuperado de <http://www.kluwarbitration.com/document/ipn27503?q=%22arbitration%22&authorfullnamereversed=Kroll%2C%20Stefan%20Michael>).

<sup>23</sup> **Artículo 67.- Ejecución arbitral.**

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Según CASTILLO y VÁSQUEZ, esta teoría sostiene que la función arbitral tiene un carácter público que “*apoyándose en que es la ley la que le da existencia jurídica en tanto mecanismo de solución de controversias y que, por tanto, los árbitros son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado*”<sup>24</sup>.

Para GONZÁLEZ esta teoría afirma que “*el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica*”<sup>25</sup>.

En suma, esta teoría se basa en que el Estado tiene el poder para controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Las partes que quieran someter sus controversias a arbitraje solo podrán hacerlo si es que las mismas versan sobre materias explícitamente aceptadas por ley.

Sin embargo, lo que hace en realidad esta teoría es quitarle el carácter de privado al arbitraje, cuando dicho carácter es el que le da vida al proceso arbitral. Si bien es necesaria una ley que habilite al proceso arbitral para que las personas puedan someterse al mismo, no se puede afirmar así sin más que el arbitraje tiene una naturaleza pública, fuera de la esfera privada.

### 1.3.3. La teoría mixta o intermedia

---

<sup>24</sup> CASTILLO, M. y VÁSQUEZ, R. (2006). *Arbitraje: naturaleza...* op cit. Pp 280-281.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ, F. (s.f.). *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*. Universidad Iberoamericana. Recuperado de: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.



La teoría mixta, como su propio nombre lo dice, es una mezcla de las teorías antes expuestas. Según los exponentes de esta teoría, el arbitraje es contractual por su momento de nacimiento, el cual se permite por la ley, pero es querido por las partes que someten sus controversias al mismo; y también es procesal o jurisdiccional por su desarrollo.

KRÖLL, LEW y MISTELIS señalan respecto a la teoría mixta que la misma fue desarrollada en 1952 por Sauser-Hall en un reporte para el Institut de Droit International, en el cual señalaba que el arbitraje no puede encontrarse fuera de todo sistema legal: tiene que haber alguna ley que determine la validez del sometimiento al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo<sup>26</sup>.

GONZÁLEZ, señala que esta teoría establece que “*los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial (estatal) alguno (...). La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución (...)*”<sup>27</sup>.

La teoría mixta se ha convertido, desde su creación, en la teoría dominante en doctrina ya que tanto el elemento contractual como el elemento jurisdiccional o procesal

---

<sup>26</sup> Interpretación realizada a partir de una traducción simple del siguiente texto: “*The theory was developed by Professor Sauser-Hall in his report to the Institute de Droit International in 1952. He argued that arbitration could not be beyond every legal system: there had to be some law which could determine the validity of submission to arbitration and the enforceability of the award*” (KRÖLL, S.LEW, J. y MISTELIS, L. (2003). *Chapter 5 Juridical nature of arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/document/ipn27503?q=%22arbitration%22&authorfullnamereversed=Kroll%2C%20Stefan%20Michael>).

<sup>27</sup> GONZÁLEZ, F. (s.f.). *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*. Universidad Iberoamericana. Recuperado de: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

se unen dando lugar al arbitraje moderno. En efecto, el arbitraje nace de un contrato, los árbitros son elegidos por las partes y la norma que regulará las actuaciones arbitrales son también definidas por las partes y el contrato que las vincula; pero el arbitraje no solo está compuesto de ese ámbito privado que es tan esencial en él, sino que mantiene un ámbito procesal importante en la actuación de los árbitros y en su decisión mediante el laudo.

Es esta teoría la que mejor define la naturaleza del arbitraje, la que se encuentra acorde a la realidad. Por un lado, es imposible negar que el arbitraje nace de un acto voluntario por los particulares que se someten al mismo y por otro es necesario que los actos de los árbitros sean considerados por las partes y terceros como actos jurisdiccionales, que poseen fuerza definitiva como si fueran resoluciones o sentencias judiciales.

## CAPÍTULO SEGUNDO:

### EL ARBITRAJE ENTRE CONCEDENTE Y CONCESIONARIO

#### 2.1. Introducción a las Asociaciones Público-Privadas – APPs

Existen situaciones en las que al Estado no le basta la experiencia y conocimiento técnico que poseen sus entidades o funcionarios para llevar a cabo proyectos en pro de la población, o no posee los recursos necesarios para ello. Ante tal situación y otras posibles razones, el Estado acude a un privado para que, juntos, puedan desarrollar dichos proyectos utilizando la experiencia, conocimientos, recursos, etc. que solo el privado se ve en capacidad de aportar.

Así, una de las modalidades que tiene el Estado para aceptar la colaboración de un privado, o, en otras palabras, una de las modalidades de participación de la inversión privada en el sector público para los fines descritos en el párrafo anterior es la constitución de una Asociación Público-Privada (o APP, como las denominaremos de este punto en adelante).

Como lo señala CORNEJO, “[l]as APP están basadas en el reconocimiento de que, tanto el sector público como el sector privado, pueden mutuamente beneficiarse uniendo sus recursos financieros, conocimientos y experiencia para mejorar la entrega de los servicios básicos a todos los ciudadanos”<sup>28</sup>.

Las APPs pueden tomar cualquier forma contractual (asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de operación y mantenimiento, etc.<sup>29</sup>), pero en el Perú se han venido desarrollando a través de las concesiones, por lo que, en lo que aquí concierne,

---

<sup>28</sup> CORNEJO, R. (2006). *Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público*. En Derecho Regulatorio. Número 52. Lima. Themis. P 214.

<sup>29</sup> Artículo 29.4 del Reglamento del DL N° 1362, aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF, publicado con fecha 30 de octubre de 2018.

nos dedicaremos a estudiar y desarrollar el régimen de las APPs constituido mediante un contrato de concesión: mediante este contrato, el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de proyectos de obras públicas o prestación de servicios públicos por un periodo de tiempo determinado<sup>30</sup>. Es decir, si bien el concepto de APP en el Derecho peruano excede al de concesión, a efectos del presente trabajo los entenderemos como equivalentes.

El Decreto Legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante APPs y Proyectos en Activos, define a las APPs como “*una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados*”<sup>31</sup>. Además, esta misma norma sostiene que mediante las APPs “*se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica*”<sup>32</sup>.

Entonces, a efectos del presente documento, entenderemos a las APPs como aquella modalidad de participación de la inversión privada, constituida mediante un contrato de concesión, que se destina a desarrollar proyectos de infraestructura y otros, en los cuales el Estado tenga un determinado interés y requiera de la participación de un privado para llevarlos a cabo.

Se puede decir que este tipo de modalidad de participación de los privados constituiría un *win-win* tanto para el Estado como para el mismo privado ya que, como lo

---

<sup>30</sup> Si bien las APPs pueden constituirse con la finalidad de prestar servicios públicos, ese tema no será tratado en el presente documento, ya que el mismo se dirige especialmente al arbitraje que surge de conflictos entre las partes suscribientes de un contrato de concesión de infraestructura.

<sup>31</sup> Artículo 20.1 del Decreto Legislativo N° 1362.

<sup>32</sup> Artículo 20.2 del Decreto Legislativo N° 1362.

señalan MERCADO y ABUSADA, “con el uso de las APP como mecanismo de promoción de la inversión privada, el inversionista privado (...) entra a trabajar en proyectos de gran envergadura que estarían tradicionalmente reservados a la Administración Pública como consecuencia de brindar los servicios básicos que exige un Estado de bienestar”<sup>33</sup>.

Respecto a los participantes en este tipo de APPs (aquellas conformadas mediante un contrato de concesión para la colaboración entre Estado-privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura) tenemos al Estado peruano como concedente y a uno o más privados como concesionario(s), quienes por un determinado periodo de tiempo se “asocian”.

En estas modalidades de APPs, el concedente otorga a un inversionista la ejecución y explotación de infraestructura pública o prestación de servicios relacionados, por un plazo determinado, pagando al concesionario la retribución pactada, ya sea por la ejecución de la obra o por su actividad en relación a la infraestructura concesionada (en caso sea una concesión cofinanciada). Por otro lado, el concesionario es el encargado de ejecutar el proyecto, operarlo y mantenerlo<sup>34</sup>, asumiendo los riesgos y beneficios de la explotación del servicio que corresponda, al menos en una parte significativa, y a la vez viéndose retribuido por la prestación del mismo.

Sin perjuicio de lo indicado, la supervisión de los contratos de APPs para proyectos de infraestructura es delegada al regulador encargado de dicho sector, el

---

<sup>33</sup> MERCADO, E. y ABUSADA, F. (2015). *Asociaciones Público Privadas (APP): entre lo público y lo privado – el empresario como gobernante*. En Revista Derecho & Sociedad. Número 45. Lima. Derecho & Sociedad. P 106.

<sup>34</sup> Mediante la ejecución de inversiones y desarrollo de nuevas instalaciones, uso de los activos del proyecto, recaudación de tarifas según sea el caso, etc.

OSITRAN. Dicha supervisión, conforme lo indica la propia norma, tiene como finalidad salvaguardar el cumplimiento de los niveles de servicio que preste el concesionario.

Debemos dejar claro en este punto que el Organismo Regulador<sup>35</sup> no es parte del contrato de concesión, no suscribe el mismo como sí lo hace el Estado peruano (para los casos de infraestructura, por medio del Ministerio de Transportes y Comunicaciones – o “MTC” –) y el inversionista privado, no espera obtener beneficios por la ejecución del contrato de concesión, ni tampoco puede verse facultado a actuar en beneficio del Estado peruano (tomando a este como parte del contrato), sino que deberá velar por una perfecta armonía en la ejecución del mencionado contrato.

## 2.2. El Papel del OSITRAN en los Contratos de Concesión de Infraestructura

Antes de iniciar con la explicación sobre cómo es que participa el OSITRAN en los Contratos de Concesión de Infraestructura, bajo qué normativa se faculta su actuación, cuáles son sus funciones, etc., es importante definir qué se entiende por regulación pública (referida a aquella practicada por los distintos organismos reguladores).

Según la Real Academia de la Lengua Española, “regular” significa “*ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines*” o “*determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo*”<sup>36</sup>.

Dicho término aplicado al actuar de la administración pública o una entidad pública como regulador podría entenderse, como lo indica LAGUNA, según lo siguiente: “*La regulación decide los espacios de la vida social que quedan publicados (servicio público). También la ordenación, supervisión y control de las actividades sujetas a la*

---

<sup>35</sup> A efectos del presente trabajo se tratará a este como “Organismo Regulador” u “OSITRAN”, al ser este último el Organismo Regulador que se encarga de supervisar y fiscalizar que se cumpla con los contratos de concesión de infraestructura.

<sup>36</sup> Definición sustraída del diccionario digital de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2|VkMn9cm>

*libre iniciativa (ordenación). La regulación asegura que -cruzados los límites que definen el contenido normal del derecho- las privaciones singulares deben ser compensadas (ablación). La norma también es el fundamento de la actividad prestacional de la Administración, así como del apoyo a los particulares para la realización de actividades que contribuyen al bien común (ayudas)”<sup>37</sup>.*

Se podría decir entonces, que la regulación comprenderá un conjunto de elementos (jurídicos, técnicos y decisionales) necesarios para controlar o mantener dentro de determinados parámetros cierto sector de actividad (aeropuertos, ferrocarriles, carreteras, telecomunicaciones, energía, minería, etc.)<sup>38</sup>.

En el contexto que nos ocupa, cuando hagamos referencia al término regulación, nos referiremos a aquella actuación de los organismos reguladores orientada a supervisar y controlar el normal desarrollo de las estipulaciones establecidas en el contrato de concesión.

Así, para aterrizar estos conceptos y definir de una forma práctica la figura de regulación pública (referida a aquella que realizan los organismos reguladores, aplicada a la labor que cumplen bajo el marco de un contrato de concesión), se podría decir que esta puede ser entendida como aquella mediante la cual el organismo regulador vigila y controla el correcto funcionamiento de las relaciones que mantiene el Estado con los inversionistas, determinando reglas aplicables a cada caso concreto, las cuales no siempre serán jurídicas, sino también técnicas. Como veremos más adelante, estas no son las únicas funciones que la ley ha otorgado a los organismos reguladores.

---

<sup>37</sup> LAGUNA, J.C. (2011). *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3732677.pdf>

<sup>38</sup> Al respecto ver ARIÑO, G. y DE LA CUÉTARA, J.M. (2000). *Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos*. Madrid. Recuperado de: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=561&path%5B%5D=616>.

No puede dejarse de lado que la regulación pública siempre tendrá como objetivo, al menos en principio, el beneficio de la población o interés general. Es decir, por medio del control que ejerce, buscará siempre el interés general de su población<sup>39</sup>.

Los Estados justifican esta intervención o control sobre la actividad de los concedentes y/o concesionarios en garantizar el acceso de toda la población a los servicios prestados, en este caso, por los concesionarios, o también por razones económicas e inclusive técnicas.

Ahora bien, para que esta regulación que practica el Estado pueda ser entendida como independiente y autónoma<sup>40</sup> -y que de esta manera no se ponga en tela de juicio la imparcialidad de un regulador-, debe existir, necesariamente, una entidad que la ejecute, creándose de esta manera los denominados organismos reguladores.

Estos organismos reguladores se crearon con un claro objetivo, la defensa y ordenación de la actividad (o prestación) que corresponda, con la mayor seguridad, calidad y precios posibles, así como con la mayor eficiencia<sup>41</sup>.

En efecto, durante el desarrollo económico que existió en el país en la última década del siglo veinte, el Estado inició procesos de privatización de numerosas empresas

---

<sup>39</sup> Uno de los autores que define a la regulación en torno al concepto de interés general es MONTERO, quien sostiene lo siguiente: “*Entendemos a la regulación como la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración*” (MONTERO, J.J. (2014). *La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico*. En *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/artivle/download/49711/46215>).

<sup>40</sup> La regulación que practica el Estado sobre los contratos de concesión de infraestructura es llevada a cabo por el OSITRAN, quien mantiene una supuesta independencia y autonomía funcional respecto de cualquier otra entidad gubernamental (en lo que respecta a este trabajo, se diría que se mantiene independiente al Ministerio de Transportes y Comunicaciones).

<sup>41</sup> Véase ARIÑO, G. (2006). *Logros y fracasos de la regulación*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822/9219>



estatales y otorgó numerosas concesiones tanto de obras públicas de infraestructura como de servicios públicos, entre otros, todo esto producto del mencionado desarrollo económico del país.

Esto, como es obvio, generó la obligación de crear normativas que regulen las relaciones del Estado con los privados, la actuación de estos últimos, el cumplimiento de los contratos de concesión, etc. Una de estas normativas fue la denominada “Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos” - Ley N° 27332 (para propósitos de este documento, denominaremos a esta norma como “Ley Marco”), publicada el 29 de julio del año 2000, reglamentada mediante Decreto Supremo N° 032-2001-PCM, publicado el 29 de marzo de 2001.

Esta norma, aparte de definir a los organismos reguladores como “*organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera*”, establece también normas básicas de organización y funcionamiento comunes a todas estas entidades reguladoras (u organismos reguladores), como por ejemplo la ubicación de estas en la estructura del Estado, sus funciones, responsabilidades, etc.

En palabras de OTINIANO, “*una entidad reguladora es una institución que reglamenta la prestación de servicios y precios acorde a una condición de competencia que permite la efectiva regulación, en todos sus alcances, de los Servicios Públicos de acuerdo con el interés social y en estrecha relación con la calidad de vida de la población*”, estando la naturaleza de estas entidades dirigida a “*armonizar los intereses*”

*de los usuarios de los Servicios Públicos y consumidores, el propio Gobierno y los inversionistas que brindan dichos servicios*<sup>42</sup>.

Como vemos de la última cita, si bien OTINIANO no lo indica textualmente, hace referencia a la existencia de una “libertad” y “neutralidad” que deberían tener estos organismos al momento de regular las relaciones entre usuarios, el Estado y los inversionistas prestadores de servicios.

Entonces, queda claro que el regulador deberá ser imparcial en su actuar, no dejándose manipular o guiar por presiones políticas, debido a que su mayor objetivo es el mantener un equilibrio entre las empresas privadas, el Estado mismo y los consumidores o usuarios del servicio<sup>43</sup>.

Así, se podría entender que los organismos reguladores no pueden (o no deberían) ser parciales al momento de ejercer sus funciones; no podrán, así sean entidades creadas por el propio Estado, beneficiar a éste en perjuicio de los inversionistas y/o de los consumidores, y deberán velar siempre por mantener una armonía entre las tres partes, sobre todo entre el Estado y los inversionistas, sin perjuicio de supervisar, fiscalizar o penalizar a estos últimos de ser necesario.

---

<sup>42</sup> OTINIANO, M. (2012). *La regulación de los servicios públicos: la experiencia de OSINERGMIN*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13497/14124>.

<sup>43</sup> Al respecto, TASSANO indica: “*el nivel de independencia que debe tener el regulador en sus relaciones con el entorno y con los objetivos de la actividad regulatoria, implica que debe guardar distancia en sus relaciones con las empresas y con los procesos políticos. Dado que su objetivo es mantener un equilibrio entre las empresas y sus accionistas, las autoridades políticas de turno y los consumidores; el regulador no puede permitir ser capturado por alguna de estas partes*” (TASSANO, H. (2008). *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/issue/view/1175>). Para VÉLEZ, el rol de los organismos reguladores “*debe desarrollarse dentro de una relación equitativa y proporcionada*” entre los consumidores, los inversionistas y el Estado (VÉLEZ, R. (2012). *Las decisiones administrativas y la opinión del OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13505>).

