Arbitraje	:	**Nacional y de derecho**
Demandante	:	**CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A.**
Demandado	:	**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**
Materia	:	**CONTRATO DE CONCESIÓN**
Tribunal Arbitral	:	**Luis Felipe Pardo Narváez, Presidente**
	:	**Horacio Cánepa Torre, Árbitro**
	:	**Gregorio Martín Oré Guerrero, Árbitro**

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. (EN ADELANTE, LA CONCESIONARIA Ó LA DEMANDANTE) CONTRA EL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (EN ADELANTE, LA DEMANDADA Ó LA ENTIDAD Ó EL MINISTERIO) SOBRE PAGO DE APORTE DE REGULACIÓN.

Caso Arbitral Nº 1669-126-2009

RESOLUCIÓN Nº 18

Lima, 25 de octubre de 2010

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

En el numeral 16.11 del Contrato de Concesión, se estipuló que en caso de surgir controversias entre La Concesionaria y La Concedente que no puedan ser solucionadas por la vía de la concertación, las mismas se someterían al arbitraje de derecho y por un tribunal integrado por tres árbitros elegidos según lo pactado por las partes.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El día 18 de enero del año 2010, se llevó a cabo la audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la cual los árbitros ratificaron su aceptación al cargo y reiteraron que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que les obligaran a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, sus representantes y sus respectivos abogados.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario la suscribieron en señal de conformidad.

III.- DE LA DEMANDA PRESENTADA POR LA EMPRESA IIRSA NORTE

Con fecha 1 de febrero de 2010, La Demandante, a través de sus representantes acreditados en autos, interpuso demanda arbitral contra El Ministerio dentro del plazo fijado en el Punto 17 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

retribuir a ésta por tales prestaciones mediante el pago de dos conceptos: el Pago Anual por Obras (en adelante, PAO) y el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (en adelante, PAMO). Así, señala La Demandante que los pagos que La Entidad se comprometió a efectuar tienen dos fuentes:

i) la recaudación de los peajes, y

ii) un subsidio estatal para completar los montos de PAO y PAMO, toda vez que la recaudación de los peajes es insuficiente para cubrir los altos costos de inversión asumidos por El Concesionario.

2.2 La Demandante sostiene que, según las normas vigentes, toda empresa o grupo de empresas que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, están obligadas a pagar a OSITRAN el Aporte por Regulación, lo que equivale al 1% de sus respectivas facturaciones anuales.

En tal sentido, La Demandante señala que, respecto a OSITRAN, se encuentra en la obligación de entregarle, por concepto de Aporte por Regulación, el 1% de sus ingresos facturados anualmente. No obstante, conforme a lo estipulado en el Contrato, La Concesionaria ha convenido con El Ministerio que dichos pagos serán asumidos por ambos. Para tal fin, el numeral 13.11 dispone que IIRSA Norte deberá pagar 1% del aporte de regulación, pero calculado solamente sobre la base del PAMO. Y en el caso de los demás ingresos, como el PAO, por ejemplo, el 1% de los mismos que deberá pagarse al OSITRAN serán asumidos por el Concedente.

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

En consecuencia, La Demandante manifiesta que, tratándose de una concesión subsidiada por El Ministerio (concesión cofinanciada), se estableció en el Contrato de Concesión que, en la relación contractual interna, ambas partes compartirían la obligación del pago del 1% del Aporte por Regulación.

Por ello, si bien frente a OSITRAN, La Concesionaria continuaría siendo responsable del pago de este tributo, en la relación contractual interna sólo asumiría el pago del 1% de ingresos por concepto de PAMO, mientras que El Ministerio se encargaría de cubrir el 1% de ingresos distintos a dicho concepto (esto es, PAO y otros conceptos).

2.3 La Demandante precisa que este pacto no se encuentra reñido con la norma que obliga a ésta a asumir el pago, habida cuenta que el texto legal que dispone el pago del 1% de los ingresos a favor de OSITRAN tiene por objeto establecer una obligación tributaria en cabeza de la Concesionaria. El pacto contractual, por su parte, no pretende modificar dicha obligación, sino regular que dicho pago será asumido, en la relación interna entre los contratantes, de manera conjunta entre ellas. Esto es, en opinión de La Concesionaria seguirá siendo la obligada frente al OSITRAN, conforme lo establece la norma; sin embargo, los recursos para cumplir con dicha obligación provendrán tanto del Concedente como de la Concesionaria.

En opinión de La Demandante, dicho pacto permitiría establecer un equilibrio económico financiero entre las previsiones del Concesionario de acuerdo al Contrato y a la obligación legal. Así, la premisa económica financiera de La Concesionaria al momento de celebrar el Contrato fue que, si bien la Ley la obligaba a pagar el 1% de los ingresos a OSITRAN por concepto de Aporte de Regulación, ésta sólo contribuiría a dicho pago con los ingresos por

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

concepto de PAMO, pues el 1% de los demás ingresos los asumiría La Concedente. Esto último, en consideración de la recurrente, resultaría de especial relevancia, pues en las concesiones cofinanciadas se requiere un compromiso financiero por parte del Estado, toda vez que la provisión del servicio concesionado no alcanza niveles de rentabilidad para el concesionario. Por lo tanto, esta clase de concesiones refleja los términos de una transacción entre concedente y concesionario en la que como contrapartida de la distribución de riesgos, ambas partes obtienen una expectativa de ingresos futuros. A esta relación entre costos y beneficios asumidos por las partes se le denomina "equilibrio económico-financiero".

2.4 Agrega La Concesionaria que canceló directamente a OSITRAN el total del Aporte por Regulación relativo a los períodos 2006, 2007, 2008 y 2009, excediendo lo establecido en la referida regulación interna. Es decir, asumió aquellas obligaciones que contractualmente le correspondían a La Concedente. Sin embargo, al momento de solicitar el reembolso de los pagos equivalente al 1% de los ingresos distintos al PAMO, el Concedente se ha negado a restituir estos montos, desconociendo de este modo el Contrato de Concesión y desestabilizando el equilibrio económico-financiero que rige el mismo.

2.5 En la etapa previa a la celebración del Contrato de Concesión (Concurso Público) quedó claro que ganaría el Concurso quien invirtiese más en el proyecto.

Sin embargo, como factor de competencia para el Concurso y como incentivo para los participantes, el Contrato contendría un esquema de equilibrio económico-financiero entre los celebrantes, mediante el cual se establecerían prestaciones que permitiesen al Concesionario compensar la

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

inversión efectuada con la asunción de ciertos conceptos de manera compartida. Cualquier situación que originase que una de las partes asumía un compromiso o un riesgo distinto al que quedó establecido en el Contrato de Concesión, generaría un desequilibrio en la ejecución de dicho Contrato. En este caso, la posición del Ministerio ha determinado la existencia de un desequilibrio económico, habida cuenta que bajo esa posición La Concesionaria está obligada a pagar la totalidad del 1% de sus ingresos por Aporte de Regulación, cuando según el numeral 13.11 del Contrato dichos pagos se efectuarían sólo con relación al PAMO, estando el Ministerio obligado a asumir el 1% correspondiente a los demás ingresos.

