

LAUDO DE DERECHO

Controversia derivada de la emisión de la Resolución N° 059-2007-CD-OSITRAN de fecha 18 de setiembre del 2007.

PARTES DEL PROCESO:

DEMANDANTE : Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A.
DEMANDADO : Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Reunidos en la fecha, en el local del Tribunal Arbitral, sito en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Av. Giuseppe Garibaldi 396 Jesús María, los árbitros: Dr. Emilio Cassina Rivas, Presidente del Tribunal Arbitral, Dr. Luis Adrianzén De Lama y Dr. Gonzalo García Calderón Moreyra, asistidos por el Secretario Arbitral Dr. Christian Virú Rodríguez; acordaron por unanimidad expedir el Laudo correspondiente.

Resolución N°

Lima, 12 de octubre del 2010

I. PARTE EXPOSITIVA

I.1. ANTECEDENTES

Mediante Acta de fecha 17 de setiembre del 2009, se instaló el Tribunal Arbitral, se aprobaron los acuerdos contenidos en ella y se declaró abierto el proceso arbitral.

El 27 de enero del 2010, la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. presentó su demanda, la que se dio por recibida y admitida con sus medios probatorios. Por Resolución N° 02 de fecha 05 de febrero del 2010 se corrió traslado de la misma al Ministerio de Transportes y



Comunicaciones para que la conteste dentro del plazo de diez (10) días hábiles y de ser el caso formule reconvencción.

El 24 de febrero del 2010 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones presentó su contestación de la demanda, la que fue admitida por Resolución N° 03 de fecha 02 de marzo del 2010, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios.

Por Resolución N° 4 de 15 de marzo del 2010, se citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 30 de marzo del 2010.

I.2. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 30 de marzo del 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En la Audiencia se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

Primera Pretensión Principal.-

1. Determinar si corresponde o no ordenar la aplicación irrestricta de los términos y condiciones del Contrato de Concesión, en particular respecto al procedimiento que debe tenerse en cuenta para la cuantificación del Certificado de Avance de Obra- CAO.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal.-

1. Determinar si corresponde o no declarar inaplicable, sin valor, ni efecto legal la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2007-CD-OSITRAN de fecha 18 de diciembre del 2007.



1.3. Posteriormente, mediante Resolución N° 05 del 13 de abril del 2010, se citó a las partes a Audiencia Especial para el 27 de abril del 2010.

El 27 de abril del 2010, se realizó la Audiencia Especial.

1.4. Mediante Resolución N° 07 del 27 de abril del 2010, se comunicó al Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN sobre la existencia del presente proceso arbitral, remitiéndole copias de la demanda y de su contestación, con la finalidad de que se pronuncie al respecto si lo consideraba necesario.

1.5. Por Resolución N° 8 del 11 de mayo del 2010, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles, para que cumplan con expresar sus alegatos escritos y si lo consideraban pertinente, soliciten informes orales.

1.6. Con fecha 03 de junio del 2010, la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A., presentó su escrito sobre desistimiento de su pretensión accesoria, por lo cual mediante Resolución N° 9 del 7 de junio del 2010, se consideró teniéndose desistida a Concesionaria Interoceánica Sur-Tramo 2 S.A. de la pretensión que indica.

1.7. El 8 de junio del 2010, El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN, presentó un escrito para participar en el proceso como parte, deduciendo Excepción de Incompetencia y contestó la demanda, el mismo que mediante Resolución N° 11 del 10 de junio del 2010, se traslado de la Excepción a las partes por el término de cinco (5) días hábiles y se tiene por contestada la demanda y se corrió traslado de la misma a las partes por el plazo de diez (10) días hábiles.



El 15 de junio del 2010, la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. remite su escrito de desistimiento de la pretensión accesoria con firma legalizada de su representante legal ante Notario Público.

El 17 de junio del 2010, la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. mediante escrito solicita la exclusión de OSITRAN del proceso arbitral.

Mediante escrito del 22 de junio del 2010, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, absuelve traslado de Excepción y Contestación de demanda presentados por OSITRAN.

Por Resolución N° 12 del 2 de julio del 2010, se puso en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN los escritos presentados por Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. con fechas 15 y 17 de junio de 2010, concediéndoles un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que manifiesten lo conveniente a su derecho.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante escrito del 9 de julio del 2010, absuelve traslado, manifestando que, con respecto a la Resolución N° 7 del 27 de abril del 2010 por la que el Tribunal dispuso de oficio comunicar al Presidente del Consejo Directivo del OSITRAN de la existencia del presente proceso arbitral, corresponde al Tribunal evaluar su incorporación o exclusión de ese Organismo del presente proceso.

Mediante escrito del 12 de julio del 2010, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN, se pronuncia sobre la exclusión planteada por la demandante.