Aquello es absolutamente razonable. El Estado, a sabiendas del poder que podría ejercer sobre las relaciones que tuviera con inversionistas, pero a la vez del perjuicio que podría significar para éste y sus ciudadanos que no exista deseo de invertir en el país por la gran capacidad de intervención que tendría el Estado, se vio en la necesidad de crear organismos autónomos e independientes incluso del Estado mismo (al menos, de sus distintas entidades), para atraer a la inversión garantizando que el trato será justo y equitativo entre estos y el Estado.

Esto no debería ser solo una utopía, sino también el *modus operandi* de estos organismos reguladores: regular de forma imparcial y autónoma, sin beneficiar a una parte en perjuicio de otra. Como se ha expuesto anteriormente, no son pocos los autores que consideran que los organismos reguladores deben ser autónomos e independientes, sosteniendo ello no porque sería lo más beneficioso para el país y su población, sino porque, además, se desprende de su normativa.

Pues bien, para ejercer esta regulación, la ley ha dotado a los organismos reguladores con un conjunto de funciones y potestades de carácter público, que se le atribuyen para que puedan cumplir con su objetivo: beneficiar a la población y su interés general.

En efecto, de la Ley Marco podemos distinguir aquellas funciones y potestades que han sido otorgadas a los organismos reguladores para que ejerzan su función. El numeral 1 del artículo 3° de dicha norma indica que estos organismos ejercen las siguientes funciones: (i) supervisora; (ii) reguladora; (iii) normativa; (iv) fiscalizadora y sancionadora; (v) de solución de controversias; y, (vi) de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.

Procederemos a continuación a detallar cómo es que la Ley Marco define cada una de estas funciones:

(i) Función Supervisora

Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.

(ii) Función Reguladora

Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

(iii) Función Normativa

Comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador

(iv) Función Fiscalizadora y Sancionadora

Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales

o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

(v) Función de Solución de Controversias

Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

(vi) Función de Solución de los Reclamos de los Usuarios de los Servicios que Regulan.

Esta es la única función no definida por la Ley Marco, pero como su nombre lo dice, comprende la facultad de resolver aquellos reclamos planteados por los usuarios.

Ahora bien, en el marco de los contratos de concesión, podría delimitarse, de las funciones antes indicadas, las diferencias que existen entre un organismo regulador y el Estado mismo como concedente. Antes que nada, el concedente es considerado como parte del contrato, parte que se encuentra obligada al cumplimiento de las disposiciones contractuales correspondientes; es decir, el concedente no contará con prerrogativas adicionales a las que el contrato y la ley le otorguen. El organismo regulador por su parte es aquel que supervisa, fiscaliza, etc., el cumplimiento del contrato de concesión que haya suscrito la entidad concedente con un inversionista, y así emitir opiniones, realizar informes, aplicar penalidades contractuales, etc. Ahora bien, el organismo regulador no es parte del contrato de concesión, podrá actuar en base al mismo, pero no puede ser considerado como parte obligada al cumplimiento de las disposiciones que se encuentren inmersas en dicho contrato de concesión.

Para entender mejor la diferencia entre concedente y organismo regulador, CANOSA señala que este último tiene como tarea el *“fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con la normativa vigente y conforme a ésta y el contrato de concesión respectivo (...)”*, por el contrario, añade que *“el concedente debe reservarse la difícil tarea de fijación de políticas para el sector, lo que incluye todas aquellas cuestiones relativas a la celebración de contratos y otorgamiento de licencias y concesiones, como así también modificación en interpretación de dichos instrumentos, funciones de desarrollo normativo, etc. (...)”*<sup>44</sup>.

Para el caso del Perú, como bien lo señala DANÓS, *“podemos afirmar que los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son entidades que actúan dentro del marco de la normativa vigente establecida para cada tipo de servicio público y la que se derive de los respectivos contratos de concesión, cuya principal función es de carácter supervisor o de control de la actividad desarrollada por las empresas prestadoras de servicio público y de los compromisos contraídos en los citados contratos de concesión (...)”*<sup>45</sup>.

Así, podríamos decir que las diferencias entre estas dos entidades estatales, referida a su actuación bajo el contrato de concesión, radica en la función que cada uno cumple en este tipo de contratos.

Por un lado, el concedente analiza las oportunidades de inversión en el país (con el fin de que otra entidad u organismo, como PROINVERSIÓN por ejemplo, convoque a inversionistas para que oferten sus servicios y le adjudique la concesión a quien realice la

---

<sup>44</sup> CANOSA, A.N. (2000). *Lineamientos para la conformación de un ente de control de transporte terrestre*. En *Actualidad en el Derecho Público* N° 13. Buenos Aires. P 59.

<sup>45</sup> DANÓS, J. (2013). *Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios*. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Número 57. Lima. P 70.

mejor oferta), suscribe el contrato y se obliga mediante el mismo al pago de una retribución por los servicios del concesionario (concesiones cofinanciadas), etc.

Por otro, el organismo regulador se encarga, generalmente, de emitir su opinión (no vinculante, ya que no es parte del contrato de concesión como hemos mencionado) respecto a los diferentes informes preparados por el concesionario, fiscalizar la correcta explotación del servicio, establecer criterios de selección de auditores, ejecutar garantías por incumplimientos contractuales, etc.

Todo lo que antes se ha expuesto (significado del término de regulación pública, qué son los organismos reguladores, cuáles son sus funciones, etc.) nos llevará a comprender más fácilmente al OSITRAN y su actuación dentro del marco de los contratos de concesión de infraestructura.

Pues bien, la Ley N° 26917 (Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte) dispuso la creación del OSITRAN mediante su artículo 2<sup>46</sup>. Este artículo indica que el OSITRAN contará con “*autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera*”, entendemos, respecto del Estado y su posible influencia en el actuar de este organismo regulador.

El OSITRAN, conforme lo señala el artículo 4<sup>47</sup> de la Ley antes indicada, es un organismo que ejerce su competencia sobre las entidades prestadoras (o inversionistas)

---

**<sup>46</sup> Artículo 2.- Creación de OSITRAN**

Créase el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN – como organismo público descentralizado adscrito al Sector Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción con personería jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

**<sup>47</sup> Artículo 4.- Ámbito de Competencia**

OSITRAN, ejerce su competencia sobre las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público.

que explotan infraestructura nacional de transporte de uso público, y su misión consiste en *“regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito”*, como bien lo señala el artículo 3<sup>48</sup> de esta misma Ley.

Resalta lo indicado en el artículo citado, en referencia a la actuación imparcial y objetiva que deberá tener el OSITRAN al momento de supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión por parte del Estado, los inversionistas y usuarios. A esto hemos hecho referencia anteriormente, al indicar que los organismos reguladores deben tener “libertad” y “neutralidad” al momento de actuar, sin verse a obligados a favorecer al Estado por el solo hecho que han sido creados por este.

Esta imparcialidad y neutralidad al actuar deberá ser aplicada al ejercicio de sus funciones (aquellas que se han indicado párrafos atrás cuando se listaron las funciones comunes a todos los organismos reguladores) y solo así podrá considerarse que el OSITRAN actúa de acuerdo a ley.

Ahora bien, para propósitos de este trabajo, nos enfocaremos especialmente en tres de las funciones comunes a todo organismo regulador, como lo son la función supervisora, la función reguladora y la función fiscalizadora y sancionadora. Esto debido

---

<sup>48</sup> **Artículo 3.- Misión de OSITRAN**

3.1. La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito (...).



a que los casos en los que el OSITRAN ha tratado de intervenir (lográndolo o no) en los arbitrajes nacidos de contratos de concesiones de infraestructura, ha argumentado el ejercicio de alguna de estas funciones inherentes a éste en el hecho controvertido materia del arbitraje mencionado.

Autores como TASSANO han analizado cómo es que estas funciones son ejercidas por el OSITRAN, señalando, respecto de la función supervisora, que esta se ejerce cuando el OSITRAN (i) verifica el cumplimiento de las obligaciones contractuales, legales y técnicas; (ii) monitorea el comportamiento de las empresas públicas y privadas a fin de garantizar neutralidad y no discriminación en la prestación de servicios; y, cuando (iii) interpreta los títulos contractuales<sup>49</sup>.

Respecto a la función reguladora, indica que esta aparece cuando el OSITRAN (i) determina tarifas de servicios y actividades desde su ámbito; (ii) determina sistemas tarifarios y sus condiciones de aplicación; (iii) establece y determina estándares de calidad; (iv) opera el sistema tarifario de la infraestructura desde su ámbito; y (v) define sistemas tarifarios o regulatorios.

Por último, respecto a la función fiscalizadora y sancionadora, el OSITRAN ejerce esta función cuando *“impone sanciones y medidas correctivas por el incumplimiento de las obligaciones señaladas en los contratos de concesión y en las normas aplicables”*.

La propia Ley N° 26917 nos da a conocer las funciones específicas que tiene el OSITRAN como organismo regulador en su artículo 7<sup>50</sup>, funciones que se desglosan de

---

<sup>49</sup>TASSANO, H. (2008). *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/issue/view/1175>

<sup>50</sup> **Artículo 7.- Funciones**

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

- 
- b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:
- i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.
  - ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.
  - iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.
- c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.
- d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.
- e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia.
- h) En casos excepcionales en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación de contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, OSITRAN podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año calendario.
- i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.
- j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera.
- k) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.
- l) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren

aquellas funciones comunes a todos los organismos reguladores y respecto de las cuales también se basa muchas veces el OSITRAN, e incluso el propio Estado como concesionario, para sustentar la necesidad de la intervención de este regulador en los arbitrajes que mantiene con los particulares.

Una de las funciones más relevantes para nuestro trabajo es aquella referida a la interpretación de los contratos de concesión. El OSITRAN tiene, como una de sus funciones, la de interpretar las disposiciones contenidas en un contrato de concesión de infraestructura suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en representación del Estado peruano) y los inversionistas que prestarán el servicio al que el contrato se refiera.

Respecto a esta función se refiere el literal e) del artículo 7° de la Ley N° 26917 antes indicado, cuando señala que una de las funciones del OSITRAN es “*interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación*”.

### 2.3. El Convenio Arbitral en los Contratos de Concesión de Infraestructura

En los contratos de concesión de infraestructura es obligatorio que se encuentre una cláusula que remita la solución de toda controversia, relacionada al mismo contrato,

---

surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre Entidades Prestadoras.

m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.

n) Expedir las directivas procesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.

o) Llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.

p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

al fuero arbitral. Esto nace, primero, como una facultad del Estado otorgada mediante la constitución, pero luego esta remisión al arbitraje se establece como obligatoria para todo contrato de concesión, como veremos a continuación.

Antes que nada, debemos señalar la habilitación legal que otorga la Constitución para acudir al arbitraje en caso surjan controversias relacionadas a un contrato con el Estado. Así, nuestra carta magna establece en su artículo 63° lo siguiente: *“El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la 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”*.

Como vemos, es desde la propia Constitución que se desprende la posibilidad que tiene el Estado de someter cualquier controversia que surja de su relación contractual a arbitraje.

Ahora bien, la normativa aplicable al régimen de concesiones en nuestro país también se ha pronunciado al respecto, indicando que *“los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias”* (artículo 56°, numeral 1, del Decreto Legislativo N° 1362).

Entonces, se entiende que los contratos de concesión, que se consideran como contratos de Asociación Público Privada, deberá incluir una cláusula arbitral. Esto puede considerarse como una garantía para el particular, quien dejará de lado a la justicia estatal para resolver sus controversias con el Estado y así despreocuparse, en principio, de toda injerencia estatal que pueda afectarlo negativamente.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje (específicamente su artículo 4°) también nos ilustra sobre la posibilidad que tiene el Estado de someter sus controversias a arbitraje:

*“El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país”.*

Es decir, el Estado podrá someter sus controversias a arbitraje siempre que la materia controvertida derive de la relación contractual que éste mantenga con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

Pues bien, habiendo quedado clara la necesidad que se tiene de incluir una cláusula arbitral a los contratos de concesión, considero necesario pasar al análisis de la regulación que existe en nuestra normativa respecto del convenio arbitral.

La Ley de Arbitraje dedica un Título entero al convenio arbitral. En efecto, el Título III de dicho cuerpo normativo define lo que se entiende por convenio arbitral, su contenido, forma, extensión, entre otros.

Respecto a su definición, el numeral 1 del artículo 13° de este Decreto Legislativo sostiene que *“el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”*.

Este artículo 13°, como bien lo señalan CASTILLO, SABROSO, CHIPANA y CASTRO, tiene sus antecedentes en el artículo 7° de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (comúnmente denominada como “Ley Modelo Uncitral”), el mismo que relata casi de exacta manera lo indicado por nuestra Ley de Arbitraje: *“el acuerdo arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...)”*<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> CASTILLO, M., SABROSO, R., CHIPANA, J. y CASTRO, L. (2018). *La ley de arbitraje*. Lima. Gaceta Jurídica. P 188.

Además, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje adopta también la definición expuesta por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocida como la “Convención de Nueva York”, la misma que indica en su artículo II que el convenio arbitral es *“el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”*.

Si bien la doctrina ha mantenido diversos criterios para definir al convenio arbitral y su naturaleza, para efectos del presente artículo seguiremos la definición seguida por la gran mayoría (definición que comparto) de autores, que tratan al convenio arbitral como un acto jurídico, específicamente como un contrato. Uno de estos autores es VIDAL, quien define al convenio arbitral como *“un acto jurídico constitutivo desde que genera obligaciones y derechos para sus celebrantes, los que tienen que estar en capacidad para celebrarlo o ésta serle atribuida por ley”*<sup>52</sup>.

Otro autor que considera al convenio arbitral como un contrato es CASTRO, quien sostiene que *“en él se presentan todas las características de los contratos que dan nacimiento a obligaciones de hacer y de no hacer (como, por ejemplo, no recurrir a la jurisdicción ordinaria”*<sup>53</sup>.

Es decir, se entenderá al convenio arbitral como un acto jurídico (específicamente como un contrato) mediante el cual dos o más partes se someten a que la solución de sus controversias, nacidas de un contrato que estas han suscrito o no, sean resueltas mediante arbitraje, absteniéndose así de acudir al Poder Judicial.

---

<sup>52</sup> VIDAL, F. (2014). *El convenio arbitral. Importancia y regulación en la Ley de Contrataciones del Estado*. En Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano. Número 500. Lima. El Peruano. P 4.

<sup>53</sup> CASTRO, L. (2018). *Concepto, contenido y formalidades del convenio arbitral*. Lima. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. P 43.

CASTRO, para definir al convenio arbitral, señala que éste “*implica un acuerdo de voluntades, y el objeto central de este acuerdo de voluntades, es contemplar la posibilidad de que la solución de determinadas controversias que surjan en el futuro, sea sometida a arbitraje*”<sup>54</sup>.

Por su parte, RIVERA señala que el convenio arbitral es “*el acuerdo de las partes de someter una controversia a arbitraje lo que permite que ésta pueda resolverse por un tercero o terceros al margen de los tribunales nacionales*”<sup>55</sup>.

Como vemos de las definiciones antes expuestas, el convenio arbitral podrá ser entendido como aquel acuerdo entre dos o más partes que, como todo acto jurídico, genera obligaciones y derechos para quienes lo celebran, estando destinado a someter una o más controversias entre dichas partes que surjan en un futuro o hayan surgido ya, a arbitraje, para que puedan ser resueltas por un tercero.

Las partes entonces se excluyen a sí mismas de la jurisdicción del Poder Judicial, sometiéndose ante un árbitro único o tribunal arbitral para que resuelva las controversias que hayan podido surgir entre ellas.

Respecto a sus requisitos, se entiende que sólo se requerirá del consentimiento de las partes en someterse a arbitraje, no siendo necesario que el pacto conste por escrito. Y es que si bien la Ley de Arbitraje establece en el numeral 2 de su artículo 13° que “*el convenio arbitral deberá constar por escrito*”, en el numeral siguiente (numeral 3 del artículo 13°) señala que “*se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*”.

---

<sup>54</sup> Ibidem. P 51.

<sup>55</sup> RIVERA, C. (2011). *Convenio Arbitral*. En: COLLANTES, J.L. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Lima. Palestra. P 425.

Sin perjuicio de su forma, SOTO, sostiene que, para que sea válido, el convenio arbitral deberá reunir los siguientes requisitos: “(i) *capacidad jurídica de los contratantes*, (ii) *consentimiento libre de vicios*, (iii) *objeto lícito (física y jurídicamente posible)*; y, *fin lícito*”<sup>56</sup>. Es decir, deberá cumplir con los requisitos de todo acto jurídico.

Respecto al contenido, el convenio arbitral podrá ser redactado de una forma “general” o de una manera más “detallada”. Es decir, podrá hacer referencia al acuerdo que tienen las partes para someter la solución de sus controversias a un arbitraje; o bien podrá establecer todas y cada una de las reglas bajo las cuales se tendrá que llevar el arbitraje, como por ejemplo la designación de los árbitros, la norma o normas a las cuales se someterá el arbitraje, el plazo en el cual el laudo debe ser expedido, etc.

Ahora bien, como hemos visto de lo expuesto anteriormente, el convenio arbitral basa su existencia en el acuerdo al que llegan las partes para someter la solución de sus controversias a arbitraje. En efecto, son las partes las que, originariamente, son las obligadas a cumplir con lo pactado entre ellas mediante un contrato o acto jurídico, como lo es un convenio arbitral. A esto se refiere la doctrina cuando define su ámbito de aplicación subjetivo.

Por citar un ejemplo, para MATHEUS, “*el ámbito de aplicación subjetivo del convenio arbitral se extiende a los sujetos que lo suscribieron, esto es, posee un alcance inter partes*”<sup>57</sup>. Se entendería entonces que el convenio arbitral solo alcanzaría a quienes lo suscribieron, pero aquello tiene una excepción, y es aquella inmersa de manera expresa en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje, la misma que podría decirse establece un ámbito

---

<sup>56</sup> SOTO, C. (s.f.). *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*. Recuperado de: <https://docplayer.es/5006966-Comentarios-a-la-ley-peruana-de-arbitraje.html>

<sup>57</sup> MATHEUS, C.A. (2017). *El convenio arbitral: formalidad, alcances, elementos y efectos*. En: Panorama Actual del Arbitraje 2017. Lima. Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre. P 271.



de aplicación subjetivo del convenio arbitral, que alcanzaría a otras partes fuera de aquellas que lo suscribieron<sup>58</sup>.