La Demandante cita el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917 (Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo), el cual establece que los recursos propios de OSITRAN están constituidos (entre otros) por *"La tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual"*[1]. Con lo cual queda claro que al Regulador (OSITRAN), La Concedente debe entregarle el 1% de su facturación anual por concepto de Aporte por Regulación.

Sin embargo, la parte demandante señala que lo que establece la Cláusula 13.11 del Contrato es una distribución de la obligación del pago del Aporte por Regulación entre ambas partes, independientemente de que, ante la Ley, IIRSA Norte sea el obligado. De esta manera, mientras que por un lado La Concesionaria asumiría este pago en virtud del 1% correspondiente a los recursos que perciba por concepto de PAMO, por otro lado, La Concedente

[1] Asimismo, la Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos de fecha 29 de julio de 2000), en su artículo 10° preceptúa que *"Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, **un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual**, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito".*

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

asumiría el pago del 1% correspondiente a cualquier otro ingreso de La Concesionaria no proveniente o distintos del PAMO. En otras palabras, El Ministerio asumiría la diferencia para completar el 1% del total de los ingresos percibidos por el Concesionario.

La Concesionaria sostiene que esta concesión es una de tipo Asociación Público Privada (APP), con cofinanciamiento de la Concedente, puesto que los ingresos percibidos por la Concesionaria resultan insuficientes para cubrir la ejecución de las inversiones de este último. Por ello, sostienen que resultaba lógico que aquellas prestaciones que involucraban el desprendimiento económico por parte de uno de los participantes, debía hacerse de manera tal que permitiese mantener el equilibrio económico-financiero al que se habían comprometido durante la ejecución del Contrato. (Agrega que el pago del Aporte por Regulación del 1% no era ajeno a este mecanismo de equilibrio y fue por tal motivo que esta obligación quedó distribuida entre ambas partes)

IV.- DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante escrito de fecha 4 de marzo de 2010, ingresado en término oportuno, El Ministerio objetó el presente arbitraje, dedujo excepción y contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en los términos que se exponen a continuación.

1. OBJECIÓN AL ARBITRAJE

1.1. El Ministerio señala que los montos efectuados por la Concesionaria por concepto de aporte por regulación, no son de libre disposición del

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

Ministerio, en razón a que dichos aportes han sido efectuados a favor del organismo regulador – OSITRAN y no al Ministerio, en su calidad de Concedente, a efectos que OSITRAN pueda cumplir con la función supervisora.

1.2 En tal sentido, el MTC sostiene que no ha percibido pago alguno de parte de la empresa Concesionaria, por concepto de aporte por regulación. En ese sentido, la Concesionaria debió iniciar el procedimiento de solicitud de controversias contra OSITRAN, en tanto fue a dicha entidad a quien se realizó los pagos. El MTC alega que no podría reembolsar al Concesionario los montos que éste último ha pagado a OSITRAN por concepto de Aporte por Regulación calculado sobre la base de los ingresos distintos al Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO), debido a que el MTC nunca ha recibido dichos pagos. En tal sentido, La Entidad objeta el desarrollo del presente arbitraje, pues las controversias sometidas a arbitraje se relacionan a materias que no son de libre disposición del MTC.

2. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD DE LA DEMANDADA

2.1 La Concedente sostiene que La Concesionaria ha formulado reclamos que están destinados a que se le reembolse el pago que ha realizado a OSITRAN, por los ingresos distintos al PAMO. Al respecto, indica La Entidad que debe tenerse en cuenta que conforme se desprende de la Cláusula 13.11 del Contrato de Concesión, la relación jurídica que ha generado el presente arbitraje es la originada entre el Concesionario y OSITRAN, pues es éste último quien se beneficia del Aporte de Regulación que viene haciendo el Concesionario, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley Nº 26917. En ese sentido, cualquier pretensión que pretenda el

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

reembolso de un pago indebido o sin sustento legal, debe interponerse contra quien se benefició con dicho pago, es decir, OSITRAN.

3. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

3.1. El Ministerio argumenta que la demanda interpuesta por el Concesionario, se encuentra dirigida a que el Tribunal Arbitral efectúe una interpretación al Contrato de Concesión; y en consecuencia se determine que el Ministerio es el obligado de asumir el pago frente a OSITRAN respecto al 1% de los ingresos que perciba el Concesionario, distintos al PAMO.

3.2. La Concedente indica que las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje en las que es parte el Estado deben cumplir con dos supuestos: (i) derivar de una relación contractual y (ii) la ley debe limitar la forma de su sometimiento.

3.3. Por ello, La Entidad manifiesta que es necesario establecer qué funciones del Estado están involucradas en la controversia planteada, así como las normas que establecen las funciones del Organismo Supervisor en la Inversión Privada en Infraestructura de Transportes - OSITRAN y que estarían en discusión en el arbitraje solicitado por el Concesionario. En ese sentido, El Ministerio afirma que según lo establecido en el Decreto Ley 25935 en su artículo 2°, inciso 5, no pueden someterse a arbitraje las controversias o pretensiones sobre los asuntos directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado o de personas o entidades de derecho público.

3.4. Asimismo, el Ministerio indica que el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje señala que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Esto implica, *contrario sensu*, que no podrían ser sometidas a arbitrajes controversias que no sean de libre disposición de las partes.

3.5. La Entidad afirma que aquellas facultades del Estado que provienen de su *ius imperium* no son arbitrables y cita ejemplos como los siguientes: no serían arbitrables las facultades del Estado de colocar multas por infracciones de tránsito (no puede un árbitro dirimir si una multa fue correctamente impuesta por un policía), las de legislar (no puede por arbitraje derogarse una ley), la del Presidente de la República de fijar aranceles (el árbitro no podría decir que son excesivos), las de no otorgar una licencia municipal de funcionamiento (no podría un árbitro determinar si corresponde o no otorgar la licencia), entre otras.

3.6. El Ministerio señala que estas facultades son inherentes al Estado y no pueden, en principio, ser delegadas o renunciar a las mismas, pues se derivan a la esencia del Estado y a las funciones que la Constitución y las Leyes le han asignado.

3.7. La Concedente manifiesta que las funciones del regulador OSITRAN conforman parte de las funciones y facultades de *ius imperium* del Estado y que no son de libre disposición por las partes.