Por Resolución N° 13 del 13 de julio del 2010, se declaró improcedente la oposición de OSITRAN y se excluyó al Organismo Supervisor



Inversión en Infraestructura del Transporte de Uso Público de este proceso arbitral. A través de escrito presentado el 23 de julio del 2010, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura del Transporte de Uso Público- OSITRAN, interpone Recurso de Reconsideración contra la precitada Resolución.

Por Resolución N° 14 del 3 de agosto del 2010, se corrió traslado a las partes del escrito citado en el párrafo anterior a fin de que manifiesten lo conveniente a su derecho dentro de un plazo de tres (3) días hábiles.

El 16 de agosto del 2010, la Demandante presentó escrito absolviendo traslado de Recurso de Reconsideración presentado por OSITRAN.

Mediante escrito del 18 de agosto del 2010, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones absuelve traslado.

Por Resolución N° 15 del 19 de agosto del 2010, se declaró sin lugar el Recurso de Reconsideración interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

1.8 Por Resolución N° 16 del 1 de setiembre del 2010, se concedió a ambas partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales; y, de considerarlo pertinente, soliciten el uso de la palabra para la Audiencia de Informes Orales.

Mediante escritos de vistos, ambas partes presentaron sus alegaciones y conclusiones finales dentro del plazo concedido. Por Resolución N° 17 del 10 de setiembre del 2010, se tuvo por presentados los escritos de alegaciones y conclusiones finales de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con conocimiento recíproco entre las partes y se citó a la Audiencia de Informes Orales para el 22 de setiembre del 2010.



1.9 Por Resolución N°18 de 22 de setiembre del 2010, se resolvió pedir autos para emitir el Laudo correspondiente, con notificación a las partes.

II. PARTE CONSIDERATIVA

II.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el pacto de las partes; (ii) que, en momento alguno se ha recusado a alguno de los colegiados o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, LA CONCESIONARIA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que, EL MINISTERIO fue debidamente emplazado con la demanda, contestó la misma y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos acordados con las partes durante el proceso arbitral.

El Tribunal, para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.



II.2. Corresponde al Tribunal, ahora, pronunciarse sobre los puntos controvertidos fijados para este proceso

- Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal ordene al demandado la aplicación irrestricta de los términos y condiciones del Contrato de Concesión, particularmente en lo referente al procedimiento que debe tenerse en cuenta para la cuantificación del CAO.

- Primera Pretensión Accesoría a la Primera Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundada la pretensión principal, el Tribunal declare inaplicable, y por ende, sin valor ni efecto legal alguno, la Resolución del Consejo Directivo N° 059-2007-CD-OSITRAN, de fecha 18 de diciembre del 2007.

- Determinar a cuál de las partes le corresponde el pago de las costas y costos del Arbitraje.

II.3 Posición del demandante

a) El Concesionario ha presentado el 26 de enero del 2010 una demanda arbitral contra el Concedente, peticionando que se apliquen en forma irrestricta los términos y condiciones del Contrato de Concesión, particularmente lo establecido en su cláusula 6.4., que trata del Reconocimiento y Compensación de Variaciones de Metrados en la Ejecución de Obras, y 6.11 sobre el Tratamiento que se debe dar a las Partidas que constituyen el Programa de Ejecución de Obras-PEO; y el numeral 1 del Anexo IX que se ocupa de la Elaboración del Programa de Ejecución de Obras; el numeral 2 del anexo IX cuya materia es el Procedimiento de Elaboración de los Certificados de Avance de Obras; el numeral 4 del citado Anexo IX sobre el procedimiento del ajuste del PAO; procedimientos éstos que deben tenerse en cuenta



aplicarse para la Cuantificación de los Certificados de Avance de Obra (CAO).

Agrega el demandante que el Concedente pretendería inaplicar estas cláusulas y numerales en mérito a un criterio interpretativo que ha hecho el Regulador (OSITRAN) sobre las disposiciones contractuales referidas a la modificación del Pago Anual de Obra (PAO) al proceso de cuantificación de los Certificados de Avance de Obra (CAO) que se regula por un procedimiento distinto.

b) Sostiene el Concesionario que la interpretación implementada por el Concedente, en mérito a la que, a su vez ha realizado el OSITRAN, es equivalente a una modificación unilateral del contrato por la vía de un acto administrativo, lo que jurídicamente no es permisible.

En consecuencia, el Concesionario plantea como Pretensión Principal que el Tribunal disponga la aplicación irrestricta de los términos y condiciones del Contrato de Concesión, particularmente en lo referente al procedimiento que debe tenerse en cuenta para la cuantificación del CAO (Cuantificación del Certificado de Avance de Obra).

El Concesionario había planteado como Pretensión Accesorias que, al declararse fundada la Pretensión Principal, se declare consecuentemente, sin valor ni efecto legal alguno la Resolución del Consejo Directivo de OSITRAN que lleva el N° 059-2007-CD-OSITRAN del 18 de diciembre del 2007, por medio de la cual se ha efectuado la interpretación del contrato que, según lo ya expuesto en la demanda, vendría a constituir una modificación unilateral del contrato. Sin embargo, posteriormente el concesionario se ha desistido de esta Pretensión Accesorias.