#### 2.4. Materias no Arbitrables

Antes de pasar al análisis de las materias o controversias que no podrán ser tratadas mediante arbitraje, es importante comprender primero cuáles son los presupuestos para que un arbitraje pueda llevarse a cabo. Es a partir del entendimiento de estos supuestos (específicamente de uno de ellos) que el análisis de las materias arbitrables resulta más sencillo de realizar y, a la vez, de comprender.

En este sentido, para CAIVANO, el acuerdo arbitral debe ser: “(i) *válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); (ii) válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de los árbitros (arbitrabilidad subjetiva); (iii) obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y, (iv) obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser partes en el arbitraje y quienes han sido partes en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo)*”<sup>59</sup>.

Para propósitos de esta sección, nos centraremos en el primero de estos conceptos, el de arbitrabilidad objetiva, por estar estrictamente relacionado con la determinación de la materia arbitrable.

---

<sup>58</sup> Esta extensión del convenio arbitral a terceros será tratada más adelante en este trabajo, cuando se haga desarrollo el Capítulo III: Participación del OSITRAN en el Arbitraje de Concesiones de Infraestructura.

<sup>59</sup> CAIVANO, R.J. (2013). *Arbitrabilidad y orden público*. En Revista Foro Jurídico. Número 12. Lima. P 64.

Para CANTUARIAS, la arbitrabilidad objetiva se refiere a las materias que la Ley de Arbitraje autoriza puedan ser sometidas a arbitraje, las cuales serán aquellas permitidas por la ley, los tratados o acuerdos internacionales<sup>60</sup>.

En efecto, cuando se hable de arbitrabilidad objetiva se deberá entender que se hace referencia a aquellas materias que la propia norma o tratados internacionales habilitan a ser resueltas mediante un arbitraje; *contrario sensu*, se entenderá que aquellas materias consignadas como no disponibles en la ley o tratados internacionales sólo podrán ser resueltas mediante juicio ordinario, salvo que, claro está, la ley indique autorice que se resuelva mediante arbitraje algún conflicto que verse sobre materias no disponibles.

Así se pronuncia TALERO, indicando que la arbitrabilidad objetiva “*es una institución jurídica que responde a las convicciones fundamentales de cada jurisdicción. Esta noción supone ponderar la importancia de reservar ciertos asuntos a la competencia exclusiva de la justicia ordinaria (...)*”<sup>61</sup>.

Pues bien, el artículo 2° de nuestra Ley de Arbitraje vigente se refiere a la denominada arbitrabilidad objetiva, cuando sostiene que “*pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*”, entendiéndose, con esto último que, si una ley o tratado lo autoriza, entonces pueden incluso someterse materias que no son de libre disposición de las partes, a arbitraje.

---

<sup>60</sup> Interpretación realizada a partir de una traducción simple del siguiente texto: “*(...) the Arbitration Law authorizes the arbitration of any matter ‘permitted by the law, international treaties or agreements’*” (CANTUARIAS, F. (2010). *National Report for Peru*. En: PAULSSON, J. y BOSMAN, L. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=ICCA%20International%20Handbook%20on%20Commercial%20Arbitration>).

<sup>61</sup> TALERO, S. (2008). *La evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad*. En: *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima. Magna Ediciones. P 227.

Como vemos, nuestra ley no hace más que una referencia genérica a qué materias son arbitrales o no; únicamente hace referencia a que serán arbitrales aquellas controversias sobre materias de libre disposición y aquellas autorizadas por la ley o tratados internacionales.

Respecto de las materias autorizadas por la ley o tratados internacionales no habría confusión alguna, ya que serán estos cuerpos normativos quienes especifiquen qué materias pueden ser llevadas ante un tribunal arbitral y en qué casos concretos es que puede suceder aquello.

Pero, para lo que aquí respecta, lo importante será definir qué es lo que se entiende por “materia de libre disposición”, ya que será entendiendo este concepto que podremos dar un paso más en el análisis de la intervención del OSITRAN en los arbitrajes entre el Estado peruano y un inversionista, sujeto este arbitraje a un contrato de concesión de infraestructura.

La referencia genérica que hace nuestra vigente Ley de Arbitraje a las materias de libre disposición fue una novedad en su momento, ya que la norma que regulaba el arbitraje antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, enumeraba los supuestos en que una materia era considerada como materia arbitrable o no.

En efecto, el artículo 1° de la Ley N° 26572 – Ley General de Arbitraje (antigua norma que regulaba el arbitraje en el Perú) establecía cuatro situaciones o controversias que no podrían ser materia de arbitraje; a saber: (1) las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin previa autorización judicial; (2) aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso; (3) las que interesan al orden público o que

versan sobre delitos o faltas; y, (4) las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Al listar las controversias que no podían ser materia de arbitraje, se considera que nuestra antigua Ley General de Arbitraje obedecía a un criterio negativo de arbitrabilidad. Este criterio negativo se refiere, como señala CASTILLO, VÁSQUEZ y SABROSO, a la sanción que realiza la norma al listar derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir al arbitraje en caso de una controversia<sup>62</sup>.

Es decir, existirá criterio negativo de arbitrabilidad cuando la propia norma distinga aquellos supuestos o controversias que no podrán ser tratadas mediante un arbitraje, sino que deberán ser resueltas por los tribunales judiciales ordinarios.

Sin embargo, el tiempo nos ha hecho entender que no será absolutamente necesaria la existencia de una lista taxativa de supuestos o controversias que no podrán ser sometidas a arbitraje (criterio negativo). En efecto, el arbitraje ha ido ganando, cada vez más, un lugar preponderante en la partición de justicia sobre los particulares, lo que ha conllevado a que la vigente Ley de Arbitraje mantenga un criterio positivo de arbitrabilidad.

Por el criterio positivo de arbitrabilidad se entiende que las partes podrán someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, sobre aquellos derechos que las partes pueden o podrán disponer libremente. Es este criterio el que utiliza nuestra Ley de Arbitraje vigente como ya hemos mencionado, al señalar que las partes podrán someter a arbitraje “*las controversias sobre materias de libre disposición*”.

---

<sup>62</sup>CASTILLO, M., VÁSQUEZ, R. y SABROSO, R. (s.f.). *Nueva Ley de arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?* Recuperado de: [https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119 Nueva Ley de arbitraje cuales son las materias arbitrales.pdf](https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119_Nueva_Ley_de_arbitraje_cuales_son_las_materias_arbitrales.pdf).

Entendiendo a qué criterio se apega nuestra Ley de Arbitraje, podemos pasar a resolver la siguiente pregunta ¿qué es una materia de libre disposición?

Autores como AVENDAÑO se inclinan “*por dejar al margen del arbitraje, tanto para el Estado como para los particulares, aquellos conflictos que versen sobre normas imperativas, en las cuales la libertad o autonomía contractual está absolutamente limitada. Si la esencia del arbitraje es la autonomía de la voluntad y ésta choca contra una norma imperativa, es evidente que estamos frente a un caso de inarbitrabilidad*”<sup>63</sup>.

Habría que agregar a lo expuesto en el párrafo anterior que una materia podrá ser arbitrable cuando la ley así lo disponga, incluso si con ello el arbitraje versaría sobre normas imperativas.

Así lo dispone CANTUARIAS. Para este autor, nuestra Ley de Arbitraje autoriza que se arbitre sobre cualquier materia permitida por la ley, tratados internacionales o acuerdos; siendo esto último bastante relevante ya que faculta a la ley a establecer en qué casos se podrá acudir a arbitraje, incluso si la materia controvertida es, en principio, no arbitrable (como, por ejemplo, el caso de los contratos de concesión)<sup>64</sup>.

Otros autores, como TORNOS, se guían más por el campo de actuación de la administración pública para explicar el fenómeno de la arbitrabilidad y así determinar cuál materia es arbitrable y cuál no. Para este autor cuando la administración pública ejecute potestades y dicte actos unilaterales, será difícil que se admita la remisión del

---

<sup>63</sup> AVENDAÑO, J.L. (2011). *Causales de Anulación*. En Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima. Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). P 710.

<sup>64</sup> Interpretación realizada a partir de una traducción simple del siguiente texto: “(...) *the Arbitration Law authorizes the arbitration of any matter ‘permitted by the law, international treaties or agreements’*. This additional concept is extremely relevant since it allows the law to provide that matters nor of free disposition may nonetheless be subject to arbitration” (CANTUARIAS, F. (2010). *National Report for Peru*. En: PAULSSON, J. y BOSMAN, L. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwarbitration.com/book-toc?title=ICCA%20International%20Handbook%20on%20Commercial%20Arbitration>).

conflicto a un tercero ajeno a la justicia estatal; pero que cuando la Administración renuncia a su posición preeminente y contrata con un tercero, los conflictos que puedan surgir de esta relación sí podrían resolverse mediante arbitraje<sup>65</sup>.

Finalmente, autores como CAIVANO, para el análisis de qué materia puede ser arbitrable, tienen como punto de partida al respeto que debe existir respecto de las estipulaciones que se pacten libremente entre las partes, cediendo aquello, únicamente, ante una norma que demuestre explícitamente que la intención del legislador fue prohibir el arbitraje respecto en una determinada materia<sup>66</sup>.

Pues bien, como ha sido indicado a lo largo de este capítulo, una materia será arbitrable (o de libre disposición para someter a arbitraje) siempre que la misma pueda ser disponible por las partes y/o que una ley o tratado internacional autorice que determinada materia (así no sea disponible en principio) pueda ser sometida a arbitraje.

En efecto, como bien lo señala BACA, *“las partes no pueden decidir, libremente, someter una controversia sobre una materia indisponible a arbitraje, pues su libertad no les permite ir en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en virtud del cual ciertos temas son de orden público y, por tanto, indisponibles para las partes. Pero el legislador sí puede establecer una excepción a dicha regla, permitiendo que ciertas materias indisponibles sean arbitrables, no ya porque las partes lo quieren, sino porque la ley lo indica”*<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> TORNOS, J. (1995). *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*. En *Revista de Administración Pública*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17255.pdf>.

<sup>66</sup> CAIVANO, R. J. (2013). *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado*. En: *El Derecho*, n°13.306. Recuperado de <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf>.

<sup>67</sup> BACA, V. (2013). *El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la actuación de la administración*. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., SENDIN, M., DANÓS, J., CÁCERES, J.L., ROJAS, V.

Sin perjuicio de lo indicado, hay que tener en cuenta que no es que las normas indiquen expresamente que una materia no es arbitrable, sino que muchas veces señalan que la única manera en la que puedan ser resueltos los conflictos concernientes a dicha materia será mediante otro proceso de solución de controversias (como el proceso judicial ordinario, por ejemplo).

En este punto podría surgir la pregunta ¿de qué sirve, para el análisis de la intervención del OSITRAN en arbitrajes que mantiene el Estado con un inversionista, determinar si una materia es arbitrable o no? La respuesta es simple: tanto decisiones de los organismos reguladores como actos del concedente basados en opiniones de estos reguladores han sido sometidos a arbitraje, estando ambos escenarios sujetos a un análisis objetivo de arbitrabilidad: si la materia sometida a arbitraje es arbitrable o no.

Para concluir entonces, podría decirse que las controversias podrán ser sometidas a arbitraje siempre y cuando versen sobre materias de libre disposición y/o una ley o tratado internacional autorice que determinada materia (así no sea de libre disposición) pueda ser sometida a arbitraje; y, para el caso del OSITRAN, existe un amplio debate en la doctrina y en la jurisprudencia arbitral respecto a la viabilidad de que sus decisiones u opiniones sean susceptibles de arbitraje, cuestión que será abordada en el próximo capítulo.





## **CAPÍTULO TERCERO:**

### **PARTICIPACIÓN DEL OSITRAN EN EL ARBITRAJE DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA**

Pues bien, el presente apartado se centrará en el problema específico que hace nacer este trabajo: la posible intervención del OSITRAN en un arbitraje en el cual son partes el Estado peruano (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y un inversionista, siempre bajo el marco legislativo nacional, relacionados a contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público<sup>68</sup>.

Primero se analizarán las formas que tienen terceros ajenos al convenio arbitral y aquellos sujetos entendidos como partes no signatarias del convenio arbitral para intervenir en un arbitraje; luego se analizará la arbitrabilidad que tienen los actos realizados o decisiones emitidas por el OSITRAN (sea en el marco de sus funciones otorgadas por ley o no); y, por último, se analizarán las distintas posiciones que se han dado en la doctrina y por los propios tribunales arbitrales respecto a la posibilidad de incluir al OSITRAN en el proceso arbitral.

#### 3.1. Intervención de Terceros y Partes no Signatarias en el Arbitraje

Antes de iniciar con la redacción de este apartado, es importante indicar que no es lo mismo pretender la intervención de un tercero a un arbitraje que la intervención de una parte no signataria al mismo, motivo por el cual el apartado se divide en dos.

---

<sup>68</sup> Como se ha indicado antes en el presente trabajo, éste se refiere a la intervención del OSITRAN en arbitrajes nacidos de un contrato de concesión de infraestructura suscrito por el MTC (en representación del Estado peruano) y un inversionista, pero refiriéndonos a casos que han sido tratados dentro de nuestro territorio, conforme a su legislación; es decir, no son tratados en este trabajo aquellos arbitrajes internacionales nacidos de un acuerdo de inversión (como por ejemplo, aquellos llevados a cabo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI).

Si bien en los acápite siguientes se realizará con detenimiento un análisis a cada una de estas figuras de intervención, como adelanto podría decirse que una parte no signataria es considerada como una verdadera parte del contrato -que si bien no lo ha suscrito, actúa como tal-, mientras que se considerará tercero a aquel que no tiene vínculo alguno con la relación contractual de la cual se deriva el arbitraje pero que por alguna u otra razón tiene legítimo interés en participar del mismo.

### 3.1.1. Sobre la Intervención de Partes no Signatarias en el Arbitraje

Tradicionalmente se entendía que el convenio arbitral solo afectaba a quienes hayan intervenido en su celebración. Así, por ejemplo, teniendo como base un contrato entre dos sujetos que contiene una cláusula arbitral, solo serían los suscribientes del mismo quienes estarían obligados (y, a la vez, facultados) de acudir y participar en dicho mecanismo de solución de controversias en caso de cualquier desavenencia producto de las disposiciones pactadas en el contrato respectivo.

Como se puede observar de nuestra antigua Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572), ésta no contemplaba la figura de “parte no signataria del convenio arbitral”, por lo que se entendía (en la mayoría de los casos) que terceros ajenos pero involucrados en cierto modo al contrato que vinculaba a las partes, no podían ser parte del proceso arbitral.

Se entendía esto además porque el convenio arbitral era considerado como un contrato (debo recalcar que con esto no estoy diciendo que el convenio arbitral ya no sea considerado en la actualidad como un contrato, al menos para un amplio sector de la doctrina, posición que comparto), y al no existir una excepción como la que ahora existe para la intervención de un tercero a un arbitraje, la involucración de las partes en el arbitraje se sustentaba en lo dispuesto en el artículo 1363° del Código Civil, el cual indica que: *“Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”*.

Lo antes indicado habilitaría, como hemos dicho, únicamente a las partes suscribientes del convenio arbitral a someter una controversia que haya surgido entre ellas, mas no a cualquier sujeto que quiera intervenir por alguna u otra causa.

Esta concepción fue cambiando durante el transcurso del tiempo. Las relaciones comerciales fueron evolucionando y cada vez con más continuidad se celebraban contratos que involucraban no solo a dos partes, sino también a otros sujetos, que si bien no suscribían el contrato como sí lo hacían las dos partes contratantes, podían ser considerados como auténticas partes del contrato; es decir, como verdaderos intervinientes en la relación contractual de quienes suscribieron el contrato, como verdaderos sujetos de obligaciones y derechos provenientes de dicho contrato, como sujetos que participaron en la ejecución del mismo de una forma material, etc.

Ante esta evolución en las relaciones comerciales es que se hizo necesaria una actualización normativa en cuanto a la posibilidad de incluir en el arbitraje a sujetos considerados como partes no signatarias del convenio arbitral. Y es que, en el Perú, el legislador se percató de los acontecimientos arbitrales que se llevaban a cabo en el extranjero, especialmente en Europa y Norte América, países con una mayor experiencia y evolución en arbitrajes y relaciones contractuales.

Así lo sostienen CONEJERO e IRRA, quienes señalan que *“el artículo 14 de la LAP [refiriéndose a la Ley de Arbitraje] ha sido elaborado sobre la base de una rica experiencia en materia de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias construida a partir de la jurisprudencia y doctrina comparada, fundamentalmente europea y americana”*<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> CONEJERO, C. e IRRA, R. (2013). *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*. En Revista del Círculo Peruano de Arbitraje Número 5. Lima. P 57.

Entonces, ante la regla básica de considerar únicamente a las partes suscribientes del convenio arbitral como aquellas habilitadas para acudir a un arbitraje para resolver sus diferencias, es que el legislador peruano hace necesaria la inclusión del artículo 14° de la Ley de Arbitraje, el mismo que establece lo siguiente:

***“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.***

*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.*

Ahora bien, con lo expuesto en los párrafos precedentes no pretendo decir que la naturaleza del convenio arbitral ya no es contractual (al menos en parte), sino que las relaciones comerciales actuales nos han llevado a plantear excepciones mediante norma expresa, como lo es la Ley de Arbitraje, incluyendo artículos como el antes citado.

Para autores como SILVA, el artículo 14° de la Ley de Arbitraje reafirma la naturaleza contractual del convenio arbitral porque condiciona la extensión del mismo sobre no signatarios siempre que éstos consientan someterse a arbitraje y que dicha extensión obedezca al principio de buena fe contractual<sup>70</sup>.