3.8. En el presente caso, La Concedente sostiene que la Concesionaria pretende discutir en arbitraje una facultad inherente a las funciones del OSITRAN – Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, como es la de interpretar el Contrato de Concesión, señalada en el inciso e) del artículo 7º de la Ley Nº 26917. Por

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

ello, señala que la única entidad competente para efectuar una interpretación al Contrato de Concesión es el Consejo Directivo del OSITRAN, en su calidad de órgano máximo del OSITRAN, conforme a lo establecido en el inciso e) del artículo 7º de la Ley Nº 26917, pretendiendo sustraer el Concesionario un tema de única y exclusiva competencia de OSITRAN a conocimiento de un órgano incompetente como es un Tribunal Arbitral.

4. EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

1. El Ministerio afirma que La Demandante no ha cumplido con su obligación de agotar la vía administrativa ante OSITRAN, antes de pretender discutir cualquier controversia ante sede arbitral. En tal sentido, argumenta el Ministerio que luego de que el Consejo Directivo de OSITRAN emita un pronunciamiento en sede administrativa sobre la interpretación contractual, la Concesionaria tenía expedito su derecho para impugnar vía reconsideración o apelación la decisión dentro del plazo de 15 días, de conformidad con los articulo 208º y 209º de la Ley Nº 27444, para luego de agotar la vía administrativa impugnar la resolución en la vía contencioso administrativa. Sin embargo, la Concesionaria sin cumplir con su obligación de agotar la vía previa administrativa determinada por ley, pretende en sede arbitral se interprete un Contrato de Concesión, facultad que conforme hemos acreditado corresponde única y exclusivamente al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.

5. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

5.1. La Demandada menciona que, la Concesionaria al haber efectuado el pago de los montos reclamados en la primera pretensión de la demanda directamente a OSITRAN, el Ministerio se ve imposibilitado de reembolsar aquello que no estaba obligado asumir, pues conforme al Contrato, no existiría obligación alguna del Ministerio de asumir dicho pago, y mucho más está imposibilitado de reembolsar aquello que nunca ha recibido.

5.2. Agrega La Demandada que no existe pacto interno alguno entre el Ministerio y la Concesionaria, tal como lo refiere ésta en su escrito de demanda, por el que se haya pactado y/o decidido que el Concedente cubra el Aporte por Regulación respecto a los ingresos asociados con el Pago Anual de Obra (PAO) en tanto que el Concesionario estaría asumiendo gastos en la supervisión de las obras.

5.3. El Ministerio sostiene que, en atención a la cláusula 13.11 del Contrato de Concesión, relativa al Aporte de Regulación, la Concesionaria se encuentra obligado a pagar al Regulador no sólo el 1% de los recursos que reciba por concepto de PAMO, sino que adicionalmente, se deben incluir los Ingresos percibidos directamente por el Concesionario por peaje; cualquier otro servicio que brinde directamente o a través de terceros; e ingresos transferidos por el Concedente para completar los recursos necesarios para el PAMO.

5.4. La posición de La Entidad es que La Concesionaria pretende que, conforme al Contrato el 1% que el CONCESIONARIO está obligado a pagar por concepto de Aporte por Regulación debe ser calculado única y exclusivamente sobre los ingresos que persiga por concepto de PAMO, el Concesionario estaría obligado a pagar el íntegro de la tasa de regulación, la cual conforme a ley es del 1% respecto de la facturación anual del

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

Concesionario, es decir, del 1% de todos los ingresos anuales del Concesionario por concepto de PAMO y de todos aquellos distintos a éste.

5.5. Respecto a la tercera pretensión de la demanda, La Concedente señala que ésta no tiene ningún sustento legal, toda vez que a la demandante no le corresponde definir si debe efectuar el pago de la Tasa de Regulación ni determinar los conceptos a pagar, en tanto que no puede ir en contra de lo previsto por la Ley Nº 26917-Ley de Supervisión de la Inversión Privada en la Infraestructura de Transportes de Uso Público- que establece como recurso propio de OSITRAN la Tasa de Regulación aplicable a las Entidades Prestadoras en un monto que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual.

5.6. Adicionalmente, El Ministerio manifiesta que la pretensión de la parte demandante de obligar a la Concedente el desembolso y entrega de un monto determinado, va en contra de la normativa vigente y aplicable al presente contrato[2].

5.7. También cabe señalar que el Oficio Nº 428-08-GAF-OSITRAN y que fuera ofrecido como medio probatorio por la demandante, establece que el pago correspondiente a la Tasa de Regulación realizado en primera instancia, no corresponde en su totalidad y determina que no se habría presentado sustento adecuado si lo hubiere y/o exoneración legal correspondiente del monto base para efectuar el cálculo del Aporte por Regulación, solicitando la regularización del monto resultante de la aplicación de la normativa vigente.

[2] Artículo 14º de la Ley 26917.

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

5.8. La Ley Nº 26917 se encuentra vigente desde el 23 de enero de 1998, por lo tanto el Contrato celebrado entre las partes con fecha 17 de junio de 2005 se realizó bajo los lineamientos de la mencionada Ley; es decir que el marco legal que viene desconociendo el Concesionario se encuentra y se encontraba vigente a la fecha de suscripción del mencionado Contrato.

V. DEL PROCESO ARBITRAL

V.1. DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

De conformidad con lo establecido en las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación antes mencionada, el Tribunal Arbitral fijó como puntos controvertidos los siguientes:

1. *Determinar si corresponde o no declarar que el Ministerio se encuentra obligado a reembolsar a la Demandante los montos que éste último habría pagado al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN por concepto de aporte por regulación calculado sobre la base de los ingresos distintos al Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) ascendentes al importe de S/. 1'264,957.40 más los intereses, costos y gastos correspondiente.*

2. *Determinar si corresponde o no declarar que, conforme al Contrato, el 1% que la Demandante está obligada a pagar por concepto de Aporte de Regulación, debe ser calculado única y exclusivamente sobre los ingresos que perciba por concepto de PAMO.*

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje • 1888 •

3. *Determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio pague de manera directa a OSITRAN, en nombre de la Demandante, el saldo del Aporte de Regulación, cuyo monto resulte de aplicar el 1% a los ingresos que perciba la Demandante por conceptos distintos al PAMO.*

4. *Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente arbitraje.*

Se estableció en dicha oportunidad que la presente enumeración de puntos controvertidos era meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial del Tribunal Arbitral, la cual no limita el análisis que éste deberá efectuar respecto a la controversia y a las pretensiones planteadas en el arbitraje.

V.2. ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución N° 9, la cual fue incorporada al Acta de la Audiencia de Determinación y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral se reservó la facultad de emitir un pronunciamiento acerca de las mencionadas cuestiones probatorias para un momento posterior, el que inclusive podría ser al momento de emitir el laudo, pudiendo disponer la actuación de los medios probatorios cuestionados sin que ello signifique un pronunciamiento final sobre dichas cuestiones probatorias.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

V.2.1. Medios Probatorios ofrecidos por La Concesionaria

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por la Demandante en su escrito de demanda presentado el 1 de febrero de 2010, señalados en el acápite "*VIII Medios Probatorios*" e identificados con los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por la Demandante en su escrito presentado el 13 de abril de 2010, los cuales se detallan en el acápite *VIII Medios probatorios*.