II.4 Posición del Concedente

c) El Concedente, con fecha 24 de febrero del 2010, ha contestado la demanda pronunciándose sobre el contenido técnico-legal de las cláusulas y anexos que son materia de esta litis. A la vez ha manifestado que, si bien OSITRAN tiene la función de interpretar los Títulos de los Concesionarios, según el Artículo 7° de la Ley 26917, la Resolución N° 059-2007-CD-OSITRAN del 18 de diciembre del 2007 no puede constituir una interpretación válida del Contrato de Concesión, porque no resulta necesario interpretar textos contractuales que no ofrecen dudas y menos aún para llegar a una conclusión claramente contradictoria con las reglas establecidas en el contrato o en la norma.

Estos conceptos han sido reiterados y ampliados por el MTC con su escrito de 8 de abril del 2010 por medio del cual analizó los Informes N° 371-07-GS-OSITRAN, 465-07-GS-OSITRAN, 518-07-GS-OSITRAN, 050-07-GAL-OSITRAN, 042-07-GRE-OSITRAM y la Nota 036-07-GS-OSITRAN, incorporados a los autos por el Tribunal, con el carácter de pruebas de Oficio, con motivo de la realización el 30 de marzo del 2010, de la Audiencia de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

II.5 Intervención de OSITRAN

d) Por Resolución N° 7 del 27 de abril del 2010 el Tribunal dispuso comunicar al OSITRAN la existencia de este proceso arbitral habida cuenta de que el concesionario había formulado una pretensión para que se declare nula y sin valor la ya citada Resolución del Consejo Directivo de dicho órgano regulador.



En consecuencia, el OSITRAN, mediante su escrito de 3 de junio del 2010 se apersonó al proceso y acreditando representación por medio de su Procurador Público, dedujo la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral y, en calidad de litis consorcio necesario pasivo, contestó la demanda solicitando que ésta sea declarada improcedente y/o infundada.

La Excepción de Incompetencia se ha deducido al amparo del numeral 3 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1071- Ley General de Arbitraje, concordante con el numeral 1 del artículo 446 del Código Procesal Civil, basándose en que las materias controvertidas en este Arbitraje no son susceptibles de ser resueltas vía Arbitraje pues no representan una materia de libre disponibilidad de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2º del Decreto Legislativo 1071, ya que versan sobre la interpretación del Contrato de Concesión efectuada por OSITRAN en ejercicio de las facultades otorgadas por su Ley de creación (Nº 26917).

En cuanto al fondo de la controversia Arbitral, OSITRAN afirma que su Resolución Interpretativa acerca de los alcances de las cláusulas y anexos que se mencionan en las pretensiones de la demandante es legítima, pues lo que en primer término se sustenta en la aplicación de una función que se le ha asignado por ley y, luego, porque según la Cláusula 6.4.A.2 del Contrato, que trata de la existencia de variaciones de metrados respecto al Proyecto Referencial, éstas tienen que ser valorizadas por el Regulador, esto es OSITRAN, en función de los precios unitarios determinados de acuerdo al Numeral 3 del Anexo IX.

Esto significa, dice OSITRAN, que las mismas partes, al suscribir el contrato de Concesión, legitimaron la actuación que por ley le corresponde en su calidad de Regulador pues, como tal, habrán de efectuar el reajuste del PAO por única vez de conformidad



con el procedimiento establecido en el Numeral 4 del Anexo IX a la culminación de cada etapa de Construcción.

Finalmente, OSITRAN indica que su Resolución Interpretativa es una de carácter administrativo que causa estado por lo que, según el artículo 148 de la Constitución, la única vía válida para impugnarla es mediante el Proceso Contencioso Administrativo que se tramita ante el Poder Judicial.

El Tribunal dispuso correr traslado a las partes demandante y demandada de las posiciones expresadas por el OSITRAN.

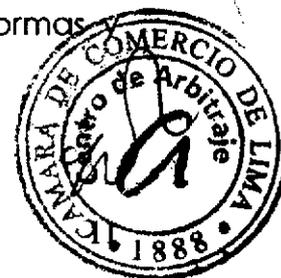
La demandante ha procedido a desistirse de su Pretensión Accesorio, consistente en que se declare inaplicable y sin valor ni efecto legal la Resolución Interpretativa de OSITRAN; y ha solicitado en consecuencia, que éste sea separado del Proceso Arbitral; en tanto que el MTC se ha ratificado en la posición expuesta al contestar la demanda.

Por Resolución N°13 del 13.07.10 el Tribunal decidió apartar de este proceso a OSITRAN, al no existir ya la pretensión accesoria de la demandante; y, por Resolución N°15 de 19.08.10 ha declarado infundado el recurso de reconsideración planteado por el OSITRAN.

III. ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL

III.1 Normas sobre el contrato de Concesión

Es importante, en el menester del Tribunal, considerar lo establecido sobre el contrato de concesión en todas las normas legales que lo regulan y en su propio texto que es ley entre las partes, de modo que la dirimencia que se debe efectuar en este proceso arbitral lo sea mediante la interpretación y la integración de las referidas normas y texto contractual. Se analiza a continuación dichos textos:



a) Artículo 33 del TEO unificado de los Decretos Legislativos N° 758 y N° 839, aprobado por el D.S. 059-96-PCM.

Este artículo dispone que, cuando resultase conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar en lo posible: la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico de ambas partes.

b) Artículo 7° de la Ley 26917 y artículos 7°, 10°, 37°, 46° y 53 (inciso d) del D.S. 044-2006-PCM, Reglamento de la Ley 26917.

- De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 26917, concordado con los artículos 7, 10, 37, 46 y 53 referidos, tratándose de las decisiones del OSITRAN de carácter normativas y/o regulatorias (que no son las interpretativas) aquellas deben producirse de manera conocida y predecible, incluyéndose la posibilidad de realizar audiencias públicas a fin de recibir la opinión de los administrados.

En el ejercicio de dichas funciones normativas y/o reguladoras la actuación de OSITRAN es solo subsidiaria y únicamente procede en aquellos supuestos mencionados en el artículo 10 y, en caso de duda sobre la necesidad de dictar esas resoluciones, se optará por no dictarlas y, de tener que emitir las, entre varias opciones se escogerá la que menos afecte la autonomía privada.

- A tenor del artículo 37 del Reglamento, el OSITRAN tiene la potestad de emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referida a la infraestructura, su renegociación y renovación del plazo de vigencia; y en todos los demás allí previstos.



- Según el Artículo 46 del Reglamento, el OSITRAN está facultado para resolver las controversias y reclamos que surjan entre las entidades prestadoras y entre éstas y los usuarios, con excepción de los que correspondan ser resueltos por el INDECOPI.

- El Artículo 53 (inciso d) del Reglamento, faculta a OSITRAN a ejercer la función de interpretar los títulos, vale decir los contratos de concesión de las entidades prestadoras, en virtud de los cuales realizan sus actividades de explotación.

- Las cláusulas 13.3 al 13.11 del Contrato, contienen las atribuciones y potestades de OSITRAN, como Regulador, en el rol de Supervisor y Sancionador en relación con la forma como el Concesionario ejecuta el Contrato.

- La cláusula 16.3 regula la forma de interpretar el contrato indicando el procedimiento que deben seguir las partes para ello, las cuales, además, según la cláusula 16.10, deben resolver en trato directo sus conflictos e incertidumbres con relevancia jurídica, con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia y caducidad del Contrato.

Si el trato directo fracasa las partes deben acudir a los procedimientos de solución previstos en la cláusula 16.11, que son el arbitraje de conciencia, el arbitraje de derecho nacional y/o internacional, incluyéndose como Reglamentos Arbitrales aplicables los de la Cámara de Comercio de Lima o, en su caso, los del Centro de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o del UNCITRAL.



También es posible un acuerdo de las partes para someter las controversias a otro fuero.

- La Sección XVII del Contrato regula la forma de efectuar modificaciones del mismo, estando prevista la intervención de OSITRAN para emitir opinión técnica previa.

III.2 Sobre la Interpretación de los contratos

Es preciso señalar cuál es el significado del vocablo "interpretación".

1) Gramaticalmente interpretar es explicar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad; entender o tomar en buena parte una acción o palabra; atribuir una acción a determinado fin o causa.

2) Jurídicamente el término interpretación tiene un sentido unívoco. Nadie duda que se trata, por medio de ella, de aclarar o despejar las ambigüedades, dudas y oscuridades de las normas jurídicas y de los textos legales.

La Doctrina es unánime con ligeros matices respecto a lo que es interpretar:

a) Para Ricardo Guastini ¹ *"el vocablo interpretación, como en general los vocablos con la misma raíz, puede denotar bien una actividad interpretativa, bien el resultado de esa actividad.*

El objeto de la interpretación, dice Guastini, cuando se habla de interpretar un acto o un comportamiento humano, integrando a veces, significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o las intenciones del sujeto agente; otras veces significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada."

¹ GUASTINI, Ricardo. "Estudios Sobre la Interpretación Jurídica", Editorial Porrúa, México, Segunda Edición 2000.



"En particular, en el ámbito del discurso jurídico, interpretar un hecho (como homicidio intencional, pongamos, en vez de muerte accidental) significa incluir este hecho dentro de una cierta clase de hechos o incluso calificarlo bajo un esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica que esa norma prevé."