De lo expuesto por este autor, se entendería que el convenio arbitral podrá extenderse a un no signatario siempre que éste preste su consentimiento de someterse al arbitraje y, mediando la buena fe contractual, (i) se acredite su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato

---

<sup>70</sup> SILVA, E. (2011). *El artículo 14 de la nueva Ley peruana de arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje-realidad*. En Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Número 4. Lima. P 53.

al que se refiera el convenio, o (ii) se entienda que se podrían derivar derechos o beneficios para el tercero, productos del arbitraje.

Respecto a lo anterior, lo primero que debemos analizar es la referencia al consentimiento que debe prestar el no signatario de someterse al arbitraje que se hace en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje.

El concepto de consentimiento, como factor preponderante para extender el convenio arbitral a un no signatario, no queda absolutamente claro de la redacción de la norma; sin embargo, podemos decir que aquello es algo que el legislador ha, por así decirlo, “querido”.

El propio BULLARD ha indicado al respecto que la comisión encargada de elaborar el proyecto del artículo 14° de la Ley de Arbitraje desistió de identificar los supuestos de hecho en los que podría entenderse la existencia del consentimiento por parte de un no signatario, cuando advirtió que era difícil contemplar todos los supuestos posibles. Por este motivo, se prefirió usar una cláusula general, para el que la interprete la pudiera llenar de contenido<sup>71</sup>.

Considero que ha sido un acierto por parte del legislador el dejar abierta la posibilidad de existencia de situaciones que no siempre el que crea la norma va a contemplar, teniendo en cuenta que si el legislador listaba los supuestos de hecho que podían dar lugar a esta extensión del convenio arbitral, podía dejar de lado supuestos en los que el convenio arbitral era válidamente extensible a un no signatario.

Ahora bien, sin perjuicio del análisis particular que se le dará a la extensión del convenio arbitral a sujetos no signatarios del mismo dependiendo del caso concreto, considero relevante tomar una posición que nos guíe al entendimiento de la norma, que,

---

<sup>71</sup> BULLARD, A. (2011). *Extensión del convenio arbitral*. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima. Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). P. 201.

si bien no podrá ser pleno al no ser absolutamente clara, nos debe dar una base sobre la cual entender cuándo un sujeto no signatario ha prestado su consentimiento a someterse a un arbitraje, y no simplemente decir que se realizará un análisis caso por caso.

Así pues, CONEJERO e IRRA DE LA CRUZ sostienen que el artículo 14° de la Ley de Arbitraje *“está redactado en términos que la exigencia de consentimiento se indica expresamente en la primera frase del mismo que se refiere únicamente al supuesto de participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende o con el cual se relaciona el convenio”*<sup>72</sup>.

SANTISTEVAN, por su parte, sostiene acertadamente que el consentimiento *“podría no haberse manifestado de ninguna forma expresa pero si de manera tácita, esto es a través de conductas como la participación en la vida contractual o la derivación de derechos o beneficios contractuales que permiten inferir la voluntad de arbitrar en el marco de la coherencia debida a la que obliga el principio de la buena fe”*<sup>73</sup>.

En líneas similares se pronuncia MORI, al indicar que el artículo 14° de la Ley de Arbitraje *“reconoce una serie de formas distintas en las cuales se forma un consentimiento vinculante, derivado de cómo debe ser entendida la conducta de los no signatarios en buena fe, y en esa medida se les debe considerar como partes del convenio y no como meros terceros a este”*<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> CONEJERO, C. e IRRA, R. (2013). *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias...* op cit. P 57.

<sup>73</sup> SANTISTEVAN, J. (2009). *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje*. En Revista Peruana de Arbitraje. Número 8. Lima. Magna ediciones. Pp 43-44.

<sup>74</sup> MORI, P. (2011). *¿Cuál es el recurso correcto para cuestionar la exclusión de una parte no signataria del proceso arbitral?* En: Actualidad Jurídica. Tomo 217. Lima. Gaceta Jurídica. P 123.

Esta alusión a la conducta de los no signatarios en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato como determinante para definir la existencia del consentimiento de someterse al arbitraje, a mi entender es correcta, aunque podrían seguir sin comprenderse a cabalidad algunas situaciones, como por ejemplo cuándo es que se entiende dado el consentimiento por el no signatario en la etapa de negociación de un contrato, habiendo participado el no signatario en dicha etapa pero no llegando a suscribir el contrato; o, cuándo es que se hablará de consentimiento de un no signatario a someterse a arbitraje en la etapa de celebración de un contrato si es que el no signatario nunca llegó a suscribir el mismo. Estas son algunas interrogantes que quedan en el aire, pero que en el presente trabajo no podremos abarcar por cuestiones prácticas, al no verse estrechamente vinculadas con el objeto del mismo.

Para lo que a este artículo respecta, es válido y suficiente por el momento afirmar que el consentimiento de un no signatario en someterse al arbitraje existirá cuando éste haya tenido una actuación material en la ejecución del contrato al cual se relaciona el convenio arbitral. Esto debido a que, en los últimos tiempos, una de las razones por las cuales se ha pretendido la intervención del OSITRAN en los arbitrajes es que la controversia (o controversias) puede haber sido causada por su actuación en la ejecución del contrato de concesión.

Ahora bien, volviendo al tema materia de esta sección, la existencia de un consentimiento (según los conceptos antes abordados) no es lo único que debe ser verificado por un árbitro al momento de analizar la extensión del convenio arbitral a un no signatario, también deberá cerciorarse de la existencia de la buena fe en esta posible relación del no signatario con el arbitraje.

SANTISTEVAN, por ejemplo, considera indispensable que el principio de la buena fe *“presida tanto la aplicación del primer supuesto de hecho (participación activa*

*y de manera determinante en la vida o muerte del contrato) cuanto la del segundo (la pretensión de derivar derechos o beneficios conforme a los términos del contrato)”<sup>75</sup>.*

Así, respecto a la aplicación de este principio a la extensión del convenio arbitral, CONEJERO e IRRA señalan que *“el requisito de la buena fe se traduce en que el examen que realice el intérprete para determinar si es posible extender dicho convenio a una parte no signataria exigirá analizar si en virtud de la corrección y lealtad que una parte no signataria le debe a la otra, y de las expectativas que legítimamente ha creado en esta última a partir de la relación que las une, se puede concluir que ha quedado vinculada por un convenio arbitral a pesar de no haberlo firmado”<sup>76</sup>.*

Además, debemos tener en cuenta, conforme lo sostiene SANTISTEVAN, que la aplicación de la buena fe a la extensión del convenio arbitral se traduce en el reconocimiento de la doctrina de los actos propios, la misma que repudia todo acto contradictorio con actos pasados que generaron confianza en la ejecución del contrato, convocando una coherencia en la conducta de las partes en el contrato<sup>77</sup>.

Según este mismo autor, es por la doctrina de los actos propios que el artículo 14° de la Ley de Arbitraje permite que se infiera, a partir de la participación decisiva de una parte en la negociación, celebración, ejecución o resolución del contrato, el consentimiento a arbitrar. Para este autor entonces resulta coherente dicha conducta con el conocimiento de que el convenio arbitral existía y que podía extenderse a quien por sus actos esté ligado; así, el negarse a arbitrar constituiría una contradicción respecto de su conducta anterior, actuando de forma contraria a la buena fe contractual<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> SANTISTEVAN, J. (2009). *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias...* op cit. P 44.

<sup>76</sup> CONEJERO, C. e IRRA, R. (2013). *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias...* op cit. P 87.

<sup>77</sup> SANTISTEVAN, J. (2009). *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias...* op cit. P 45.

<sup>78</sup> Ibidem. P 47.



Así pues, para que pueda darse lugar a una extensión del convenio arbitral, deberán coexistir, por una parte, el consentimiento del no signatario de someterse a un arbitraje, consentimiento que se desprenderá de su actuación determinante en la vida o muerte del contrato, y una actuación del no signatario conforme a la buena fe contractual.

Centrándonos ahora en los supuestos de hecho que nos indica el artículo 14° de la Ley de Arbitraje, que si bien no son del todo específicos sí nos aproximan a una situación en la cual es posible considerar la extensión del convenio arbitral a un no signatario, cabe analizar qué se entiende respecto a la imperatividad de la existencia, conforme a lo señalado por el propio artículo, de una “*participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado*”.

Queda sobreentendido que no toda participación relacionada a un contrato puede convertir a un tercero en parte de la relación nacida de dicho contrato. Para esto basta referirse, por ejemplo, a la asesoría legal que prestan los abogados relacionada al análisis de los contratos que un sujeto o empresa tienen suscritos, o a la elaboración, modificación o resolución de estos; a la asesoría financiera que contrata una empresa para ponderar costos y beneficios respecto de un contrato que está negociando o pretende suscribir; o a la supervisión de una obra, por parte de un tercero, contratada con el fin de controlar si el constructor edifica conforme a los documentos técnicos del proyecto y si cumple con los niveles establecidos (el cual podría en todo caso participar en el arbitraje como testigo); etc.

Por este motivo es que el artículo 14° de la Ley de Arbitraje se refiere a aquella participación “*activa*” y “*determinante*” que debe necesariamente tener el no signatario para que se le pueda extender el convenio arbitral.

Respecto a este tipo de participación, en palabras de CASTILLO, SABROSO, CASTRO Y CHIPANA, “*la conducta debe generar la sensación clara de que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir una conducta fraudulenta*”<sup>79</sup>.

Sin perjuicio de lo anotado, la participación activa y determinante de un signatario en la vida o muerte de un contrato, como bien lo señala MANTILLA, deberá analizarse caso por caso. La casuística nos ha enseñado que no es conveniente, en lo relativo a la extensión del convenio arbitral a no signatarios, delimitar o listar supuestos de hecho que muestren una participación activa y determinante de dicho sujeto, sino que dependerá de la actuación de cada sujeto que pretende intervenir como no signatario en un proceso arbitral, si es que puede ésta ser considerada válida para que se le extienda el convenio arbitral<sup>80</sup>.

Pues bien, pasando ya al segundo supuesto, el referido a la extensión del convenio arbitral a otra parte no signataria del mismo que pretenda derivar derechos o beneficios del contrato al cual este convenio se refiere, TALERO sostiene que éste recogería la teoría del *estoppel* y la figura de la estipulación a favor de tercero<sup>81</sup>.

Por su parte, CASTILLO, SABROSO, CASTRO Y CHIPANA, sostienen que también podrían ser de aplicación en base a este supuesto: el contrato por persona a nombrar, la cesión de posición contractual, la cesión de derechos, entre otros; supuestos,

---

<sup>79</sup> CASTILLO, F., SABROSO, R., CASTRO, L. y CHIPANA, J. (2014). *Comentarios a la Ley de arbitraje*. Primera Parte. Lima. Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre. Pp 297-298.

<sup>80</sup> MANTILLA, F. (2011). *Breves comentarios sobre la nueva Ley peruana de arbitraje*. En: Revista de Círculo Peruano de Arbitraje. Número 4. Lima. P 43.

<sup>81</sup> TALERO, S. (2011). *Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley peruana de arbitraje*. En: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Número 4. Lima. P 98.

junto con el del *estoppel* y el contrato a favor de tercero, no serán analizadas puesto que no conviene a los fines prácticos de este trabajo<sup>82 83</sup>.

Entonces, una parte será considerada como no signataria de un convenio arbitral extendiéndosele así el mismo, cuando pueda considerarse que consiente someterse a un arbitraje; lo cual se desprenderá de su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, ligada esta participación siempre a la buena fe contractual.

A manera de conclusión cabe indicar que, si bien el Estado peruano es considerado como uno solo, como un organismo descentralizado pero interconectado entre sus distintas entidades, aquello no quiere decir que si en un arbitraje se demanda a una entidad estatal, por ejemplo al MTC, pueda intervenir el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), u otra entidad estatal. Como se ha indicado, la participación en el arbitraje dependerá de una actuación activa y determinante en el contrato, bajo el principio de la buena fe, y no porque se considere que el Estado sea uno sólo, debe considerarse que en caso una entidad estatal acuda al arbitraje, todo el poder del Estado se vuelque a tratar de ganar un caso que implica solo a una de sus entidades (toda vez que el Estado dota de autonomía administrativa y decisoria a parte de sus entidades, por ejemplo sus ministerios).

### 3.1.2. Sobre la Intervención de Terceros en el Arbitraje

He decidido dedicar una sección aparte al supuesto de intervención de terceros en el arbitraje, debido a que no existe consenso en la doctrina, ni en las decisiones de los

---

<sup>82</sup> CASTILLO, F., SABROSO, R., CASTRO, L. y CHIPANA, J. (2014). *Comentarios a la Ley de arbitraje...* op cit. P 299.

<sup>83</sup> En caso se determine la extensión de un convenio arbitral al OSITRAN, éste no será por causas atribuibles a estos supuestos, toda vez que no calzan dentro del papel que este cumple en el rol de Estado y en los contratos de concesión.

propios árbitros, respecto del tratamiento de esta figura. Muchos de los tribunales arbitrales en nuestro país que han accedido a la intervención de una persona ajena a las partes que originan el proceso arbitral, no han distinguido si la participación de dicha persona es en calidad de parte no signataria o en calidad de tercero interesado (refiriéndome a la figura procesal de tercero). En otras palabras, existen opiniones divididas en cuanto a la cuestión de si un tercero, no considerado como parte no signataria del convenio arbitral, puede intervenir en el arbitraje.

Este tema es de suma importancia para analizar si el OSITRAN puede o no intervenir en un arbitraje, no como parte no signataria, sino como tercero, bajo cualquier figura aplicable; cuestión que es una de las aristas del presente trabajo.

En efecto, una parte de la doctrina considera que el término “tercero” no tiene cabida en el arbitraje, toda vez que en caso éste llegase a intervenir, será tratado como una auténtica parte del convenio arbitral (y del contrato que lo contiene, según sea el caso). Por esta razón, este sector de la doctrina sostiene, que el sujeto que intervenga como parte (no signataria) deberá haber mostrado siempre su consentimiento a someterse al arbitraje, lo cual, como se expuso en el acápite anterior, se desprenderá de su participación activa y determinante en el contrato que da origen a dicho proceso.

Un ejemplo es CORREA, para quien la legitimación de un tercero en intervenir en un arbitraje, no deriva del hecho de tener un interés en una determinada *litis*, sino por su participación efectiva y personal en el contrato litigioso; así, señala dicho autor, “*no puede hablarse de ‘terceros’, strictu sensu, sino, como mucho, de sujetos inicialmente ajenos a la suscripción del convenio arbitral, pero que, ulteriormente, por cualesquiera*

*de las formas admitidas en Derecho sustantivo, han devenido en verdadera parte contractual de la relación jurídica en discordia*”<sup>84</sup>.

SANTISTEVAN por su parte, señala que existe una diferencia entre los no signatarios y los terceros, al indicar que “*la extensión del convenio arbitral opera de acuerdo a la jurisprudencia para incorporar al convenio y al arbitrar a verdaderas partes del contrato aunque no lo hubiesen firmado y no a terceros ajenos a éste*”<sup>85</sup>.

Como vemos, estos autores se refieren a la intervención de terceros en un arbitraje pero siendo considerados como parte de la relación contractual de la cual surge la materia de *litis*; es decir, como no signatarios del convenio arbitral, pero que por una participación determinada en el contrato es que se les puede extender el mismo. No puede así hablarse de “terceros” en un proceso arbitral, ya que, si se habilita a un tercero a intervenir a un arbitraje será como parte y no como tercero.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que, más bien, existe un error en el uso de la expresión “extensión a terceros no signatarios”. CONEJERO e IRRA siguen este pensamiento. Para estos autores, el primer error se aprecia cuando se habla de extensión, ya que de lo que se habla en realidad al hacer referencia a este término es de alcance; es decir, no se extiende una cláusula arbitral a quien no es parte de esta, sino que se está determinando quiénes son realmente las partes vinculadas por el convenio. Segundo, porque el término “tercero” en este contexto es incorrecto dado que, si el análisis lleva a la conclusión de que un sujeto no signatario del convenio ha consentido quedar sometido al mismo, se trataría de una auténtica parte y no de un tercero<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> CORREA, J.P. (2011). *Tercero interviniente*. En: COLLANTES, J.L. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Lima. Palestra. P 955.

<sup>85</sup> SANTISTEVAN, J. (2009). *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias...op cit*. P 40.

<sup>86</sup> CONEJERO, C. e IRRA, R. (2013). *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias...op cit*. P 63.

Es cierto, como señalan estos autores, que existe una confusión al utilizar el término tercero al referirnos a la extensión del convenio arbitral. Esto debido a que únicamente será aplicable el artículo 14° de la Ley de Arbitraje en los supuestos indicados en el numeral 3.1.1 de este trabajo, y por ello no podría hablarse de la intervención de terceros bajo el marco de dicho artículo, sino de intervención de partes no signatarias (es decir, de verdaderas partes del convenio arbitral, no “simple” terceros).

Ahora bien, no porque la Ley de Arbitraje no contemple la figura de intervención de un tercero distinto al no signatario, debe afirmarse, sin más, que las figuras procesales de intervención de terceros no aplican a un proceso arbitral. No porque el convenio tenga naturaleza contractual significa que el proceso arbitral va a perder parte de su propia naturaleza, que es procesal.

CONEJERO E IRRA también se pronuncian respecto a esto último, señalando que *“la problemática de terceros ajenos al convenio arbitral pero que pueda tener interés en el arbitraje es distinta y supone más bien problemas de orden procesal pero no relacionados con el requisito sustantivo de existencia de consentimiento, precisamente porque tales terceros no han consentido con las partes del contrato que contiene el convenio arbitral”*<sup>87</sup>.