Al respecto, se concede a la Demandante un plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar el informe contable financiero al cual se hace mención en el escrito de fecha 13 de abril de 2010. De esta manera, mediante escrito N° 5 presentado con fecha 15 de julio de 2010, La Concesionaria presentó el documento requerido.

V.2.2. Medios Probatorios ofrecidos por El Ministerio

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio en el escrito de contestación de demanda presentado el 4 de marzo de 2010, señalado en los acápites "*Medios Probatorios*", e identificados con los numerales 1 y 2 y en los literales A, B, C y D, respectivamente.

Respecto a los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio y que han sido materia de oposición, el Tribunal Arbitral precisó que la admisión de dichos medios probatorios estará sujeta a lo dispuesto en la Resolución N° 9, la cual ha sido incorporada en la respectiva acta.

V.2.3. Pruebas de oficio

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Por Resolución N° 5 de fecha 5 de mayo de 2010 se ordenó una prueba de oficio que consistió en comunicar al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (en adelante, Ositran). Por ello, el Tribunal Arbitral remitió un oficio a dicho organismo supervisor, a efectos de que emita un pronunciamiento sobre la presente controversia.

Mediante escritos N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4, OSITRAN se apersonó al presente arbitraje, dedujo excepción de incompetencia y falta de agotamiento de la vía administrativa, y contestó la demanda formulada por la Concesionaria.

VI. ALEGACIONES FINALES Y PLAZO PARA LAUDAR

Habiéndose actuado los medios probatorios ofrecidos por las partes, mediante Resolución Nº 13 del 9 de agosto de 2010, se otorgó a las partes un plazo para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales.

Con fechas 17 y 18 de agosto de 2010, La Concesionaria y La Concedente presentaron sus alegaciones y conclusiones finales por escrito; siendo que por Resolución N° 14 de fecha 19 de agosto de 2010, este colegiado dispuso citar a las partes a Audiencia de Informes Orales para el 6 de setiembre de 2010, a horas 11:30 a.m., fijándose en dicho acto el plazo para la emisión del laudo arbitral.

Mediante Resolución Nº 17 de fecha 14 de octubre de 2010, se prorroga el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales, contado a partir del vencimiento del plazo inicialmente fijado en la precitada Audiencia.

VII.- ANÁLISIS

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA · Centro de Arbitraje · 1888

1. DE LAS CUESTIONES PROBATORIAS

En la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios se llevó a cabo el 1 de julio de 2010 y en la respectiva acta se incorporó la Resolución N° 9, por la cual el Tribunal Arbitral se reservó la facultad de emitir un pronunciamiento acerca de las cuestiones probatorias formuladas por La Concesionaria con fecha 28 de junio de 2010.

Sobre el particular, este Tribunal Arbitral estima pertinente precisar que La Concesionaria se opuso a la admisión de los siguientes medios probatorios ofrecidos en la contestación de demanda:

(i) *La exhibición del Acuerdo N° 996-242-07-CD-OSITRAN*

(ii) *La declaración testimonial de un funcionario de dicha Entidad sobre la presente controversia;*

(iii) *El Informe que debía emitir el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN sobre la interpretación del Contrato*

Respecto a dicha oposición, el Tribunal Arbitral advierte que los mencionados medios probatorios cuya admisión ha sido cuestionada por la parte demandante corresponde a documentos y a una declaración que debe emitir OSITRAN.

En tal sentido, este colegiado estima pertinente precisar que el numeral 1 del artículo 43° del Reglamento de Arbitraje del Centro establece que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

Asimismo, el numeral 2 de la precitada norma señala que el Tribunal Arbitral también estará facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Cabe precisar que mediante comunicación de fecha 5 de mayo de 2010 y que fuera notificada el 19 de mayo de 2010, el Tribunal Arbitral dispuso informar acerca del presente caso a la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN. Por ello, el Organismo regulador expuso su posición acerca de las pretensiones de la demanda presentada por La Concesionaria.

De lo expuesto por las partes, se desprende claramente que con la comunicación antes indicada a Ositran, se cumplió con la finalidad de los medios probatorios ofrecidos por El Ministerio y que han sido materia de cuestionamiento. Podemos apreciar que Ositran contó con un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos de que expusiera su posición acerca de la materia controvertida, por lo que, a efectos prácticos, carece de objeto admitir los medios probatorios cuestionados por La Demandante, toda vez que con los escritos presentados por Ositran se pudo conocer la posición del Organismo regulador con referencia a la presente controversia.

Además, este colegiado considera que la presente controversia se refiere a una cuestión de derecho, por lo que, a criterio de este Tribunal Arbitral, no resulta procedente solicitarle al OSITRAN la elaboración de dicho Informe, máxime cuando se entiende que en un arbitraje, los miembros del Tribunal Arbitral son nombrados a dicho cargo por sus cualidades personales, éticas y profesional; es decir, se tiene conocimiento de la experiencia y conocimientos de los árbitros en la materia controvertida, por lo tanto, los árbitros se encuentran aptos para aplicar

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

correctamente las normas jurídicas en la controversia y emitir un laudo arbitral conforme a derecho.

En consecuencia, este colegiado considera que se debe prescindir del Informe que debía solicitarse al OSITRAN.

Respecto de la declaración testimonial y en la misma línea de razonamiento, el Tribunal Arbitral considera que, al igual que el Informe que debía requerirse a OSITRAN, deberá prescindirse del mencionado medio probatorio, toda vez que el Tribunal Arbitral considera que las posiciones de ambas partes tanto de la objeción al arbitraje y de la propia controversia en sí misma han sido expuestas de forma clara por ambas partes.

De esta manera, el Tribunal Arbitral considera que cuenta con todos los elementos de juicio para emitir un pronunciamiento sobre la presente controversia, por lo tanto se prescinde de la exhibición del Acuerdo N° 996-242-07-CD-OSITRAN, así como del Informe que debía emitir el OSITRAN y la declaración que debía rendir un funcionario del mencionado Organismo regulador.

2. DE LAS DEFENSAS DE FORMA: OBJECIÓN AL ARBITRAJE, EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL MINISTERIO, LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA Y LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

El Ministerio ha sostenido que en vista de que no ha recibido pago alguno por concepto de pago por aporte de regulación, debe declararse fundada la oposición al arbitraje, precisándose que La Concesionaria debió iniciar un arbitraje contra Ositran (objeción al arbitraje). Adicionalmente, la Entidad ha deducido excepción por falta de legitimidad pasiva, toda vez que La Demandante debe solicitar el

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

reembolso del supuesto pago indebido al organismo regulador. Luego, se ha señalado que la controversia no es procedente resolverla en sede arbitral debido a que se estaría discutiendo una facultad inherente a las funciones del Ositran.