Concluye Guastini sobre este aspecto: "La palabra interpretación se emplea para referirse a la atribución de un significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a un campo de aplicación: un texto, se dice, requiere interpretación solo cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho."

"Bajo esta acepción, en suma, interpretar significa en pocas palabras: decisión en torno al significado de un texto cualquiera no en cualquier circunstancia, sino solo de un texto oscuro o situación dudosa, bajo el principio: "in claris non fit interpretatio e interpretation cessar in claris".

b) Emilio Betti ² enseña sobre esta materia: "Competencia interpretativa: Tenemos bien diferenciadas dos esferas de competencia que no toleran invasiones recíprocamente: la esfera de la competencia legislativa en sentido lato (competencia para establecer normas jurídicas que tiene por objeto la disciplina jurídica de la conducta en la vida social); y la esfera de la competencia jurisprudencial en sentido lato (que tiene por objeto interpretar y adecuar las normas jurídicas en vigor, es decir, de conocerlas y hacerlas observar)."

² BETTI, Emilio. "Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997.



"Una y otra tienen carácter de competencia normativa de la conducta pero en sentido bien diferente: la primera es competencia para imponer las normas constitutivas del ordenamiento jurídico; la segunda competencia para mantener eficazmente el orden jurídico así establecido mediante la interpretación y la aplicación práctica de las normas establecidas".

Dice Betti³:

"Esto que forma el objeto de la interpretación en la esfera del Derecho, puede por tanto clasificarse en las cuatro figuras siguientes:

- a) Leyes, en sentido sustancial y genérico de toda fuente productiva de normas jurídicas (...).
- b) Actos Jurídicos heteronormativos o provisiones: actos unilaterales de soberanía subordinadas a las leyes y destinados a su actuación, sean actos administrativos (que no entren en la primera categoría) o sean jurisdiccionales (sentencias u otro tipo de provisiones).
- c) Actos de autonomía: negocios jurídicos y tratados (no dictados) internacionales.
- d) Comportamientos relevantes para el Derecho, en cuanto pueden ser calificados de lícitos e ilícitos."

Para Betti⁴, en el conflicto de intereses "debemos considerar las categorías de intereses socialmente relevantes, que están en juego y el concurso entre sí en el problema práctico del que la norma a interpretar representa la solución".

³ BETTI, Emilio. "Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos". Página 233.

⁴ BETTI, Emilio. Página 263.



"En estas normas se contempla siempre un conflicto entre tipos de intereses de igual grado protegidos por el Derecho, y es lo que constituye el problema práctico acogido claramente en la norma que establece la solución en base a un criterio de valoración que determina la preferencia: anterioridad de la transcripción o del goce, apariencia de derecho, buena fe, onerosidad del título, inferioridad de este título, incumbencia de la iniciativa." ⁵

c) Como ya se ha expresado por los juristas nombrados, son funciones diferentes las actividades destinadas a interpretar normas legales comenzando por la Constitución, leyes, decretos, resoluciones supremas, ministeriales y directorales llamadas en general normas preceptuales distinguiéndose de aquellas otras que están dirigidas a interpretar actos jurídicos y contratos vinculados a la realización de prestaciones y contra-prestaciones entre las partes que los celebraron como fruto de una doble voluntad previamente acordada, incluyendo aquellas relaciones de carácter administrativo como las derivadas, por ejemplo, de las concesiones que otorga el Estado para la ejecución de obras públicas.

El maestro Messineo⁶ decía acerca de este asunto:

"b) Ahora bien, la interpretación del contrato –aparte de su mayor complejidad señalada- tiene una función análoga a la de la interpretación de la norma jurídica; se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes, considerados en su combinación: es decir el contenido perseguido por las partes, de igual modo que en el caso de la interpretación de la norma se

⁵ BETTI, Emilio. Página 264.

⁶ MESSINEO, Francesco. "Doctrina General del Contrato". Ara Editores, 1era edición. Traducción de la obra Italiana (Terza Edizione, ampliata e in parte rifatta, Milana, Dott. A. Guiffré Editore, 1948) Impreso en Perú, 2007. página 520-521.



trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de la ley (ordenamiento jurídico).

En otras palabras, interpretar el contrato significa y vale como indagar la "intención (voluntad) común" efectiva –esto es, concreta- de las partes, como lo expresa el Artículo 1362, del que trataremos adecuadamente más adelante (...); o más exactamente, la sustancia o el contenido efectivo de tal voluntad común.

Además, la necesidad de interpretar el contrato surge solamente cuando las partes no están de acuerdo inicialmente sobre su alcance (o aún simplemente, sobre el de una o varias cláusulas), por lo que se requiere una interpretación a la que ambas deban someterse y conformarse, o cuando descubren la existencia de un desacuerdo posteriormente, en particular, al acto de iniciar la ejecución del contrato. Aquí, precisamente, hay desacuerdo sobre lo que una de las partes pretende descubrir en la voluntad contractual (esto es, en el contenido del contrato) y que la otra parte niega que exista, en tanto que –en su opinión- habría algo distinto. Así especialmente cuando el contrato no ha sido confiado a un documento (contrato verbal) o ha sido redactado sin el auxilio de técnicos (notario, asesores legales, etc.).