Considero que es importante recalcar que la extensión del convenio arbitral, es decir, la aplicación del artículo 14° de la Ley de Arbitraje, se llevará a cabo únicamente cuando un sujeto deba intervenir en el proceso como auténtica parte de la relación contractual de la que surge la controversia. En otras palabras, no será de aplicación la

---

<sup>87</sup> Para ejemplificar los casos a los que se refieren, estos autores señalan el caso de un subcontratista que pueda sufrir un perjuicio si el propietario de la obra pone término al contrato de construcción pactado con el contratista principal; o, el caso de un subarrendamiento en caso de disputas entre el arrendador y arrendatario bajo el contrato de arrendamiento del cual el subarrendatario no es parte (CONEJERO, C. e IRRA, R. (2013). *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias...* op cit. P 64).

extensión del convenio arbitral a terceros que no sean considerados como verdaderas partes del contrato, y, por tanto, del arbitraje.

Un autor que se aproxima a este concepto es LORCA, quien, señala que los *“terceros que no expresan su voluntad de someterse a arbitraje no son partes en el arbitraje, salvo que sean llamados para asumir una posición parcial con su consentimiento y el de las partes en las actuaciones arbitrales”*. Con lo antes citado concuerdo, pero con lo que señala luego este autor debería discrepar, ya que sostiene que este consentimiento del tercero y de las partes del arbitraje *“debe originar una verdadera y propia integración del convenio arbitral que, por tal razón ha de observar los requisitos de forma extrínseca y de contenido formal del mismo”*<sup>88</sup>.

Es esto último lo que no guardaría sentido con lo que se ha expuesto antes en la presente sección. Para LORCA, la extensión del convenio arbitral podría también realizarse respecto de terceros que no llegan a ser considerados como partes no signatarias, pero en realidad la propia “extensión” del convenio implica acudir a la naturaleza puramente contractual del arbitraje y no a la procesal.

El convenio se va a extender a una parte no signataria basándose en el consentimiento que debe haber mostrado este sujeto en su participación activa o determinante en la vida o muerte del contrato, como ha sido anotado anteriormente en este trabajo.

Entonces, no puede afirmarse que la extensión del convenio arbitral en aplicación del artículo 14º de la Ley de Arbitraje puede realizarse también respecto de terceros que nada tienen que ver con la relación contractual que mantienen dos partes ajenas involucradas en un arbitraje; el tercero, podrá ser un sujeto que tenga un interés sustancial

---

<sup>88</sup> LORCA, A. M. (2010). *La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros*. San Sebastián. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP). Pp 18-19.

en el resultado del proceso (no necesariamente pretendiendo derivar derechos o beneficios del contrato del cual surge la controversia), y no por ello se debe afirmar que ha participado activa y determinantemente en la vida o muerte de un contrato.

Así pues, la intervención de terceros en el arbitraje se encuentra sumamente limitada en comparación a un proceso judicial. El arbitraje, por su propia naturaleza, es consensual y en un principio, como hemos visto, no permitiría que un tercero ajeno a la relación sustantiva que originó al arbitraje pueda intervenir en el mismo. Sin embargo, nada dice que las figuras de intervención de terceros que contiene el Código Procesal Civil no puedan ser trasladadas al arbitraje siempre que las partes así lo acepten y el propio tercero otorgue su consentimiento a someterse al mismo.

Respecto a esto último se pronuncian AVENDAÑO y VELÁSQUEZ, indicando que *“para los auténticos terceros, la autonomía de la voluntad de las partes del contrato puede negarles su ingreso al arbitraje o la autonomía de los terceros puede impedir que sean incorporados a un arbitraje que no han consentido”*<sup>89</sup>.

Asimismo, LEW, MISTELIS y KRÖLL sostienen que no es suficiente que las partes en un convenio arbitral hayan, sea ya en el mismo convenio o de otra manera, acordado que una tercera parte podría intervenir si es que las partes no aceptan tal intervención. Adicionalmente, si una tercera parte quiere intervenir en un arbitraje, no podrá hacerlo sin el consentimiento de quienes son parte del arbitraje<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> AVENDAÑO, J.L. y VELÁSQUEZ, R. (2015). *Terceros frente a contratos, cláusulas arbitrales y laudos*. En Panorama Actual del Arbitraje 2015. Volumen 32. Lima. Thomson Reuters. P 69.

<sup>90</sup> Interpretación realizada a partir de una traducción simple del siguiente texto: *“It is not sufficient that the parties to an arbitration agreement have, either in the agreement itself or otherwise, agreed for a third party to be joined if that party does not agree to such a joinder. Furthermore, a third party wishing to intervene in arbitration proceedings cannot do so without the consent of all parties to the arbitration”* (LEW, J., MISTELIS, L. y KRÖLL, S. (2003). *Chapter 16 Multiparty and Multicontract Arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/document/ipn27514>).



Podríamos entonces decir que podrán aplicarse las figuras procesales de intervención de terceros al arbitraje pero no puede dejarse de lado la autonomía de la voluntad las partes y del tercero, quienes deberán expresar su consentimiento para que éste último intervenga como tercero, no como parte no signataria (no se necesita del consentimiento de las partes para que una parte pueda intervenir como no signataria ya que se reputa como parte auténtica del contrato).

### 3.1.3. Conclusiones

En síntesis, del análisis realizado a lo largo de este subcapítulo se entendería que existen dos formas para que un sujeto que no haya suscrito un convenio arbitral pueda participar de un arbitraje vinculado a dicho convenio.

Por un lado, existe la posibilidad de intervenir como parte no signataria del convenio arbitral, lo cual a su vez dependerá de la existencia de uno de los siguientes supuestos de hecho contenidos en el artículo 14° de la Ley de arbitraje: (i) que por su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación de un contrato se determine el consentimiento del sujeto en someterse al arbitraje; o, (ii) que el tercero pretenda derivar derechos o beneficios del contrato vinculado al arbitraje.

Por otro lado, para que un tercero que no haya suscrito un convenio arbitral (refiriéndome a un tercero como tal y no a una parte no signataria, que como se ha explicado, es distinto) pueda intervenir deberá necesariamente mediar consentimiento de todas las partes involucradas en el arbitraje para que dicho tercero pueda ser involucrado al mismo. Aquí confluyen tanto la naturaleza procesal como la naturaleza contractual del arbitraje. Por un lado, podrá habilitarse la intervención de un tercero bajo figuras procesales de intervención, pero por otro, deberá también tenerse en cuenta el carácter contractual del arbitraje, toda vez que éste nace de un acuerdo de voluntades entre dos o

más partes y son únicamente aquellas quienes se encuentran facultadas para modificarlo (en este caso, aceptando la intervención de un tercero).

Debe quedar claro, además, que la intervención de un tercero como tal no se circunscribe a que éste tercero pretenda derivar derechos o beneficios del contrato vinculado al arbitraje, sino que dependerá, más que todo, de lo que las partes acuerden. Es decir, si un sujeto pretende intervenir en un arbitraje debido a que se beneficiaría por la ejecución del contrato, se entendería que dicho sujeto intervenga en el arbitraje como no signatario porque así lo establece explícitamente la última parte del artículo 14 de la Ley de Arbitraje; pero si el sujeto no pretende intervenir por beneficiarse del contrato, sino porque tiene otro tipo de interés en el resultado del arbitraje, podrá solicitar su intervención como tercero, encontrándose supeditado a que las partes también avalen dicha incorporación.

### 3.2. Arbitrabilidad de los Actos o Decisiones del OSITRAN

Ahora bien, otro punto importante a tratar para determinar la intervención del OSITRAN en los arbitrajes relacionados a contratos de concesión de infraestructura, es la arbitrabilidad de sus actos o decisiones.

Como se ha expuesto en la sección correspondiente, debido a la naturaleza del arbitraje es que existen una serie de materias que, por su propia naturaleza, no podrán ser objeto de arbitraje.

En efecto, de acuerdo con la Ley de Arbitraje, la arbitrabilidad se divide en dos: subjetiva y objetiva. Conforme a lo mencionado, trataremos en el presente artículo la arbitrabilidad objetiva, por referirse a las materias que la Ley de Arbitraje autoriza puedan ser sometidas a arbitraje, es decir, a las materias de libre disposición y aquellas que la ley o tratados internacionales autoricen.

Para recordar, si bien nuestra Ley de Arbitraje no nos explica qué es lo que se entiende por materia de libre disposición, la mayor parte de la doctrina la define como aquellas materias respecto de las cuales las partes han decidido someterse a arbitraje, no deben afectar derechos fundamentales, deberán recaer sobre derechos patrimoniales y no se deberán estar vetadas por ley.

Lo antes señalado nos da pie a preguntarnos lo siguiente: respecto al arbitraje con el Estado (entiéndase éste como un arbitraje en el cual el Estado es parte) ¿cuándo podría entenderse que una controversia con éste es arbitrable?

Como hemos visto anteriormente, será arbitrable una controversia siempre que esta verse sobre materias de libre disposición, o, si las materias no son de libre disposición, el arbitraje para resolver conflictos relacionados con este tipo de materias deberá estar expresamente habilitado por ley o tratado internacional.

Es decir, dando un primer esbozo de respuesta a esta interrogante, se podría indicar que será posible acudir al arbitraje con el Estado siempre que la materia sobre la cual verse el conflicto sea disponible por ambas partes (que no se encuentre acudir a arbitraje por norma expresa, que el privado pueda disponer de la materia conflictuada, es decir, que haya convenido o acordado con el Estado respecto de la misma, etc.) y/o, siempre que una ley o tratado internacional así lo autorice.

Cierto sector de la doctrina ha analizado la arbitrabilidad de una controversia vinculada al actuar del Estado a partir de términos como el *ius imperium* y el *ius gestionis*.

Los actos de *ius imperium*, como bien conocemos, son aquellos actos mediante los cuales la administración pública hace ejercicio de sus potestades públicas o administrativas. Por ejemplo, cuando impone una multa, cuando emite resoluciones o disposiciones vinculantes, etc.; todos ellos, actos que no pueden ser controvertidos por la

vía arbitral, sino que tienen una vía específica para su solución (el proceso contencioso administrativo, por ejemplo).

Por otro lado, el Estado actuará bajo uso de su *ius gestionis* cuando, como su propio nombre lo dice, realiza actos de gestión. Para LINHARES, el Estado actuará bajo su *ius gestionis* cuando asuma una relación de carácter privado y en posición horizontal con el particular; así, actuando en el mismo plano jurídico del privado, como simple sujeto de derechos, el Estado será regulado por el derecho privado, sin tener alguna ventaja sobre este último<sup>91</sup>.

BULLARD por su parte, equipara la distinción entre actividad soberana y actividad comercial con la de los actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, distinción que permitiría excluir estos últimos de cualquier pretensión de inarbitrabilidad por parte del Estado cuando actúe como particular<sup>92</sup>.

Estos actos de *ius gestionis*, como se puede ver, serán aquellos practicados por el Estado cuando se inserte en una relación comercial con un privado. Es en la ejecución de las disposiciones contractuales que se entenderá que el Estado actúa como privado, como un particular, y es la ejecución de estas disposiciones contractuales las que determinarán si una materia puede o no ser arbitrable.

---

<sup>91</sup> Interpretación realizada a partir de una traducción simple del siguiente texto: “*Estes interesses resolver-se-iam em relações patrimoniais, e, portanto, disponíveis, verificáveis quando da prática de atos de gestão (ius gestionis), em que a Administração assume relação de caráter privado e em posição horizontal com o particular. Neste sentido, atuando no mesmo plano jurídico da outra parte, como simples sujeito de direitos, a Administração Pública é regulada pelo direito privado e não detém qualquer vantagem que refuja às linhas do sistema contratual comum*” (LINHARES, A.A. (2011). *Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros no Arbitragem com a Administração Pública*. En: Revista Brasileira de Arbitragem. Brasil. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. P 81).

<sup>92</sup> BULLARD, A. (2006). *Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos*. En Revista Peruana de Arbitraje. Número 2. Lima. Grijley. P 179.

Ahora bien, esta distinción entre actos de *ius gestionis* y *ius imperium* por parte del Estado no es del todo clara para determinar cuándo podrá llevarse una actuación del Estado a un arbitraje.

Como sostiene BACA, nuestra anterior legislación en materia arbitral (Ley N°26572) exceptuaba del arbitraje a aquellas controversias vinculadas a las atribuciones o funciones del imperio del Estado, pero nuestra nueva Ley de Arbitraje ya no hace mención de ello (sin que esto quiera decir que las materias que se excluían del arbitraje en la anterior ley sean ahora arbitrables). Para dicho autor, “*no es posible trazar una división absoluta entre ‘gestión’ y ‘autoridad’ como mecanismo para distinguir entre lo que es Derecho administrativo y lo que es Derecho privado*”; esto toda vez que “*incluso en estos contratos [refiriéndose a los contratos de gestión patrimonial], prototipo de la ‘gestión privada’ es aplicable el Derecho público, al menos en la fase de formación de la voluntad de la Administración, independientemente del régimen jurídico al que se sujete la relación contractual (de Derecho público, con potestades exorbitantes, si son contratos administrativos, y de Derecho privado, si son contratos privados de la Administración)*”<sup>93</sup>.

En efecto, no puede limitarse el análisis de la arbitrabilidad o no de una actuación del Estado a determinar si éste ha actuado en ejercicio de su *ius imperium* o en ejercicio de su *ius gestionis*.

Aplicando al presente trabajo lo expuesto por BACA unos párrafos atrás, se puede observar la existencia de una actuación del Estado haciendo ejercicio de su *ius imperium* en los contratos de concesión cuando se lanza el concurso para la adjudicación de estos,

---

<sup>93</sup> BACA, V. (2009). *¿Son arbitrables los actos dictados en ejecución de la legislación congelada en virtud de un convenio de estabilidad? Un ensayo de respuesta general, a partir del análisis de un supuesto concreto*. En HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*. Tomo II. Caracas. Ediciones Paredes. Pp 1208-1215.

cuando el Estado determina con qué elementos deben cumplir los postores, etc. Es decir, no puede decirse que un contrato de concesión, o, mejor dicho, la actuación del Estado en un contrato de concesión, es puramente en ejercicio de su *ius gestionis*, sino que también tiene incidencia en estos contratos su actuación bajo el *ius imperium*.

Ahora bien, ¿qué nos dice la legislación nacional sobre la arbitrabilidad de controversias derivadas de contratos con el Estado (refiriéndome siempre a los contratos de concesión para efectos de este artículo)?

La Constitución establece en su artículo 63° que las entidades del Estado se pueden ver sometidas a arbitraje. Dicho artículo señala lo siguiente: “*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la 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*”. Es decir, no existirá limitación alguna para que entidades del Estado se sometan a arbitraje.

El artículo 4° de la Ley de Arbitraje también se pronuncia al respecto cuando indica, en su numeral 3, que “*El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país*”.

Entendemos entonces que el Estado puede someterse a arbitraje siempre que la materia controvertida verse sobre su relación contractual con el privado inversionista. Ahora bien, esta materia que se someterá a arbitraje, como hemos dicho, deberá ser disponible o existir una habilitación, mediante ley o tratado internacional.

En lo referido al régimen de concesiones en nuestro país, el arbitraje deberá ser el medio de solución de controversias, como así lo indica el nuevo Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y

Proyectos en Activos (Decreto Legislativo N° 1362), publicado el 23 de julio de 2018, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, el mismo que fuera publicado el 30 de octubre de 2018.

Dicho Decreto Legislativo señala en su artículo 56°, numeral 1, que “*los contratos de Asociación Público Privada incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias*”; mientras que su reglamento establece, en su artículo 132°, numeral 1, “*las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones (...)*”.

Como podemos ver de la normativa aplicable, los contratos de concesión deberán contener, por regla, una cláusula mediante la cual cualquier controversia que se derive del contrato de concesión que haya suscrito el Estado con un particular sea sometida a arbitraje.

Esta no es una disposición menor o sin importancia, por el contrario, denota la relevancia que ha adquirido el arbitraje durante el transcurso de los años, siendo tomado incluso como una garantía por y para los inversionistas privados, quienes sienten mayor seguridad al someter posibles controversias ante privados (como son los árbitros) y no ante un órgano estatal que bien podría ser parcial al emitir una decisión.

Al respecto se refieren CRAIG, PARK y PAULSSON, cuando sostienen que, mientras la acción judicial puede ser dejada sin efecto debido a la inmunidad soberana del Estado demandado, una cláusula arbitral es establecida para construir una renuncia a tal inmunidad<sup>94</sup>.

Ahora bien, no debe entenderse de las disposiciones normativas antes citadas que cualquier controversia derivada de una relación entre un privado y el Estado pueda ser

---

<sup>94</sup> CRAIG, W., PARK, W. y PAULSSON, J. (1988). *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera Edición. Nueva York. Ocean Publications. P 670.

sometida a arbitraje. En efecto, deberá analizarse, como hemos mencionado párrafos atrás, si la materia sobre la cual versa esta controversia es arbitrable o no; es decir, deberá determinarse si la materia es de libre disposición y/o ha sido habilitada por una ley o por tratado internacional para que pueda ser sometida a arbitraje.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 132° del reglamento del Decreto Legislativo N° 1362 señala que 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 N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje”*.

Incluso la mayoría de los últimos contratos suscritos por el Estado relacionados a la concesión de infraestructura pública regulan estos aspectos. Por ejemplo, el último párrafo del numeral 16.2 del contrato de concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Terminar Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, suscrito entre el Estado peruano y APM Terminals Callao S.A., señala lo siguiente: *“las Partes reconocen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. En tal sentido, no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones del REGULADOR u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa”* (énfasis agregado para propósitos de este trabajo).

Otro ejemplo es el consignado como numeral 16.3 del contrato concesión para el diseño, financiamiento, construcción, provisión de material rodante adquirido y explotación del “Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea N° 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho”, suscrito entre el Estado peruano y GyM Ferrovías SA., que señala: *“Sin perjuicio de lo establecido*



*en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (...). No serán materia de arbitraje, las decisiones que emitan el Regulador u otras entidades públicas en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la administrativa*” (énfasis agregado para propósitos de este trabajo).