Por último, La Demandada señala que La Concesionaria debió iniciar un procedimiento administrativo contra la decisión adoptada por Ositran referente al pago por aporte de regulación, en tal sentido, solicita que se declare fundadas las defensas formales.

Al respecto, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del Acta de Instalación, resulta de aplicación directa al presente proceso el artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, en el que se dispone lo siguiente:

> ***"Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.***
>
> *1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.*
>
> *2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o*

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA • Centro de Arbitraje • 1888

ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia."

Evidentemente, como consecuencia de dicha potestad citada en la precitada norma, el Tribunal Arbitral está facultado para determinar cuál es la materia controvertida que ha sido sometida a arbitraje; es decir, está facultado para delimitar su propia competencia objetiva y subjetiva. En tal sentido, está facultado para decidir sobre la objeción al arbitraje y las excepciones formuladas por el Ministerio contra el presente arbitraje.

En este sentido, respecto a la objeción planteada por El Ministerio, el Tribunal Arbitral considera que la controversia suscitada entre las partes, esto es, La Concesionaria y La Concedente, se encuentra vinculada a determinar si esta última debe o no asumir el pago por aporte de regulación calculado sobre la base de los ingresos distintos al PAMO (Pago Anual por Mantenimiento y Operación) y reconozca la suma de S/. 1'264,957.40 nuevos soles que ha sido abonada a Ositran.

Al respecto, conforme lo señala la propia Concesionaria, dicho pago ha sido previsto en el artículo 13.11 del Contrato:

Tasa de Regulación

13.11.- El CONCESIONARIO se encuentra obligado a pagar al REGULADOR el 1% de los recursos que reciba por concepto del

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

PAMO, de conformidad con lo establecido en la Ley Nº 26917. Dichos recursos incluyen: i) ingresos percibidos directamente por el CONCESIONARIO por Peaje y cualquier otro servicio que brinde directamente o a través de terceros, ii) ingresos transferidos por el CONCEDENTE para completar los recursos necesarios para el PAMO.

Sobre el particular, debemos precisar que el Contrato ha sido suscrito por La Demandante y El Ministerio pactándose lo indicado por las partes en el numeral 13.11. del Contrato materia de litis. En tal sentido, este colegiado precisa que lo que se deberá resolver en este caso es una relación jurídica entre La Concedente y La Concesionaria.

En este orden de ideas, se aprecia que la suma dineraria reclamada por La Concesionaria está relacionada con la relación jurídica antes descrita y no está referida a la relación que pudiese existir con el Organismo Supervisor; es decir, con Ositran. Por ello, consideramos que es factible que las partes que suscriben un Contrato puedan pactar determinadas aspectos como pagos, tasas, ó el pago de cualquier otro importe que se encuentre relacionado con una obligación con la Administración Pública como lo puede ser una obligación tributaria.

Por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 776 - Ley de Tributación Municipal, establece en su artículo 9° que son sujetos pasivos de la obligación tributaria referida al impuesto predial las personas naturales ó jurídicas propietarias de los predios cualquiera sea su naturaleza. De lo señalado en la precitada norma no cabe duda que será el propietario quien efectúe dicho pago por la propiedad de dicho predio. Sin embargo, lo dispuesto en la mencionada ley, no impide que el propietario de un inmueble arriende dicho bien y pacte con el arrendatario que

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

será éste quien pague por dicho concepto. De esta manera, en nuestro ejemplo, si el arrendatario se niega a pagar el impuesto predial, el arrendador podrá iniciar las acciones legales correspondientes en la vía civil. Por su parte, el Municipio correspondiente podrá iniciar las acciones legales en la vía administrativa contra el propietario del predio, debido a que éste es el contribuyente y sujeto pasivo en la obligación tributaria.

Lo expuesto en el ejemplo del párrafo anterior, no implica que la condición de sujeto pasivo del propietario haya sido transferido como si hubiese operado una cesión de posición contractual, por el contrario, el obligado ante la Administración Pública, a efectos del cobro del mencionado impuesto, lo será siempre el propietario del predio; no obstante, el pacto entre arrendador y arrendatario no deviene en nulo, surtiendo así todos los efectos legales otorgados por las partes a través de este pacto.

En la presente controversia ocurre lo mismo, existe un pacto entre La Demandante y El Ministerio para la asunción de un determinado pago por aporte de regulación, siendo que el sujeto activo de la mencionada obligación según una ley es Ositran. Así, el monto reclamado por La Concesionaria que asciende a S/. 1'264,957.40 se deriva de un supuesto pacto entre las partes del Contrato de Concesión (cabe precisar que en esta sección del laudo aún no corresponde emitir un pronunciamiento de la controversia de fondo, esto es, acerca de las pretensiones formuladas en la demanda).

Por ello, consideramos que debe declararse infundada la objeción al arbitraje y la excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por El Ministerio, toda vez que lo que se discute es la existencia o no de un pacto por el cual La Concedente debió y/o debe asumir los aportes de regulación sobre los ingresos distintos al PAMO,

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

por lo que resulta válido un pacto en tal sentido y que no implica que La Concesionaria inicie un arbitraje contra Ositran o que le solicite el reintegro por los aportes cancelados hasta este momento, conforme lo indicó El Ministerio.

En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral considera que la presente controversia no versa sobre una facultad inherente al Estado como puede ser el cobro por estas tasas administrativas, por el contrario, lo que La Demandante plantea es que se reconozca un pacto expreso sobre el cual se habría estipulado que los aportes por regulación al Ositran deban ser asumidos tanto por La Concesionaria como por La Entidad, sujetándose a lo pactado en el Contrato.

Es pertinente precisar que el artículo 7° de la Ley N° 26917 Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo establece lo siguiente:

> "*Artículo 7.- Funciones*
>
> *7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:*
>
> *(...)*
>
> *e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.*
>
> *(...)*"

En el supuesto que el Tribunal Arbitral ampare la excepción de incompetencia formulada por La Concedente (y alegada por Ositran en el escrito N° 02 presentado con fecha 2 de junio de 2010) se suscitaría un gran problema en el sentido de que se estaría admitiendo la posibilidad que una entidad estatal pueda decidir una controversia entre el Estado y un particular.

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

Lo argumentado tanto por El Ministerio como por Ositran acerca de la excepción de incompetencia, carece de todo sustento legal, debido a que la propia Constitución Política del Perú establece en su artículo 139°, inciso 1, que no existe otra jurisdicción diferente a la judicial, militar o arbitral, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia Cantuarias[3] cuando señala que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Por lo tanto, al ser jurisdicción, la interpretación de los contratos deberá realizarla en este caso un Tribunal Arbitral que ha sido constituido con la participación y conocimiento de las partes en conflicto.