La actividad de intérprete sirve o debería servir para sustituir a la interpretación unilateral y controvertida de cada una de las partes, una interpretación más adecuada que se deja inferir de la voluntad común."

3) Ahora bien, la interpretación de las normas jurídicas, así como de los actos jurídicos y contratos, sean éstos de carácter privado o administrativo, puede ser de las clases siguientes:

a) **Auténtica:** 1) cuando los textos legales son interpretados por los propios órganos o personas que los constituyen



originalmente. 2) En el caso de los contratos, la interpretación auténtica corresponde a las mismas partes que lo han celebrado. Estos son los únicos casos en que la interpretación se puede hacer de oficio, esto, es por iniciativa de los autores.

Así el Congreso, sin que nadie se lo pida, puede aclarar una ley, interpretarla, precisarla o modificarla. Pueden actuar de igual modo el Presidente de la República y los Ministros con relación a Decretos Supremos, Resoluciones Supremas y Ministeriales.

Los efectos de estas normas interpretativas, modificatorias o precisantes se producen, conforme al artículo 103 de la Constitución Política del Estado, sobre las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes pero no afectan los hechos ya producidos o consumados.

b) **Oficial:** la interpretación se realiza, por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones otorgadas por ley.

Esta puede ser, en principio, la que la Ley ha confiado a OSITRAN.

c) **Jurisdiccional:** corresponde a los jueces y a los árbitros.

d) **Doctrinal:** es la realizada por los juristas, tales como los autores de libros y los profesores de Derecho.

4) De lo expresado puede concluirse en que:

a) La interpretación solo puede producirse ante la presencia de un texto oscuro, ambiguo o que cause conflicto de intereses entre quienes deben aplicarlo; estando llamados a realizarla aquellos que son los autores de dicho texto o quienes tienen asignada esa función por ley.



b) La interpretación por órganos oficiales y órganos jurisdiccionales que, según la Constitución y las leyes aplicables, tienen esa facultad, se origina únicamente a pedido de las partes de un contrato o de las personas interesadas legítimamente. Así, los jueces, tribunales arbitrales y los órganos oficiales se pronuncian no de oficio sino ante la presentación de demandas que contienen, pretensiones y contradicciones.

c) La interpretación de los contratos, parcial o total, la realizan solo las partes en forma autentica. También la pueden efectuar los jueces y tribunales arbitrales así como los organismos oficiales competentes, siempre que los tres casos las partes contratantes se lo soliciten en los tres casos; no de oficio.

5) Es necesario ahora, examinar la situación del Contrato de Concesión suscrito entre la Concesionaria Interoceánica Sur-Tramo 2 S.A. y el concedente Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para la construcción y explotación del Corredor Vial Interoceánica Sur-Perú-Brasil; con intervención del Regulador Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura –OSITRAN de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias cuyas disposiciones son de obligatorio cumplimiento para el concesionario.

En relación a este Contrato, es conveniente tratar separadamente los siguientes asuntos:

- a) Facultades de OSITRAN
- i) La Ley 26917, en vigencia desde el 24 de enero de 1998, concede a OSITRAN en su artículo 6°:



* Facultades reguladoras y normativas, en virtud de las cuales en forma exclusiva, en el ámbito de su competencia, puede dictar reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades prestadoras o de los usuarios.

* La atribución fiscalizadora significa que tiene la potestad de sancionar 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.

* La atribución de resolver controversias comprende la posibilidad de conciliar intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando los derechos invocados.

Además de las atribuciones mencionadas, el Artículo 7º de esta Ley le asigna a OSITRAN la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación y, también, la de emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos (inciso b, literales e y f).

A tenor del Artículo 3º de la Ley 26917, la competencia de OSITRAN consiste en regular el comportamiento de los mercados de actuación de las entidades prestadoras así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, los inversionistas y los usuarios en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

ii) El Reglamento de la Ley 26917 y sus normas modificatorias (Leyes 27332 y 28337) es el D.S. 044-2006-PCM del 27 de julio del 2006, modificado por los D.S. 057-2006-PCM del 7 de setiembre del 2006 y D.S. 046-2007-PCM del 27 de mayo del 2007. Este último es el único Reglamento válido y aplicable para el contrato objeto de esta controversia.



En cuanto a la función interpretadora el inciso d) del Artículo 53 del Reglamento atribuye al Consejo Directivo de OSITRAN la de "interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de la licitación y las circulares".

iii) El Contrato de Concesión antes citado ha sido celebrado entre las partes (Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Concesionario) al amparo de los TUOs de los Decretos Legislativos 758 y 839, aprobados por los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM. Este último constituye el Reglamento del primero.