Como vemos, el Estado y el privado intentan asegurarse, con el uso de estas cláusulas, que las decisiones emitidas por el OSITRAN, siempre que se practiquen en ejecución de sus competencias administrativas (aquellas otorgadas por norma expresa), no puedan ser arbitrables. El Estado con esto se asegura que las decisiones bajo el uso de sus competencias administrativas no sean revocadas o modificadas por un privado, como lo es un árbitro, y, por otra parte, el privado se asegura que las actuaciones del OSITRAN bajo las prerrogativas que el propio contrato de concesión le otorgue sí puedan ser sometidas a arbitraje (por ser actuaciones reguladas por el propio contrato de concesión, siendo este último el que faculta al regulador a practicarlas).

Ahora bien, conociendo la normativa aplicable al tema y cómo es que distintos contratos de concesión regulan también aspectos relacionados a las materias arbitrables en caso de surgir un conflicto entre el privado y el Estado, es menester ahora determinar qué sería una materia arbitrable cuando la misma se vincule a una actuación o decisión del OSITRAN.

VÉLEZ sostiene al respecto que “*no es legalmente procedente someter las decisiones del OSITRAN, derivadas del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por Ley (en tanto ellas tengan carácter vinculante), al mecanismo de negociación directa y solución de controversias contemplado en los contratos de*

*concesión, habida cuenta que para ello existe normado el Proceso Contencioso Administrativo, en la vía jurisdiccional*<sup>95</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia MARAVÍ, cuando sostiene que “*cualquier otra actuación del Regulador fuera de la administrativa en el marco del Contrato de Concesión será arbitrable. Esto se entiende porque en los Contratos de Concesión, sobre todo los de transporte, se asigna al Organismo Regulador papeles que escapan de su tarea de supervisión*”<sup>96</sup>.

A ello debemos añadir que en estos contratos de concesión no solo se le asignan funciones al OSITRAN que escapan a su función supervisora otorgada por ley, sino que también se le asignan otras que escapan a cualquier función que la ley le otorga; esto se debe a que al aplicar el OSITRAN aquellas funciones otorgadas por el contrato de concesión ya no actúa bajo sus competencias administrativas o públicas, es decir bajo ninguna facultad prevista por ley, sino bajo aquellas que el propio contrato le otorga.

Recordando lo expuesto anteriormente en este trabajo, las funciones otorgadas a los organismos reguladores (entre ellos el OSITRAN) bajo la Ley Marco son: (i) supervisora, (ii) reguladora; (iii) normativa; (iv) fiscalizadora y sancionadora; (v) de solución de controversias; y, (vi) de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan; siendo las más importantes para el objeto de este trabajo las funciones supervisora, reguladora y fiscalizadora y sancionadora.

Como también ha sido mencionado con anterioridad, no son solo éstas las funciones que se le otorgan al OSITRAN, sino que existen otras otorgadas por su norma de creación (Ley N° 26917); muchas derivadas de las funciones comunes a todos los

---

<sup>95</sup> CANTUARIAS, F., SIMONS, A. y VÉLEZ, R. (2011). *Despejando dudas sobre el arbitraje regulatorio*. Advocatus. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/403/385>.

<sup>96</sup> MARAVÍ, M. (2011). *¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores?* En: Revista Derecho & Sociedad. Número 36. Lima. P 55.

organismos reguladores antes enumeradas y, otras, establecidas teniendo en cuenta el objeto o fin de su creación.

Ahora bien, respecto de la arbitrabilidad de las actuaciones del OSITRAN, no puede afirmarse sin más que, en caso éste actúe en ejercicio de sus funciones otorgadas mediante la Ley Marco y/o la Ley N° 26917, entonces la materia no es disponible, y, por tanto, tampoco arbitrable.

Lamentablemente, al no ser la normativa aplicable enteramente clara, se dan interpretaciones distintas que, obviamente, se producen según la conveniencia de cada uno dependiendo del caso concreto.

En la doctrina no se ha analizado mucho el tema referido a cuándo el OSITRAN actúa basándose en las funciones otorgadas mediante la ley y cuándo actúa enteramente bajo las funciones que se le otorgan en un contrato de concesión. Esto, considero, ha conllevado a que muchos tribunales arbitrales expresen posiciones distintas, y muchas veces contrapuestas, sobre si la materia controvertida es arbitrable o no (al versar la controversia sobre una actuación del OSITRAN) y sobre la existencia o no de argumentos legales para incorporar al OSITRAN al proceso.

Por ejemplo, el tema que más interpretaciones distintas ha concebido dentro de un proceso arbitral (según lo conocido) es aquel referido a la aplicación de penalidades por el OSITRAN (en ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora).

La Ley Marco señala que esta función “*comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión*”<sup>97</sup>. El problema con esta definición es que, si uno la interpreta por sí sola, sin realizar una interpretación integral

---

<sup>97</sup> Literal d) del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco.

de la normativa aplicable al caso concreto, conllevaría a entender que la aplicación de cualquier penalidad (sea contractual o no) por parte del OSITRAN se realiza en ejercicio de su función fiscalizadora y sancionadora.

Ahora bien, como también es señalado por la Ley Marco, específicamente por el numeral 3.2 de su artículo 3°, las funciones otorgadas a los reguladores (como el OSITRAN), “*serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos*”.

Es decir, el uso por parte de los reguladores de cada una de sus funciones otorgadas bajo la Ley Marco se encontrará limitado por lo que la ley y el reglamento aplicable a sector regulado que corresponda establezca. Para el caso que aquí concierne, las facultades del OSITRAN se encontrarán entonces limitadas por lo que su ley de creación y reglamento indique.

Entonces, para analizar la función fiscalizadora y sancionadora del OSITRAN, nos debemos dirigir, primero, al numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley N° 26917 (referido a las atribuciones que ostenta el OSITRAN), que señala: “*La atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de importar sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes*” (énfasis agregado para propósitos de este trabajo).

Como podemos ver, se entendería que el OSITRAN aplicaría su facultad de penalizar o sancionar cuando el concesionario incumpla con la normativa aplicable a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Esta es una limitación a lo dispuesto por la Ley Marco, toda vez que circunscribe la aplicación de una penalidad siempre que el concesionario incumpla con la normativa aplicable.

Así pues, podría decirse que, bajo una interpretación y análisis integral y sistemático de la normativa aplicable a la aplicación de penalidades por parte del OSITRAN, si éste impone sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, y el arbitraje pretende versar sobre una controversia derivada de la aplicación de estas sanciones, entonces la materia no podría ser arbitrable. Pero si la penalidad que impone el OSITRAN se encuentra regulada en el contrato de concesión y es éste el que faculta al OSITRAN a sancionar, la controversia sería totalmente arbitrable, toda vez que la aplicación de la penalidad sería meramente contractual, pactada por el Estado y el particular, sin que el primero haya ejercido sus competencias administrativas.

Ahora bien, el análisis de estas normativas en conjunto nos lleva también a determinar si el OSITRAN debe o no participar de un proceso arbitral seguido entre concedente y concesionario<sup>98</sup>.

Este ejemplo es solo uno de los casos en los que el OSITRAN pretende intervenir a un proceso arbitral. En realidad, la arbitrabilidad de las controversias que surjan a causa de una actuación o decisión del OSITRAN, como se ha mencionado, deberá analizarse caso por caso, teniendo en cuenta todos los conceptos antes analizados: la extensión del convenio arbitral, la participación de terceros en el arbitraje y la arbitrabilidad de controversias entre el Estado y un particular; y analizando también la normativa aplicable al caso concreto de una forma sistemática e integral.

A continuación, procederé a exponer algunos casos en los que la intervención del OSITRAN ha sido propuesta en arbitrajes, así como también se analizarán las posiciones adoptadas por ciertos sectores de la doctrina que han estudiado este tema.

---

<sup>98</sup> Como se ha dicho, una persona puede participar de un proceso arbitral así no haya suscrito el convenio, y la forma de participar podrá ser ya sea como parte no signataria o como tercero (distinción que se ha realizado antes en este trabajo).

### 3.3. ¿Podría el OSITRAN intervenir en el Arbitraje? Supuestos de intervención del OSITRAN en la doctrina y jurisprudencia arbitral

Es menester iniciar este capítulo con el análisis de una norma o en realidad parte de ella, que ha sido ampliamente debatida. Si bien este debate no se ha plasmado mucho aún en la doctrina o en la jurisprudencia, sí ha levantado muchas incógnitas e incluso comentarios de desaprobación total respecto de ella.

Me refiero al Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos; específicamente a su artículo 56°, el referido a la solución de controversias en la ejecución de contratos de Asociación Público Privada.

El Decreto Legislativo N° 1362 tiene predecesor al Decreto Legislativo N° 1224 (del año 2015), que cumplía la misma función (sin las modificaciones incluidas posteriormente, claro está): regular la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos, y que fue derogado por el primero. Esta última norma establecía en el segundo párrafo del numeral 23.1 de su artículo 23° que *“La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores”*.

Por otra parte, su reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 410-2015-EF) sostenía, en su artículo 81°, que *“(…) para efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 23.1 del artículo 23 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador (…)”*.

Aquellas disposiciones, desde ya, generaba una sorpresa. Por una parte, el Decreto Legislativo N° 1224 indicaba que los reguladores deberán participar como terceros coadyuvantes del Estado, obligando a los tribunales arbitrales a permitir dicha participación; y, por otra parte, el reglamento indicaba que esta participación aplica solo a aquellos casos en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia del regulador.

El análisis de estas disposiciones normativas en conjunto hace que cualquiera entre en confusión y se plantee un sinnúmero de preguntas ¿Qué significa que el regulador podrá participar como coadyuvante? ¿Acaso lo que se trata de imponer mediante esta normativa es la participación obligatoria del regulador en un arbitraje como tercero coadyuvante, con todo lo que implica intervenir en el proceso como tal? ¿Qué paso con la naturaleza contractual del arbitraje, la misma que conllevaría a las partes a tener que aceptar a que un tercero ajeno al proceso intervenga como un tercero procesalmente hablando? ¿Si se discuten decisiones y materias vinculadas a la competencia del regulador, no será acaso la vía más idónea la administrativa y no la arbitral? ¿A qué decisiones y a qué materias vinculadas a la competencia del regulador se refiere esta norma?

Pues bien, a partir de la promulgación de este decreto legislativo y su reglamento, se emitió la denominada “Guía orientativa para la aplicación del Decreto Legislativo N° 1224” de marzo de 2016.

Esta Guía sostuvo en su página 47 que *“la normativa dispone que las entidades públicas (...) deben garantizar la participación oportuna [de] los Organismos Reguladores, los cuales emiten sus opiniones bajo el principio de autonomía previsto [en] la Ley N° 27332 y sus leyes de creación; esta regla incluso es de cumplimiento obligatorio para el árbitro o Tribunal Arbitral. La referencia al principio de autonomía se da porque*

*el Organismo Regulador no se encuentra sometido a la posición institucional del Ministerio que también participa en el proceso arbitral como representante del Estado en el contrato de APP, lo cual posibilita que la opinión del regulador sea distinta a la opinión ministerial en el libre ejercicio de sus competencias”.*

A mi parecer, lo expuesto por esta Guía respecto a la intervención del regulador en los arbitrajes, no hace más que alimentar la confusión y las preguntas que el Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento generan. Si este Decreto Legislativo obligaba a los tribunales arbitrales a permitir la participación del regulador como coadyuvante, ¿cómo puede entonces entenderse que el regulador podrá opinar de forma distinta que el Estado a quien va a coadyuvar en el proceso? ¿Qué entiende este Decreto Legislativo por coadyuvar?

Sin perjuicio de estas numerosas interrogantes, se emitió la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1224, que, en su página 20, dispone lo siguiente: *“el mencionado artículo [haciendo referencia al artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1224] establece que la entidad pública deberá garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado, extendiendo esta obligación al árbitro o Tribunal arbitral respectivo, ello con el fin que los reguladores puedan expresar su opinión institucional en dichas controversias, sin que ello conlleve a que formen parte del proceso arbitral”.*

Esta exposición de motivos nos otorga luces sobre la interpretación que debe realizarse a la normativa antes expuesta. Se entendería entonces bajo esta exposición de motivos que el regulador no participaría como parte del proceso arbitral, no participaría como tercero coadyuvante en el proceso compartiendo posición con el Estado, sino que



intervendría como mero opinante, bajo una figura similar a la del *amicus curiae*<sup>99</sup>. Aquello tendría mucho mayor lógica y razonabilidad. Si el regulador es un organismo que, por encima de todo, debe ser neutral e imparcial, nunca subjetivo sino más bien objetivo en su actuar, es natural que se le faculte a intervenir en un proceso emitiendo una opinión respecto a un determinado caso en el que la actuación de éste haya devenido en una controversia.

Ahora bien, dejando de lado normativa derogada, el numeral 56.3 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1362 establece que “*La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones o materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente*”.

Su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 240-2018-EF, establece al respecto en el numeral 133.2 de su artículo 133° que “*la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación*”.

---

<sup>99</sup> La figura del *amicus curiae* corresponde a aquel sujeto que no es una parte a la que se le extiende el convenio arbitral, sino un simple tercero (no bajo las reglas procesales de intervención de terceros) que participa en beneficio de los árbitros, no del Estado ni del concesionario en este caso. El *amicus curiae* tiene como objetivo que el tribunal arbitral entienda los hechos del caso, para lo cual podrá exponer su entendimiento de los mismos, sin actuar a favor de una u otra parte. Esta es la figura bajo la cual podría intervenir el OSITRAN en los arbitrajes ya que esta figura no desaparecería su neutralidad o imparcialidad, es más, lleva estos conceptos a la práctica.

Como se puede observar, no hay cambios sustanciales respecto de lo dispuesto en su predecesor (el Decreto Legislativo N° 1224 y su reglamento). En esencia, sigue siendo la misma disposición normativa, sin ningún cambio de fondo importante.

Este nuevo Decreto Legislativo tiene también una exposición de motivos, pero, lamentablemente, no hace mención ni referencia alguna al procedimiento de solución de controversias, como sí la hacía la exposición de motivos del ya derogado Decreto Legislativo N° 1224.

Sin perjuicio de ello, considero que lo dispuesto en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1224 aplicaría sin duda alguna a lo establecido por la nueva normativa. La exposición de motivos de una norma es una explicación del espíritu de la norma, de las razones por las cuales se redactaron y crearon las disposiciones contenidas en esta, y nos ayuda a interpretar, de forma más clara, aquellas disposiciones respecto de las cuales no tengamos un total entendimiento.

Siendo ello así, no cabría más que interpretar las disposiciones referidas a la solución de controversias de los contratos de APPs conforme lo dispone la exposición de motivos del ya derogado Decreto Legislativo N° 1224. La redacción de estas disposiciones es prácticamente la misma, variando unas cuantas palabras que en nada modifican el espíritu real de la norma. Entonces, si la nueva norma establece lo mismo que su predecesora, es porque se han redactado dichas disposiciones con la misma finalidad, con el mismo razonamiento y la misma lógica.

Pues bien, habiendo expuesto lo anterior, corresponde ahora analizar cómo es que se ha tratado en la doctrina, y en la jurisprudencia arbitral, la intervención del OSITRAN en los arbitrajes entre el Estado y un particular o inversionista privado respecto de controversias surgidas a raíz de un contrato de concesión de infraestructura.

Para efectos de este capítulo se deberá tomará como sentado que la materia sobre la cual versa el arbitraje es totalmente arbitrable, como ha sido este concepto analizado anteriormente. Así, nos podremos centrar en lo que a este capítulo interesa, cuál es la posición que ha adoptado la doctrina y la jurisprudencia arbitral al analizar la intervención del OSITRAN en el arbitraje.

### 3.3.1. Posiciones a favor

Unos de los autores que se encuentran a favor de la posibilidad de intervención del OSITRAN en los arbitrajes que tiene el Estado peruano con un particular, relacionados a contratos de concesión de infraestructura, son CASTILLO y SABROSO.

Para estos autores *“el consentimiento de OSITRAN de someterse a arbitraje, según la buena fe, se podría determinar por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración y ejecución de los contratos de concesión”*. Sostienen su posición en distintas cláusulas que pueden advertirse de los contratos de concesión, lo cual denotaría su participación activa en la ejecución de los mismos<sup>100</sup>.

Estos mismos autores señalan que la intervención del OSITRAN *“sería como una parte (no signataria) del convenio arbitral, pero parte en todo el sentido del término; es*

---

<sup>100</sup> Para CASTILLO y SABROSO, algunos ejemplos de cláusulas incluidas en contratos de concesión de infraestructura que habilitarían al OSITRAN a participar del arbitraje como no signatario son las siguientes: *“8.5.- Es obligación del CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes relativos al desarrollo de la Explotación de la Concesión (...).*

*8.9.- El CONCESIONARIO someterá a consideración del REGULADOR, en un plazo no mayor a noventa (90) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, los proyectos de los siguientes reglamentos internos (...). El procedimiento de aprobación de los mencionados reglamentos internos por parte del REGULADOR se ceñirá a las disposiciones sobre la materia (...).*

*8.25.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes de (...).*

*8.26.- A tal efecto, corresponderá al REGULADOR, establecer los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada (...)”* (CASTILLO, M. y SABROSO, R. (2011). *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima. Palestra editores. Pp 99-102).

*decir, con todas las prerrogativas y obligaciones establecidas por el Decreto Legislativo N° 1071*”, descartando todo tipo de intervención que no sea como una auténtica parte del contrato de concesión, al señalar que “*debemos descartar cualquier tipo de intervención distinta a la de parte; a saber: intervención litisconsorcial, coadyuvante o tercero*”<sup>101</sup>.

Otra autora que comparte la postura indicada anteriormente es MARAVÍ, quien entiende que “*si estamos en el marco de una controversia que proviene de un Contrato de Concesión o Asociación Público Privada respecto de un acto del Organismo Regulador que no está excluido del arbitraje y sería susceptible de ser modificado o revocado en él, creo conveniente que se le incorpore en el proceso conjuntamente con el Ministerio determinado que representa al Concedente como parte signataria del contrato*”; esto, en su opinión, se debería a dos razones: (i) el contrato de concesión es celebrado por el Estado peruano; y, (ii) el regulador suele participar activamente en la ejecución de estos contratos<sup>102</sup>.