En consecuencia, la posición del Ministerio acerca de la excepción de incompetencia, no tiene mayor asidero ya que de una interpretación sistemática de las normas estipuladas en el Contrato y las normas de Ositran, se concluye que las interpretaciones efectuadas por el mencionado Organismo regulador son referenciales y tienen efectos sólo para el regulador, lo cual no implica que ello perjudique los pactos y demás estipulaciones del Contrato, y la labor de interpretación que debe ejercer todo Tribunal Arbitral cuando se haya pactado un convenio arbitral con los alcances otorgados en el Contrato de Concesión.

Finalmente, acerca de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa alegada por El Ministerio y por Ositran, este colegiado considera que los argumentos del Ministerio por los cuales sustentan dicha excepción carece de toda base legal y lógica, por cuanto si lo que se discute en sede arbitral versa sobre el pago de importe dinerario por aporte de regulación entre La Concesionaria con El Concedente, no resulta lógico que la primera inicie un procedimiento administrativo para supuestamente cuestionar una decisión de

[3] EXP. N.° 06167-2005-PHC/TC

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA • Centro de Arbitraje • 1888

Ositran. Recordemos que las pretensiones se enfocan en el sentido de que se reconozca o no que El Ministerio debe asumir el pago por aporte de regulación respecto a conceptos distintos al PAMO, por ello, no resulta lógico que se inicie un procedimiento administrativo con el Regulador, máxime si la controversia tiene una distinta naturaleza a los pronunciamientos de Ositran en sede administrativa. En consecuencia, la excepción por falta de agotamiento de la vía administrativa debe declararse infundada.

3. PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

Antes de proceder con el análisis del primer punto controvertido, este colegiado considera oportuno precisar algunos temas vinculados a la resolución de la controversia como la naturaleza jurídica del Contrato a la luz de las estipulaciones contenidas en este negocio jurídico, la modalidad de este negocio jurídico, etc.

Con fecha 17 de junio de 2005, el Ministerio en representación del Estado Peruano, suscribió el Contrato de Concesión con La Demandante, concediéndole la explotación del mismo. Así, en el Contrato de concesión se otorgó una transferencia constitutiva de derechos sobre unos bienes o una actividad originariamente administrativa y que supone el aprovechamiento privativo sobre unos bienes, bajo el título de habilitación para el ejercicio de una actividad con carácter exclusivo.

Lo expuesto anteriormente, se aprecia de lo pactado en el numeral 2.1. del Contrato que establece expresamente lo siguiente:

> ***Naturaleza Jurídica***
>
> *2.1.- La Concesión materia del Contrato se otorga para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación,*

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Mantenimiento y Explotación de una obra de infraestructura pública, como parte del proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado emprendido por el Estado de la República del Perú y que tiene por objeto aumentar el alcance de la infraestructura vial en el país y mejorar la calidad de los servicios que ésta ofrece.

2.2.- La transferencia de actividades antes referida no supone la transferencia de la titularidad de la infraestructura que forma parte de los Tramos de la Concesión, la misma que en todo momento mantiene su condición pública. El CONCESIONARIO adquiere la titularidad de la Concesión durante la vigencia de la misma.

2.3.- Considerando que el objeto del derecho de Concesión es la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, Mantenimiento y Explotación de una obra de infraestructura pública por un tiempo determinado, los actos de disposición y la constitución de derechos sobre la Concesión deben ser compatibles con esta naturaleza y ser aprobados por el CONCEDENTE, previa opinión del REGULADOR.

De una revisión de las cláusula del Contrato, podemos advertir que se trata de un Acuerdo Público Privado cofinanciado y que implica los aportes dinerarios del Estado para cubrir la inversión en el desarrollo de la infraestructura y cubrir los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura[4].

Así, el numeral 2.6 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

2.6 La modalidad del Contrato es cofinanciada, de conformidad con lo señalado en el Literal c) del artículo 14 del TUO

[44] De los Heros Echecopar, Juan Carlos "Asociaciones Público Privadas: una mirada de cara al futuro" En: CDA Revista de Derecho Administrativo, N° 7, Año 4, 2009, página

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Luego, a efectos de la resolución de las controversias y los criterios de interpretación, en el numeral 16.3 del Contrato, las partes acordaron el siguiente criterio:

> ***Criterios de Interpretación***
>
> *16.3.- En caso de divergencia en la interpretación de este Contrato, las Partes seguirán el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación:*
>
> *a) El Contrato; y,*
>
> *b) Las Bases.*

Habiéndose resuelto las excepciones y objeción al arbitraje, el Tribunal Arbitral procede a analizar todos los asuntos relevantes para la resolución de la presente controversia.

En la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o La Concesionaria, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle[5] expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él".*

[5] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Dentro de las obligaciones de las partes, se encuentra la de entregar, transferir el uso y reversión de los bienes de la Concesión; la rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de los tramos de la Concesión; la conservación de las obras y la explotación del servicio.

Por otro lado, la celebración de contratos presupone la existencia de un equilibrio entre los intereses de las partes. Así, el equilibrio contractual puede, incluso, establecer prestaciones dispares entre sí, pero dicha disparidad tiene por objeto, precisamente, alcanzar el propósito de las partes. No obstante, para estos efectos, atendiendo que ésta implica la asunción de obligaciones dinerarias, se asumirá que el equilibrio que buscan las partes para cumplir con sus propósitos, es de tal modo que la exigencia de una de las partes respecto de la otra, no puede devenir en excesiva, desproporcionada y, menos aún, en elemento de frustración del objeto del propio contrato de concesión.

En el caso en concreto que nos ocupa, se discute si el Tribunal Arbitral debe o no declarar que El Ministerio se encuentra obligado a asumir el 1% de los ingresos por aportes de regulación distintos al PAMO, y que se ordene a La Entidad efectúe a favor de La Concesionaria el pago del importe abonado a Ositran por dicho concepto, el cual asciende a S/. 1'264,957.40.

Respecto a dicho aporte, estimamos necesario citar el artículo 10° la Ley N° 27332 – Ley Marco de Organismos Reguladores:

> *"Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual,*

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas."

En este orden de ideas, resulta oportuno precisar los conceptos de PAMO y PAO según lo indicado en el numeral 8.21 del Contrato:

8.21.- De acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario, el Estado de la República del Perú se obliga a pagar al CONCESIONARIO, en Dólares de los Estados Unidos de América, los siguientes conceptos por la Concesión que toma a su cargo:

a) Pago Anual por Obras (PAO): Cuota anual que asciende a la suma de US$ 29'450,963.00 (Veintinueve millones cuatrocientos cincuenta mil novecientos sesenta y tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por un plazo de quince (15) años de la Concesión, a partir de la verificación de las condiciones que se señalan en los Literales e) y g) de la Cláusula 8.23, según ha sido presentado y aceptado por el Estado de la República del Perú de acuerdo al modelo a que se refiere el Anexo 6, Sobre 3, Modelo de Carta de Presentación de Oferta Económica y al que se hace referencia en la Cláusula 7.2.1. de las Bases.

b) Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO): Cuota anual que asciende a la suma de US$.15 290 534,00 (Quince Millones Doscientos Noventa Mil Quinientos Treinta y Cuatro con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América)

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

aplicable a partir de la fecha de inicio de Explotación y hasta el final de la Concesión, de acuerdo a lo indicado en el Literal d) de la Cláusula 8.24 y según ha sido presentado y aceptado por el Estado de la República del Perú de acuerdo al modelo Anexo 6, Sobre 3, Modelo de Carta de Presentación de Oferta Económica y al que se hace referencia en la Cláusula 7.2.1. de las Bases.