Lo prescrito por estos Decretos Supremos para la Concesión, discurre por normas regulares ya conocidas que disciplinan este tipo de contrato, incluyendo para el Estado "la potestad de modificar el contrato, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes" (Artículo 30 del D.S. 060-59-PCM).

En consecuencia, son las partes contratantes primeramente las que pueden modificar el contrato de Concesión e interpretarlo. También se reconoce al Estado doctrinaria, legal y contractualmente, la facultad de modificar el contrato en ciertos aspectos siempre que no afecte el equilibrio económico-financiero del concesionario, así como la de revocar unilateralmente la concesión pero con la obligación de indemnizar al concesionario (cláusula 14.8, página 127 del contrato). Tales atribuciones pertenecen, exclusivamente, al concedente que en



este caso es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación del Estado Peruano.

Debe tenerse en cuenta que el contrato provee sus propios medios para la interpretación de su texto y sus alcances en los casos en que exista una divergencia entre las partes (cláusulas 16.3 y siguientes, página 133); así como para la solución de controversias, no estando prevista la intervención del OSITRAN como órgano competente para ello.

6) El análisis integral de todo este ordenamiento legal, presidido por el Artículo 62 de la Constitución, permite arribar a las siguientes conclusiones:

- a) Un contrato, incluyendo los de carácter administrativo sólo puede ser modificado por las partes que lo celebraron, salvo excepcionalmente en ciertos asuntos e indemnizando al Concesionario en caso de que se le cause perjuicio.
- b) Un contrato, incluyendo el de carácter administrativo, sólo puede ser interpretado auténticamente por las partes mediante un acuerdo cuando éstas entiendan que determinadas cláusulas deben ser precisadas o aclaradas.
- c) Ninguno de los Poderes del Estado incluyendo los organismos públicos independientes que lo integran, pueden interpretar un contrato de oficio, esto es, por su propia iniciativa.

Cuando las partes no se ponen de acuerdo para interpretar un contrato y la falta de entendimiento al respecto origina un problema o un conflicto, cualquiera de ellas, puede recurrir al Poder Judicial o a Tribunales Arbitrales según como se haya previsto en el Contrato, en la cláusula relativa a solución de controversias. También es posible que, activando los mecanismos



de la Ley 26917 y su Reglamento, las partes contratantes puedan acordar que la parte o partes dudosas u oscuras del Contrato sean sometidas a la interpretación del OSITRAN.

d) Finalmente, y es lo más importante, todas las normas legales y los textos contractuales antes citados están sujetos a una norma constitucional insoslayable y predominante sobre todo lo demás. Ella es la que está contenida en el Artículo 62 de la Constitución cuyo texto es concluyente y es el que protege los contratos en caso de intervenciones del Estado y de terceros. Este texto dice lo siguiente:

"Artículo 62.- La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

e) Así, pues tanto el Poder Judicial como los Tribunales Arbitrales actúan, como en su caso el OSITRAN, a pedido de parte y nunca por propia iniciativa, porque ello sería violatorio del citado Artículo 62 de la Constitución.

Aún si lo interpretado no significase una modificación del Contrato, no es viable la interpretación realizada de oficio, por propio impulso y sin petición común de las partes, pues



contraria a una norma constitucional (Artículo 62), al Código Civil (Artículos 168, 169, 1361, 1362 y 1363) y a las propias leyes y reglamentos que se han analizado.

Únicamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo pueden interpretar de oficio las normas legales que emiten pero nunca intervienen, no pueden hacerlo, en contratos específicos.

Cae de suyo, es inherente a la naturaleza de la interpretación de los contratos, que los que tienen función de interpretar como el Poder Judicial, los tribunales arbitrales y el propio OSITRAN, lo hagan únicamente a petición de las partes que han desarrollado una relación contractual y esto solo en el caso de que estas hubiesen encontrado un texto que requiere ser interpretado debido a que no es claro, es ambiguo o no es comprensible.

f) La función de interpretación asignada a OSITRAN por la Ley 26917 y su Reglamento no puede ser entendida sino de la manera que el Tribunal señala y de ningún modo como una facultad abierta, indefinida y activable al solo designio de esta Entidad, sin participación de las partes del Contrato y aun contra la voluntad de estas. Esto no es concebible en Derecho.

Si hipotéticamente, cualquiera de los Poderes del Estado o instituciones públicas citadas, incluyendo naturalmente a OSITRAN, pudiesen interpretar por su propio impulso los contratos que regulan las relaciones jurídicas de las partes, ello comportaría no solo la violación de las normas constitucionales y legales antes mencionadas sino que introduciría un factor de inseguridad jurídica que afectaría no solo a dichas partes sino a la sociedad en general. Porque el que puede interpretar en una ocasión, que se lo pidan, podrá hacerlo sucesivamente en cu



oportunidad considere que debe hacerlo. Y esto tornaría el conflicto en caótico. Pero eso no es constitucional ni legal.

g) La Finalidad como norte fijado para el desarrollo armonioso del Estado, así como la Justicia y la Seguridad Jurídica, constituyen los tres soportes fundamentales de Derecho y ninguno de ellos puede faltar.