La mencionada autora, además, sostiene que “*en general aunque el arbitraje no estuviera dirigido a revocar o modificar sus decisiones, el Organismo Regulador debería incorporarse al proceso arbitral por ser parte contratante el Estado y el que mejor puede sustentar sus decisiones es a la misma Entidad que las dictó*”<sup>103</sup>.

Para los autores antes citados, la participación del OSITRAN como parte no signataria en un arbitraje que versa sobre alguna actuación o decisión de dicho organismo regulador sería totalmente válida. Incluso, como se aprecia de lo expuesto por MARAVÍ, el OSITRAN podría intervenir como parte no signataria del convenio arbitral, aunque en el arbitraje no se discutan sus actuaciones o decisiones.

---

<sup>101</sup> Ibidem. P 172.

<sup>102</sup> MARAVÍ, M. (2011). *¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores?...* op cit. Pp 56-57.

<sup>103</sup> Ibid.

Debo discrepar con la opinión de estos autores. Como se analizó en el apartado correspondiente, el convenio arbitral reviste un carácter contractual en todos sus aspectos, por lo que lo pactado en el mismo obedece a la voluntad de las partes y es únicamente a ellas a quienes obliga, al menos en principio, como partes.

Todo lo pactado en el contrato de concesión nace de un acuerdo de voluntades entre el Estado peruano, representado por el MTC, y el particular, y si se le otorgan mediante el mismo facultades a un sujeto distinto a las partes suscribientes, aquello es causa de la propia voluntad de las partes que han acordado otorgar a un sujeto ajeno a ellas la posibilidad de realizar ciertas actuaciones en nombre de una de ellas (como es el caso de la imposición de penalidades contractuales en los contratos de concesión de infraestructura, imposición que se delega al OSITRAN pero que, como acto, reviste carácter puramente contractual).

Siendo ello así quedaría de lado la intervención del OSITRAN como verdadera parte no signataria del contrato de concesión: no porque se le otorguen facultades mediante dicho contrato el OSITRAN debe adscribirse como parte del arbitraje, como no signatario del convenio arbitral.

En este sentido, se negaría aún con mayor sustento la participación del OSITRAN en arbitrajes surgidos de controversias que nada tienen que ver con su actuación; aquello conllevaría a que en los arbitrajes que traten sobre cualquier controversia en la que nada tiene que ver el OSITRAN también se debería admitir su intervención como parte no signataria, lo cual, a todas luces, sería un grave error.

Asimismo, debo discrepar con MARAVÍ cuando afirma que el organismo regulador debe ser parte del arbitraje entre concedente y concesionario porque el Estado ha sido quien ha suscrito el contrato de concesión. Con ello, lo que afirmaría la

mencionada autora, es que por ser el organismo regulador parte del Estado, entonces debería también participar del arbitraje.

Pero, si ello fuera así, ¿dónde quedaría la neutralidad que debe siempre mantener el organismo regulador al, dicho sea de paso, regular? ¿Sólo porque es parte del Estado el organismo regulador se vería facultado a intervenir? ¿Si aquello fuese así, entonces también podrían participar del arbitraje los demás ministerios, reguladores, municipalidades, etc.? No lo creo. Debe tenerse en cuenta la neutralidad que debe tener el organismo regulador, en este caso el OSITRAN, al momento de regular.

Un tema que considero importante traer a colación es lo afirmado por CASTILLO y SABROSO cuando indican que se debe “*descartar cualquier tipo de intervención distinta a la de parte; a saber: intervención litisconsorcial, coadyuvante o tercero*” (cita expuesta en párrafos anteriores). Sobre ello no hacen un mayor análisis en su trabajo, se limitan a indicar que si el OSITRAN va a participar de un arbitraje será como no signatario (por las razones que hemos visto y refutado), y que la intervención de terceros bajo figuras procesales se encuentra fuera de toda práctica arbitral.

Sin embargo, considero que aquello será así siempre y cuando la intervención del OSITRAN se pretenda bajo la figura procesal de un tercero, pero bajo la aplicación del artículo 14° de la Ley de Arbitraje. Este artículo, como ha sido expuesto, se refiere a la intervención en el arbitraje de verdaderas partes del contrato, no de terceros que tengan algún interés, ajeno a la relación contractual de las partes contratantes, en el resultado del arbitraje.

Por el contrario, cuando lo que se pretenda es incorporar al OSITRAN al arbitraje como un tercero bajo figuras procesales (para lo cual no se aplicaría el artículo 14° de la Ley de Arbitraje), debe recurrirse a la naturaleza procesal que tiene, en parte, el proceso arbitral, por lo que sería perfectamente posible la inclusión de dicho organismo regulador,

pero siempre y cuando las partes así lo acepten (aplicando así la parte de naturaleza contractual que tiene el arbitraje). Importante aquí es diferenciar la naturaleza del convenio arbitral que es puramente contractual, con la naturaleza del arbitraje en sí, que tiene parte contractual y parte procesal (teoría mixta de la naturaleza del arbitraje).

Ahora bien, otro autor que se decanta por aceptar la intervención del OSITRAN en el arbitraje es VÉLEZ. Este autor señala que “*en los casos que, contrariamente a todo principio de derecho de legítima defensa, se discuta a través de cualquier sede arbitral una decisión administrativa expedida por el Regulador, considero absolutamente necesaria la intervención de éste (OSITRAN) con la finalidad que haga valer la defensa de sus intereses (...)*”<sup>104</sup>.

Considero que la premisa de la cual parte VÉLEZ, según lo analizado en este trabajo, es errónea y debe perfeccionarse; me explico. Este autor considera que el OSITRAN deberá participar de todo arbitraje en el cual se discuta una decisión administrativa (es decir, en ejercicio de sus competencias administrativas o públicas) que dicho organismo regulador emita. Sin embargo, un acto realizado por una entidad estatal en ejercicio de su *ius imperium* no puede ser, en principio, salvo que una ley así lo autorice, materia arbitrable, y aquello no solo consta en la norma, sino también en los propios contratos de concesión; por ello es que se ha sostenido a lo largo de este trabajo que la arbitrabilidad de una controversia dependerá de cada caso concreto<sup>105</sup>.

Si se tomase como enteramente cierto lo que indica VÉLEZ sin reparar en la posibilidad de que existen materias no arbitrables, fuera del alcance del arbitraje, se

---

<sup>104</sup> CANTUARIAS, F., SIMONS, A. y VÉLEZ, R. (2011). *Despejando dudas sobre el arbitraje regulatorio*. Advocatus. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/403/385>.

<sup>105</sup> Puede que, en principio, la materia sobre la cual versa un arbitraje sea no disponible por ser producto del ejercicio de potestades públicas o administrativas; pero si una ley habilita a que dicha materia pueda ser sometida a arbitraje, entonces sí podrá someterse la solución del conflicto a este proceso.

debería aceptar acudir a éste para tratar cualquier decisión o actuación de un organismo regulador, sea esta derivada del ejercicio de su *ius imperium* al decidir o actuar conforme a ley, o, sea derivada de una facultad contractual otorgada por las partes que suscriben el contrato de concesión. Es decir, daría absolutamente igual si lo que se discute es una materia no arbitrable, igual se podría acudir al arbitraje para solucionar controversias relacionadas a estas materias, se dejaría de lado el acudir a un proceso contencioso administrativo para solucionar estas controversias no arbitrables, etc.

Otro autor que se ha pronunciado al respecto es MARTIN, quien señala que “*si existe un arbitraje entre el concedente (Estado peruano) y el concesionario, donde es evidente y necesaria la participación o intervención de un organismo regulador en el proceso arbitral, se debe precisar que dicha intervención se puede realizar solo en calidad de tercero y al amparo de una interpretación permisible, solo en su calidad de organismos supervisores del contrato de concesión, pues en rigor, dichas entidades no son parte de los contratos de concesión*”<sup>106</sup>.

Si bien este autor no realiza un mayor análisis respecto a la intervención del organismo regulador como tercero, sí podemos entender que, a su parecer, el organismo regulador no puede participar como parte no signataria, sino únicamente como tercero (bajo las figuras procesales de intervención de terceros).

Respecto de esta última afirmación es con la cual debo coincidir. En efecto, el organismo regulador no puede ser considerado como parte no signataria del convenio arbitral por las razones que se han expuesto antes en este trabajo. Sino que son las propias partes quienes actuando como pares le otorgan facultades al organismo regulador, basándose así en su autonomía de la voluntad y en el acuerdo adoptado entre ellas.

---

<sup>106</sup> MARTIN, R. (2012). *La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo*. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 11. Lima. Círculo de Derecho Administrativo. Pp 173-174.



Es importante recalcar que la intervención como tercero del OSITRAN sólo será posible si es que las partes así lo aceptan. Deberá siempre existir un consentimiento tanto del Estado peruano como del privado para que un tercero, en este caso el OSITRAN, intervenga en el arbitraje como tal. Aquello se debe a la naturaleza contractual del arbitraje, proceso que nace de un acuerdo entre las partes suscribientes, y que es por ello que las propias partes son quienes se verían facultadas, siempre que estén de acuerdo, a aceptar que un tercero intervenga.

En cuanto a lo que la jurisprudencia arbitral públicamente conocida nos muestra, en los casos en los que se ha aceptado la intervención del OSITRAN en el arbitraje, se le ha facultado a intervenir como tercero, pero en ninguno como parte no signataria, al menos, de aquellos arbitrajes puestos en conocimiento por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su portal de transparencia.

Uno de los arbitrajes en los que puede advertirse esto es aquel llevado a cabo entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (o “MTC”) en representación del Estado peruano y APM Terminals Callao S.A., respecto del cual el laudo fue emitido con fecha 12 de octubre de 2016 (caso arbitral N° 2979-2014-CCL).

En este arbitraje se sometió a controversia la aplicación de una penalidad, discutiendo si la misma debía aplicarse o no. Como es evidente, quien fue contractualmente facultado para imponer esta penalidad fue el OSITRAN, y en base a ello es que el MTC solicitó la intervención de dicho organismo regulador argumentando que el resultado del arbitraje podría afectar las facultades administrativas reguladoras y sancionadoras otorgadas al OSITRAN por medio del contrato de concesión. APM Terminals Callao S.A. se negó a que el OSITRAN participe del arbitraje, y este último procedió con apersonarse al proceso solicitando, al igual que el MTC, su intervención.

El Tribunal Arbitral en este caso descartó de plano la intervención del OSITRAN como parte no signataria, toda vez que las únicas partes del contrato de concesión eran el MTC y el concesionario; es más, se apoyó en que el contrato de concesión cuando se refería a “partes” hacía referencia únicamente al MTC y al concesionario.

Ahora bien, lo que sí aceptó como válido el tribunal arbitral a cargo de este caso es la intervención del OSITRAN en condición de tercero, pero señalando que aquella intervención solo podría darse si es que ambas partes manifiestan su aceptación al respecto (lo cual no fue así ya que el concesionario se opuso).

Otro caso arbitral al cual nos podemos referir, que se opone a lo sostenido por el tribunal arbitral a cargo del caso anterior, es aquel llevado a cabo entre el MTC y el Metro de Lima Línea 2 S.A. (caso arbitral N° 0072-2016-CCL).

En este arbitraje, si bien no ha sido posible analizar la resolución mediante la cual el tribunal determina la intervención o no del OSITRAN por no haber sido colgada en el portal de transparencia del MTC; sí puede observarse, al menos, lo resuelto. En efecto, en el laudo arbitral, que sí es de conocimiento público, el tribunal sostuvo que el OSITRAN solicitó intervenir en el arbitraje como tercero coadyuvante del MTC; el MTC también solicitó la incorporación como coadyuvante del OSITRAN; pero el Metro de Lima Línea 2 S.A. se opuso sosteniendo que su participación era contraria a la misión del OSITRAN y que no se vería afectado funcional ni económicamente por el laudo.

Ante estas posiciones, el referido tribunal arbitral aceptó la intervención del OSITRAN al arbitraje como tercero coadyuvante, aun así el concesionario se haya opuesto a dicha figura de intervención.

Como antes ya se ha mencionado, es innegable la necesidad de que las partes suscribientes de un contrato muestren su consentimiento a la intervención de un tercero al arbitraje. Como hemos dicho, el arbitraje nace de un contrato (el convenio arbitral), y

que, si bien se pueden aplicar las figuras procesales de intervención de terceros, el tratamiento de esta inclusión es muy distinto en el plano arbitral en comparación con el plano judicial.

Otro de los laudos que nos muestran una posición a favor de la intervención del OSITRAN es aquel referido al caso arbitral llevado a cabo entre el MTC y Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (caso arbitral N° 0129-2017-CCL).

En este arbitraje, el tribunal arbitral declaró, en un principio, improcedente el pedido de intervención del OSITRAN como tercero coadyuvante del MTC, pedido formulado por esta última entidad. Luego, en la audiencia de ilustración de hechos, tanto el MTC como el concesionario solicitaron la intervención del OSITRAN como coadyuvante del MTC. Así, en atención a lo solicitado por las partes, el tribunal arbitral accedió a que el OSITRAN sea incorporado como tercero coadyuvante al proceso.

En este caso debo estar totalmente de acuerdo con el tribunal arbitral. Solo procederá la intervención del OSITRAN como tercero coadyuvante si ambas partes expresan su consentimiento a ello.

### 3.3.2. Posiciones en contra

Ahora bien, para otros autores, la participación del OSITRAN no debe darse en un arbitraje ni como no signatario del convenio arbitral ni bajo las figuras procesales de intervención de terceros.

Uno de ellos es NUÑEZ, quien sostiene que *“los organismos reguladores no tienen participación como partes en un proceso arbitral entre un concesionario y el concedente (...). Si de alguna forma las entidades reguladoras van a participar en el*

*arbitraje, deben hacerlo como testigo, experto [u] opinión autorizada, pero no como parte*”<sup>107</sup>.

Este mismo autor sostiene que una participación del OSITRAN como coadyuvante sería “*contrario a la naturaleza de un organismo regulador: un regulador no tiene por qué coadyuvar al Estado. En teoría, debe ser imparcial (...) desde que se coadyuva se deja de ser un regulador imparcial y se vuelve parte del Estado*”<sup>108</sup>.

Debo coincidir con lo que señala NUÑEZ, pero con ciertos matices. No estoy completamente de acuerdo con que un organismo regulador (en este caso el OSITRAN) no pueda participar como coadyuvante del Estado en un arbitraje; en realidad sí que lo puede, pero siempre y cuando el MTC y el concesionario se encuentren de acuerdo con ello, caso contrario no podría hablarse de una intervención del OSITRAN en el arbitraje.

Ahora bien, respecto de la intervención del regulador como testigo, experto o emitiendo una opinión respecto de la controversia, debo estar absolutamente de acuerdo; y esto únicamente se dará en aquellos casos en los que la materia controvertida tenga que ver con alguna actuación o decisión del OSITRAN respecto de la cual se le facultó por medio del contrato de concesión, y/o si esta actuación o decisión del OSITRAN se considera como materia arbitrable por la ley (así esta actuación sea, en principio, en ejercicio de sus competencias públicas o administrativas).

Por su parte, BULLARD, en una columna para el diario “El Comercio” sostiene que “*el problema es que los contratos de concesión no han invitado a los organismos reguladores. No están incluidos en los contratos ni estos mencionan que puedan participar en el arbitraje (...) en el arbitraje no existen ni terceros coadyuvantes ni litisconsortes ni nada parecido. Ello porque estamos frente a un contrato. Solo es parte*

---

<sup>107</sup> NUÑEZ, C. (2016). *Arbitraje en concesiones de infraestructura*. En Revista de Derecho Administrativo. Número 16. Lima. Círculo de Derecho Administrativo. Pp 410-411.

<sup>108</sup> Ibid.

*en el arbitraje quien es parte en el convenio arbitral. Y los organismos reguladores no lo son*". Añade además que *"el organismo regulador debe estar equidistante de la entidad concedente (entidad estatal) y de concesionario (empresa privada que es el regulado). Debe dirimir con independencia de sus diferencias"*<sup>109</sup>.

Debo discrepar con BULLARD cuando señala que en el arbitraje no existe las figuras procesales de intervención de terceros. Como se ha visto anteriormente, el arbitraje no puede desligarse de parte de su naturaleza, que es procesal.

Sobre lo cual sí debo coincidir con BULLARD es respecto a la neutralidad de los reguladores. Estos deben siempre actuar bajo dicho principio, que ha sido analizado ya en el apartado correspondiente.

Ahora bien, remitiéndome a la jurisprudencia arbitral, uno de los casos en los que se ha podido advertir una rotunda negación a la intervención del OSITRAN a los arbitrajes es aquel referido al arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. contra el MTC (caso 3275-2015-CCL).

En este caso, el MTC solicitó la intervención del OSITRAN al proceso arbitral basándose en lo establecido por el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1224, y el artículo 81° de su reglamento (respecto al contenido de estos artículos nos hemos referido al principio de este capítulo).

En base a estos artículos, tanto el MTC como el OSITRAN solicitaron la intervención de esta última entidad al arbitraje que mantenía el MTC con el concesionario. El concesionario, por su parte, se negó a la participación del OSITRAN en el arbitraje argumentando, entre otras cosas, que (i) el OSITRAN no podría ser considerado como parte signataria o no signataria por no ser parte material del contrato

---

<sup>109</sup> BULLARD, A. (2015). *El metete parcializado*. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/metete-parcializado-alfredo-bullard-227521>.

de concesión; (ii) que no es materia controvertida la actuación del OSITRAN en competencia de sus potestades administrativas o públicas; (iii) que para que el OSITRAN participe como tercero coadyuvante necesitará del consentimiento del concesionario también, no solo del MTC; y, (iv) que la intervención del OSITRAN afectaría su neutralidad.