A continuación, el Tribunal Arbitral deberá determinar los alcances de lo expresado en el artículo 13.11 del Contrato de Concesión, procediendo con el respectivo análisis y elaborando una interpretación acorde con la misma naturaleza del contrato de concesión.

La doctrina ha establecido que por la interpretación se determina el sentido de una estipulación o declaración contractual respecto de la cual las partes no tienen consenso, con el objeto que de la misma surja el real sentido de sus consecuencias jurídicas.

El jurista Luis Diez Picazo expresa que:

> *"La interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es ante todo la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas"* [6] (El subrayado es nuestro).

En igual sentido explica Emilio Betti[7], citando a Carnelutti:

[6] DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 1, segunda edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1983. Pág. 263

[7] BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de José Luis de los

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

"(...) *la investigación interpretativa de una convención debe ser conducida por el juez no para buscar y esclarecer la intención integral de una o de ambas partes contratantes sino aquello que, tanto de la intención de una o de la otra parte, se haya fusionado para formar aquella común intención que constituye la ley del contrato*" (El subrayado es nuestro).

Por su parte Ricardo Luis Lorenzetti[8] afirma que "*La interpretación consiste en adjudicar un sentido a la regla contractual.*"

En el caso sub-materia es pertinente, dado los conceptos previamente anotados, entender la estipulación contractual de modo tal que tenga efectos jurídicos, esto es, descubrir la utilidad del pacto dentro del contexto de las circunstancias en las cuales aquel se produjo.

Para ello, el postulado que se debe tener en cuenta es la buena fe de los contratantes, y que la declaración contenida en el contrato, aunque imperfecta, expresa el deseo de ambos contratantes, de generar una consecuencia jurídica como corolario de lo pactado.

En torno a ello, resulta de aplicación lo normado en los artículos 168[9], 169[10] y 170[11] del Código Civil, a efectos de conjugar en la decisión que se asuma, tanto lo

Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

[8] LORENZETTI, Ricardo Luis, Interpretación del contrato en el derecho argentino. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 7, Tomo 1

[9] Código Civil, art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

[10] Código Civil, art. 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulta el conjunto de todas.

[11] Código Civil, art. 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el mas adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

que se ha expresado en el Contrato, como la buena fe de las partes contratantes, teniendo en consideración el conjunto de la voluntad expresada.

Asimismo, resultan de aplicación al presente caso los artículos 1361[12] sobre obligatoriedad de lo pactado, y 1362[13] sobre negociación, celebración y ejecución, según las reglas de la buena fe.

En tal sentido, BETTI señala que el Principio de Buena Fe puede concebirse esencialmente como: *"(...)una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)"*[14] (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el profesor italiano Máximo Bianca[15] señala que la buena fe interesa como una regla de conducta y *"(...) con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo (...)".*

Finalmente, la buena fe implica que al interpretarse el Contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales lo celebraron. Por ello, ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cuál una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el contrato. Es decir, llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno.

[12] Código Civil, art. 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
[13] Código Civil, art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.
[14] BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones.* Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I. pp. 78.
[15] BIANCA, Máximo. *Diritto Civile.* T. 3. Milán. A. Giuffre Editores, 1992. pp. 394.

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA • Centro de Arbitraje • 1888

Adviértase que la naturaleza y modalidad del Contrato tuvo por objeto la concesión de una obra de infraestructura pública y cuya modalidad es un Contrato cofinanciado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14° del TUO[16]. Por tanto, las partes expresaron libremente, la necesidad de estipular diversas obligaciones que tienen por finalidad el subsidio del costo de la ejecución de las obras, con lo que se evidencia que la expresión de voluntad fue manifiesta y tendiente a lograr que el Contrato se adecue de mejor forma a los intereses de ambas partes.

Sin embargo, la aplicación de la estipulación del numeral 13.11 del Contrato para ambas no tuvo la misma lectura, de ahí que surge la discrepancia en su aplicación.

Al respecto, se ha visto que el propio OSITRAN, tal como consta en su Informe N° 016-05-GRE-GAL-OSITRAN cuya cita obra en el expediente, opinó sobre el Contrato de Concesión con IIRSA Norte que:

> *"En la cláusula 13.11 de la actual versión del Contrato de Concesión se establece que* ***para efectos del pago de la tasa de Regulación se consideran como ingresos del Concesionario, la recaudación por***

[16] Decreto Supremo 059-96-PCM
Artículo 14°.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:
a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;
b) A título gratuito;
c) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; o,(3)
(3) Inciso aclarado por el Art. 3° del D.S. N° 108-2006-EF, publicado el 11/07/2006.
Nota: En el caso de concesiones cofinanciadas por el Estado, a que se refiere el presente inciso, y normas modificatorias, los montos que perciba el concesionario por la ejecución y explotación de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de la inversión y/o de los costos o gastos de operación y mantenimiento efectuados; por lo tanto, la retribución económica por el servicio prestado por el concesionario.
d) Mixta, cuando concurran más de una de las modalidades antes señaladas.

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

peajes por servicios obligatorios así como los montos percibidos por concepto de PAMO.

(...)

En tal sentido y sobre la base de la justificación planteada en el informe antes mencionado ***recomendamos que se aplique la tasa de Regulación (1%) sobre la base del PAMO"***

[resaltado propio]

En consecuencia, siempre estuvo claro para las Partes, e inclusive para el Regulador OSITRAN, que el sentido de la referida cláusula 13.11 del Contrato de Concesión, implicaba que el Concesionario únicamente se obligaba a asumir el pago del Aporte por Tasa de Regulación que correspondía al ingreso proveniente del PAMO, el cual incluye los ingresos recaudados por tráfico.

En función de ello, y ante la carencia de cualquier otra referencia, este Tribunal Arbitral considera que resulta concordante con los antecedentes, objeto y voluntad de los contratantes, que los aportes por regulación distintos al PAMO deban ser asumidos por La Concedente.

Dicha estipulación se enmarca dentro de las llamadas garantías no financiadas y que tiene por objeto mejorar el perfil de riesgo del proyecto e incentivar la participación privada. En ese contexto, el equilibrio de las contraprestaciones encuentra real sentido, en razón de que, de una parte, La Concedente no puede argüir que la presente controversia deba discutirse con Ositran debido a un supuesto asunto sobre el cual este colegiado no podría pronunciarse al carecer de competencia. Del análisis de las estipulaciones del Contrato, se advierte claramente que al haberse suscrito un Contrato cofinanciado se entiende que las obligaciones y demás asuntos relativos a la financiación y viabilidad del Contrato

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA Centro de Arbitraje 1888

deban ser asumidas tanto por La Concesionaria como por La Concedente según los términos contractuales.