El tribunal arbitral en este caso decidió resolver esta cuestión emitiendo un laudo parcial. En éste sostuvo que, si bien en el arbitraje se discutía un tema relacionado a una competencia otorgada al OSITRAN, este regulador debe actuar en todo momento de manera imparcial y objetiva, sus actos deben estar sujetos a los estándares de imparcialidad y objetividad, por lo que el tribunal se ve imposibilitado a integrarlo como parte no signataria del convenio arbitral. De esta forma concluye que (i) la única figura relevante para la intervención de terceros en el arbitraje es la de parte no signataria y que (ii) el OSITRAN no puede participar del proceso porque su actuar debe ser siempre imparcial y objetivo.

Si bien lo resuelto por el tribunal arbitral a cargo de este caso es correcto (refiriéndome a la no intervención del OSITRAN en el proceso), la forma a la que llega a esta conclusión no me parece del todo correcta.

La intervención como parte no signataria no es la única manera que un sujeto ajeno a la relación contractual de aquellos que participan como partes en el arbitraje tiene para intervenir en este. En efecto, como hemos analizado anteriormente, también podría intervenir bajo la figura procesal de tercero coadyuvante, pero esto siempre y cuando ambas partes, en ejercicio de sus facultades contractuales, así lo consientan.

Ahora bien, en lo que sí debo coincidir con este tribunal arbitral es en la neutralidad e imparcialidad que debe regir toda actuación del OSITRAN. Cuando se pretende la intervención del OSITRAN como no signatario o como tercero (sin que ambas

partes lo acepten) se podría afectar la neutralidad y objetividad que debe tener siempre el OSITRAN ya que estaría apoyando, en todo sentido, al MTC. Sin embargo, sí que habría podido aceptarse la intervención del OSITRAN como un testigo o experto, ya que, bajo estas figuras, al menos teóricamente, no se puede ser parcial, sino que debe haber un pronunciamiento de acuerdo con la realidad, sin el afán de beneficiar a una de las partes del arbitraje.

Lamentablemente, este es el único caso que se puede conocer públicamente y que represente una negación absoluta a la participación del OSITRAN en un arbitraje entre concedente y concesionario. Existen otros casos en los que se ha resuelto de manera similar a la de este último, pero al no haberse emitido laudos parciales sobre ellos, siendo el tema resuelto vía una resolución u orden procesal arbitral, no puede llegarse a conocer el razonar de los árbitros para negar la participación del OSITRAN en algunos casos arbitrales.





## CONCLUSIONES

La intervención del OSITRAN en los arbitrajes relacionados a controversias que surjan de sus actuaciones o decisiones deberá analizarse dependiendo del caso concreto.

Antes que nada, se deberá determinar la arbitrabilidad del acto o decisión que haya emitido el OSITRAN, y recién, a partir de ahí, es que se deberá analizar si la participación de este organismo regulador en el arbitraje tiene sustento alguno.

Como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, la inclusión del OSITRAN como parte no signataria del convenio arbitral no tiene cabida. Las partes de un contrato de concesión de infraestructura son el concedente y el concesionario; el OSITRAN, hasta ese punto, no tiene participación alguna en la relación contractual de estos dos. Sin perjuicio de ello, los contratos de concesión de infraestructura otorgan al OSITRAN facultades, como por ejemplo la imposición de penalidades, la emisión de una opinión para la prórroga del contrato de concesión, entre otros.

Ahora bien, esta participación del OSITRAN en los contratos de concesión ha sido facultada por las partes suscribientes de este, mismas partes que serán consideradas como las suscribientes del convenio arbitral incluido en dicho contrato de concesión. Al ser estas facultades practicadas por el OSITRAN resultado de un acuerdo de voluntades entre las partes suscribientes del contrato de concesión, no puede afirmarse que el OSITRAN tenga una participación activa y determinante en el contrato. Es la voluntad de las propias partes que le han otorgado estas prerrogativas, y son ellas las que deberán solucionar una controversia derivada de la actuación o decisión del OSITRAN siempre que esta se realice conforme a las facultades otorgadas a éste por el contrato.

En efecto, cuando el OSITRAN actúa haciendo uso de las facultades que el contrato de concesión le otorga, actúa en representación de la entidad concedente, en este caso del MTC, no por su propia voluntad ni porque la ley así se lo autorice.

Debe tenerse en cuenta además que la participación de un no signatario en un arbitraje es totalmente distinta a la de un tercero. El no signatario interviene en el arbitraje debido a que se le extiende el convenio arbitral de acuerdo con el artículo 14° de la Ley de Arbitraje. Este no signatario debe ser reputado como verdadera parte del contrato, mostrando su consentimiento de someterse a arbitraje por su actuación activa y determinante en la vida o muerte del contrato. Sin embargo, no sólo porque a un determinado sujeto se le otorguen facultades contractuales significará que éste deba ser admitido como no signatario; esta sería un análisis muy simplista de la normativa aplicable.

La normativa arbitral nos muestra que el arbitraje en sí, como proceso, tiene una doble naturaleza o naturaleza mixta: por una parte, es contractual y por otra, procesal. Es en referencia a la naturaleza contractual del arbitraje que no puede hablarse así, sin más, de que el OSITRAN debe participar como no signatario.

Si las partes han otorgado facultades contractuales a un sujeto, en este caso al OSITRAN, esas facultades resultan de su propia voluntad, no de la voluntad del OSITRAN, ya que dicho organismo regulador no ha sido parte y no es parte del contrato, por lo cual no podrá vincularse a un arbitraje alegando ser parte no signataria del convenio.

Por otro lado, el OSITRAN podrá participar como tercero bajo figuras procesales (más que todo la referida al tercero coadyuvante) siempre que las partes así lo acepten. Si las partes o alguna de las partes no acepta la intervención del OSITRAN como tercero, entonces no podría hablarse de esta figura de intervención para dicho organismo regulador.

Es aquí donde debe tenerse en cuenta también el carácter contractual del arbitraje. Al nacer el arbitraje de un acuerdo entre el concedente y el concesionario, se debe

entender que ellos serán los únicos sobre quienes recaerá la decisión de que un tercero ajeno a ellos intervenga, como es el caso del OSITRAN.

Algunos autores sostienen que no hay cabida para la intervención de terceros procesales en el arbitraje, pero considero que ello no es completamente cierto. Afirmar ello conllevaría a desnaturalizar al arbitraje en su sentido procesal. Aunque, sí es cierto que deberá ser necesaria la aceptación de las partes respecto de esta intervención para que el tercero pueda integrarse al proceso.

Por otro lado, lo dispuesto por el nuevo Decreto Legislativo N° 1362 y su reglamento, respecto a la intervención de organismos reguladores en el arbitraje, debe ser analizado pormenorizadamente, utilizando sobre todo la exposición de motivos elaborada para el entendimiento del Decreto Legislativo N° 1224, predecesor del Decreto Legislativo N° 1362.

De esta manera es que se llega a la conclusión de que, lo que quiso decir el legislador al redactar estas disposiciones tan confusas y muchas veces inexplicables, es que se debe garantizar la intervención del regulador en los arbitrajes, pero como opinante o perito si se quisiese, haciendo las veces de un *amicus curiae*, como se ha explicado en el apartado correspondiente.

No puede entenderse de la norma que se aceptará la intervención del regulador como coadyuvante, es decir, como un tercero que ingresará al proceso arbitral para apoyar en todo sentido al Estado en su posición, ya sea como demandante o como demandado. Como ya hemos mencionado, la única forma en la que un tercero pretenda intervenir en un arbitraje como coadyuvante es si todas las partes del arbitraje consienten esta intervención.

Además, entender que una norma establece la obligatoriedad de incluir al regulador en un arbitraje para coadyuvar al Estado en su sentido lato, es decir, como

verdadero coadyuvante bajo el sentido procesal de la palabra, sería entender a su vez que el propio legislador ha actuado en su contra, ya que la ley también exige que el regulador sea neutral e imparcial en sus decisiones o actuaciones, sea cuales fueren.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIÑO, G. (2006). *Logros y fracasos de la regulación*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8822/9219>.
- ARIÑO, G. y DE LA CUÉTARA, J.M. (2000). *Algunas ideas básicas sobre la regulación de sectores estratégicos*. Madrid. Recuperado de: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=561&path%5B%5D=616>.
- AVENDAÑO, J.L. (2011). *Causales de Anulación*. En Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima. Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). P 710.
- AVENDAÑO, J.L. y VELÁSQUEZ, R. (2015). *Terceros frente a contratos, cláusulas arbitrales y laudos*. En Panorama Actual del Arbitraje 2015. Volumen 32. Lima. Thomson Reuters. P 69.
- BACA, V. (2009). *¿Son arbitrables los actos dictados en ejecución de la legislación congelada en virtud de un convenio de estabilidad? Un ensayo de respuesta general, a partir del análisis de un supuesto concreto*. En HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*. Tomo II. Caracas. Ediciones Paredes. Pp 1208-1215.
- BACA, V. (2013). *El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la actuación de la administración*. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., SENDIN, M., DANÓS, J., CÁCERES, J.L., ROJAS, V. & HUAMÁN, N. (coords.) *Contratación Pública. Doctrina nacional e internacional*. Volumen II. Arequipa. Adrus editores. P 543.
- BULLARD, A. (2006). *Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos*. En Revista Peruana de Arbitraje. Número 2. Lima. Grijley. P 179.
- BULLARD, A. (2011). *Extensión del convenio arbitral*. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima. Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). P. 201.

- BULLARD, A. (2015). El metete parcializado. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/metete-parcializado-alfredo-bullard-227521>.
- CAIVANO, R.J. (2013). *Arbitrabilidad y orden público*. En Revista Foro Jurídico. Número 12. Lima. P 64.
- CAIVANO, R. J. (2013). *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado*. En: El Derecho, n°13.306. Recuperado de <https://societip.files.wordpress.com/2013/12/caivano-la-expansic3b3n-de-la-materia-arbitrable-en-dos-recientes-ejemplos1.pdf>.
- CANOSA, A.N. (2000). *Lineamientos para la conformación de un ente de control de transporte terrestre*. En Actualidad en el Derecho Público N° 13. Buenos Aires. P 59.
- CANTUARIAS, F. (2010). *National Report for Peru (2010)*. En: PAULSSON, J. y BOSMAN, L. *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/book-toc?title=ICCA%20International%20Handbook%20on%20Commercial%20Arbitration>.
- CANTUARIAS, F., SIMONS, A. y VÉLEZ, R. (2011). *Despejando dudas sobre el arbitraje regulatorio*. Advocatus. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/403/385>.
- CASTILLO, M. (2017). *Orígenes del Arbitraje*. En Arbitraje y Debido Proceso. Lima. Palestra, Pp 17-18.
- CASTILLO, M. y SABROSO, R. (2011). *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima. Palestra editores. Pp 99-172.

- CASTILLO, F., SABROSO, R., CASTRO, L. y CHIPANA, J. (2014). *Comentarios a la Ley de arbitraje*. Primera Parte. Lima. Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre. Pp 297-299.
- CASTILLO, M., SABROSO, R., CHIPANA, J. y CASTRO, L. (2018). *La ley de arbitraje*. Lima. Gaceta Jurídica. P 188.
- CASTILLO, M. y VÁSQUEZ, R. (2006). *Arbitraje: naturaleza y definición*. En Derecho PUCP. Número 59. Lima. Derecho PUCP. Pp 280-283.
- CASTILLO, M., VÁSQUEZ, R. y SABROSO, R. (s.f.). *Nueva Ley de arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?* Recuperado de: [https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119 Nueva Ley de arbitraje cuales son las materias arbitrales.pdf](https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/119_Nueva_Ley_de_arbitraje_cuales_son_las_materias_arbitrales.pdf).
- CASTRO, L. (2018). *Concepto, contenido y formalidades del convenio arbitral*. Lima. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Pp 43-51.
- CHIPANA, J. (2014). *Los árbitros y la ley de arbitraje del Perú*. Lima. Thomson Reuters. Pp 35-46.
- CONEJERO, C. e IRRA, R. (2013). *La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*. En Revista del Círculo Peruano de Arbitraje Número 5. Lima. Pp 57-87.
- CORNEJO, R. (2006). *Inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos: una mirada desde el sector público*. En Derecho Regulatorio. Número 52. Lima. Themis. P 214.
- CORREA, J.P. (2011). *Tercero interviniente*. En: COLLANTES, J.L. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Lima. Palestra. P 955.
- CRAIG, W., PARK, W. y PAULSSON, J. (1988). *International Chamber of Commerce Arbitration*. Tercera Edición. Nueva York. Ocean Publications. P 670.

- CREMADES, B.M. (2010). *La participación de los Estados en el arbitraje internacional*. En Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen 3. Madrid. Iprolex. P 657.
- DANÓS, J. (2013). *Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú: su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de usuarios*. En Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Número 57. Lima. P 70.
- FOLLONIER-AYALA, A. (2015). *Constitucionalización del arbitraje en América Latina*. En Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid. Wolters Kluwer. Pp 107-134.
- GONZÁLEZ, F. (s.f.). *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje*. Universidad Iberoamericana. Recuperado de: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.
- GONZÁLEZ, F. (2017). *La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balanceo químico*. En Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Número 2. Lima. Círculo Peruano de Arbitraje. P 209.
- HERMIDA, C. (2011). *Arbitraje*. En: COLLANTES, J.L. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Lima. Palestra. P 96.
- JEQUIER, E. (2015). *Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable*. Talca. Ius et Praxis. Pp 200-202.
- KRÖLL, S., LEW, J. y MISTELIS, L. (2003). *Chapter 5 Juridical nature of arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/document/ipn27503?q=%22arbitration%22&authorfullnamereversed=Kroll%2C%20Stefan%20Michael>.
- KUNDMÜLLER, F. (2004). *Apuntes sobre arbitraje*. Advocatus 11. P 362.



- LAGUNA, J.C. (2011). *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3732677.pdf>.
- LEW, J., MISTELIS, L. y KRÖLL, S. (2003). *Chapter 16 Multiparty and Multicontract Arbitration*. Recuperado de: <http://www.kluwerarbitration.com/document/ipn27514>.
- LINHARES, A.A. (2011). *Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros no Arbitragem com a Administração Pública*. En: Revista Brasileira de Arbitragem. Brasil. Comité Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB. P 81.
- LORCA, A. M. (2010). *La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y los árbitros*. San Sebastián. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP). Pp 18-19.
- MANTILLA, F. (2011). *Breves comentarios sobre la nueva Ley peruana de arbitraje*. En: Revista de Círculo Peruano de Arbitraje. Número 4. Lima. P 43.
- MARAVÍ, M. (2011). *¿Son arbitrables las decisiones de los organismos reguladores?* En: Revista Derecho & Sociedad. Número 36. Lima. Pp 55-57.
- MARTIN, R. (2012). *La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo*. En: Revista de Derecho Administrativo. Número 11. Lima. Círculo de Derecho Administrativo. Pp 173-174.
- MATHEUS, C.A. (2017). *El convenio arbitral: formalidad, alcances, elementos y efectos*. En: Panorama Actual del Arbitraje 2017. Lima. Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre. P 271.
- MERCADO, E. y ABUSADA, F. (2015). *Asociaciones Público Privadas (APP): entre lo público y lo privado – el empresario como gobernante*. En Revista Derecho & Sociedad. Número 45. Lima. Derecho & Sociedad. P 106.
- MOLINA, H. (s.f.). *Breve reseña histórica del arbitraje*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://revistas->

[colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27729/25051](http://colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27729/25051).

- MONTERO, J.J. (2014). *La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico*. En Revista Digital de Derecho Administrativo. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/artivle/download/49711/46215>.
- MORI, P. (2011). *¿Cuál es el recurso correcto para cuestionar la exclusión de una parte no signataria del proceso arbitral?* En: Actualidad Jurídica. Tomo 217. Lima. Gaceta Jurídica. P 123.
- NUÑEZ, C. (2016). *Arbitraje en concesiones de infraestructura*. En Revista de Derecho Administrativo. Número 16. Lima. Círculo de Derecho Administrativo. Pp 410-411.
- OTINIANO, M. (2012). *La regulación de los servicios públicos: la experiencia de OSINERGMIN*. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13497/14124>.
- OVALLE, I. (1996). *El Arbitraje por compromiso en el Derecho Romano*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVII. Valparaíso. P 135.
- RIVERA, C. (2011). *Convenio Arbitral*. En: COLLANTES, J.L. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional*. Lima. Palestra. P 425.
- SANTISTEVAN, J. (2009). *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje*. En Revista Peruana de Arbitraje. Número 8. Lima. Magna ediciones. Pp 40-47.
- SANTISTEVAN, J. (2010). *La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*. En Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen 3. Madrid. Iprolex. P 44.

- SILVA, E. (2011). *El artículo 14 de la nueva Ley peruana de arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje-realidad*. En Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Número 4. Lima. P 53.
- SOTO, C. (s.f.). *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*. Recuperado de: <https://docplayer.es/5006966-Comentarios-a-la-ley-peruana-de-arbitraje.html>.
- TALERO, S. (2008). *La evolución jurisprudencial de la arbitrabilidad*. En: El Arbitraje en el Perú y el Mundo. Lima. Magna Ediciones. P 227.
- TALERO, S. (2011). *Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley peruana de arbitraje*. En: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Número 4. Lima. P 98.
- TASSANO, H. (2008). *Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/issue/view/1175>.
- TORNOS, J. (1995). *Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos*. En Revista de Administración Pública. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17255.pdf>.
- VÉLEZ, R. (2012). *Las decisiones administrativas y la opinión del OSITRAN según la Ley y los contratos de concesión*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13505>.
- VIDAL, F. (2014). *El convenio arbitral. Importancia y regulación en la Ley de Contrataciones del Estado*. En: Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano. Número 500. Lima. El Peruano. P 4.
- ZAPPALÀ, F. (2010). *Universalismo histórico del arbitraje*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14429>.