Acerca del pago efectuado por La Demandante que asciende al importe de S/. 1'264,957.40 nuevos soles, La Concesionaria ha presentado en su Anexo H de la demanda unos resúmenes en hoja de cálculo Excel por los cuales se detallan los pagos por aporte de regulación por los siguientes conceptos: MDR, PAO y Fondo de Garantía y otros conceptos, los cuales no han sido cuestionados por El Ministerio.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que las primeras pretensiones (primera y segunda) deben declararse fundadas.

4. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Acerca del tercer punto controvertido fijado en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la controversia se centra en determinar si El Ministerio pague de manera directa a Ositran, a nombre de La Demandante, el saldo del aporte de regulación cuyo monto resulte de aplicar el 1% de los ingresos que perciba ésta por conceptos distintos al PAMO.

El artículo 43° de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

> *La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.*
>
> *El Estado es uno e indivisible.*
>
> *Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.*

A su vez, en el Contrato de Concesión se estipuló lo siguiente:

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Señor Notario:
Sírvase Usted insertar en su Registro de Escrituras Públicas, una en la que conste el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA" entre el Estado de la República del Perú (el CONCEDENTE), actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, facultado por el Artículo 30°, Inciso a) del Decreto Supremo N° 060-96-PCM, con domicilio en Av. 28 de Julio N° 800, Lima, Perú, debidamente representado por el señor Néstor Palacios Lanfranco, Viceministro de Transportes del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con D.N.I. Nº 07786534, debidamente facultado mediante Resolución Ministerial Nº 381-2005-MTC/01 y de la otra, CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A., en adelante el CONCESIONARIO, con domicilio en Av. La Floresta N° 497, Of. 102, Chacarilla del Estanque, San Borja, Lima, Perú, debidamente representada por el señor Jorge Henrique Simoes Barata, de nacionalidad brasileña, identificado con Pasaporte Brasileño N° 576469; y por el señor Ronaldo Alves Pereira, de nacionalidad brasileña, identificado con Carné de Extranjería No. 000128301, debidamente facultados al efecto mediante Escritura Pública debidamente inscrita en los Registros Públicos. (El subrayado es agregado)

Conforme lo señalado en la Constitución y según lo pactado en el Contrato, los compromisos asumidos por el Estado (por intermedio de La Entidad) frente a IIRSA Norte son oponibles a las demás entidades estatales y no pueden ser desconocidos por el hecho propio del Estado que al momento de actuar y/o emitir un pronunciamiento (ya sea a través de un acto administrativo por el cual se impone una multa ó el acto de la firma de un contrato cuando actúa como privado) delegue representación en otras entidades estatales para cumplir con sus funciones y divida éstas en organismos distintos frente a un único compromiso.

Así el Estado peruano que suscribe los contratos de concesión no puede atribuir a cada uno de sus órganos una personalidad y voluntad independientes. Por ello, la doctrina señala que el Estado tiene una sola personalidad, lo cual no perjudica que

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

pueda dividir sus funciones y demás aspectos de representación en diversos organismos.

Acerca de este punto controvertido, estimamos pertinente citar al jurista Alfredo Bullard: [17]

> *"Si el Estado es parte de la relación, y, por lo tanto, del arbitraje, debe concluirse que sus actos, sin importar su naturaleza, estarán sujetos a la decisión de los árbitros siempre que guarden relación con sus obligaciones contractuales".*

Siendo esto así, el Tribunal Arbitral considera que la tercera pretensión de la demanda debe declararse fundada, toda vez que al ser el Estado uno sólo y habiendo suscrito un Contrato de concesión de modalidad con-financiada, por el cual la financiación del mismo recae en La Concedente y El Concesionario, el importe que se pague por aportes de regulación por los conceptos distintos al PAMO, El Ministerio deberá efectuarlo directamente al Organismo regulador, esto es, al Ositran.

5. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Por último, de conformidad con el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral pasa a pronunciarse sobre los costos del presente arbitraje.

[17] BULLARD GONZALEZ, Alfredo Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos En: La Contratación Pública, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, página 1212. Citando a Craig, Park & Paulsson.

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

Al respecto, dicho artículo 56° dispone que el Tribunal Arbitral se pronuncie en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, el artículo 73° de la mencionada ley.

En tal sentido, este TRIBUNAL ARBITRAL, al amparo del referido artículo 56°, y considerando que ambas partes han tenido razones atendibles para litigar, dispone que ambas asuman los costos en igual proporción.

VIII.- <u>DE LA DECISIÓN</u>.-

Estando a los considerandos precedentemente glosados, de conformidad a lo dispuesto por el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, la Ley de Arbitraje, y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el TRIBUNAL ARBITRAL **RESUELVE:**

<u>PRIMERO</u>.- <u>DECLÁRASE FUNDADAS</u> las oposiciones deducidas por la Concesionaria IIRSA Norte S.A. mediante escrito presentado con fecha 13 de abril de 2010.

<u>SEGUNDO</u>.- DECLÁRASE INFUNDADAS la objeción al arbitraje y las excepciones deducidas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante escrito N° 02 presentado con fecha 4 de marzo de 2010.

<u>TERCERO</u>.- DECLÁRASE FUNDADA la primera pretensión de la demanda en todos sus extremos. En consecuencia, **ORDÉNESE** al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que pague a favor de Concesionaria IIRSA Norte S.A. la suma reclamada ascendente a S/. 1'264,957.40 (Un millón doscientos sesenta y

cuatro mil novecientos cincuenta y siete y 40/100 nuevos soles) más el pago de los respectivos intereses legales computados a partir de la fecha del inicio del presente arbitraje.

CUARTO.- DECLÁRASE FUNDADA la segunda pretensión de la demanda en todos sus extremos. En consecuencia, **DECLÁRASE** que Concesionaria IIRSA Norte S.A. está obligada a pagar únicamente el aporte de regulación por los ingresos que perciba por concepto de PAMO.

QUINTO.- DECLÁRASE FUNDADA la tercera pretensión de la demanda en todos sus extremos. En consecuencia, **ORDÉNASE** al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que pague de forma directa al OSITRAN el aporte de regulación que resulte de aplicar el 1% a los ingresos que perciba Concesionaria IIRSA Norte S.A. por los conceptos distintos al PAMO.

SEXTO.- DISPÓNGASE que las partes asuman los gastos arbitrales en partes iguales.

LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ
Presidente del Tribunal Arbitral

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888

HORACIO CÁNEPA TORRE

Árbitro

GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

Árbitro

CHRISTIAN VIRÚ RODRIGUEZ

Secretario Arbitral

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
Centro de Arbitraje
1888