Radbruch⁷ trataba de la Seguridad Jurídica manifestando:

"Entendemos por seguridad jurídica, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc.- pues ésta va ya implícita en el concepto de la adecuación al fin-, sino la seguridad del Derecho mismo. La cual requiere a su vez, cuatro condiciones, a saber:

- 1) *Que el Derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes;*
- 2) *Que este Derecho estatuido sea, por su parte, un Derecho seguro, es decir, un Derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la "buena fe" o el de las "buenas costumbres";*
- 3) *Que estos hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean "practicables"; para ello no hay más remedio que aceptar, a veces, conscientemente, su tosquedad, como cuando, por ejemplo, se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, que es lo que se hace, v.gr., al supeditar la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un determinado límite de edad, que la ley fija por igual para todos;*

⁷ GUSTAV RADBRUCH. "Introducción a la Filosofía del Derecho", Brevarios del Fondo de Cultura Económica, México- Buenos Aires. Páginas 40 y 41.



4) Finalmente, el Derecho positivo- si se quiere garantizar la seguridad jurídica- no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental, que dé todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley: los checks and balances- frenos y contrapesos- de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica”.

No obstante que OSITRAN no es parte en este proceso arbitral y su intervención como tal no ha sido aceptada por cuanto el demandante se desistió de su pretensión accesoria que se vinculaba con OSITRAN, el Tribunal considera conveniente hacer un deslinde con la afirmación hecha por dicho organismo público regulador en los recursos que presentó en su oportunidad: OSITRAN ha manifestado que:

1) Las materias controvertidas en este proceso arbitral no son susceptibles de arbitraje pues no representan una materia de libre disponibilidad de las partes como se señala en el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071 ya que versan sobre la interpretación de un contrato de concesión efectuada por el OSITRAN en ejecución de facultades otorgadas por su ley de creación N° 26917.

2) OSITRAN tiene interés en participar en este proceso porque lo que se decida sobre la Pretensión Principal podría afectarle directamente pues tiene la calidad de litis consorte según el artículo 92 del Código Procesal Civil.

3) La Pretensión Principal involucra al OSITRAN en cuanto pide “una aplicación irrestricta de los términos y condiciones del Contrato de Concesión”; las frases “particularmente en lo referente al procedimiento que debe tenerse en cuenta para la cuantificación del Certificado de Avance de Obra (CAO)” podría afectarle en su autonomía legal en el ejercicio de la interpretación del Contrato de Concesión suscrito en



Concedente y el Concesionario; y afectaría el Pronunciamiento hecho por OSITRAN con la Resolución N° 059-2007- OSITRAN ya mencionada.

Al respecto el Tribunal manifiesta que:

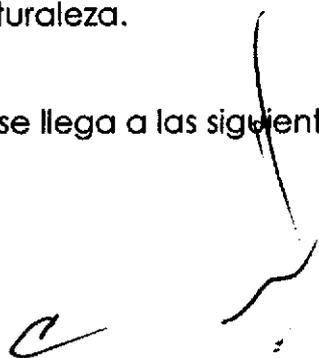
1) El Artículo 2° del Decreto Legislativo 1071- Ley General de Arbitraje prescribe que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre: 1) materias de libre disposición conforme a derecho y 2) Aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

El Artículo 4° de este mismo Decreto Legislativo señala que, para los efectos de esta Ley, la referencia al Estado Peruano comprende al Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, las estatales de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, concesión o autorización del Estado.

Indica, también, por medio de los numerales 3 y 4, el Artículo 4°, que el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el Perú.

El Artículo 13 del mismo Decreto Legislativo indica que el Convenio 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 a una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

A la luz de estas normas, se llega a las siguientes conclusiones:



- Interpretando *contrarius sensus* el primer párrafo del Artículo 2° del Decreto Legislativo 1071, no son arbitrables las materias que no son de libre disposición de las partes, tales como por ejemplo, las leyes imperativas entendiéndose como tales a aquellas que son de aplicación obligatoria o forzosa y se imponen sobre la voluntad de las partes.

En este caso, no se discute el derecho de OSITRAN a efectuar la interpretación de los contratos de Concesión que le concede el Artículo 7° de la Ley 26917 –Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios Aéreos.

Lo que el Concesionario y el Concedente están dirimiendo entre ellos es si una interpretación de oficio de dicho ente regulador puede ser adoptada y aplicada por el segundo en un contrato celebrado únicamente con el primero y en el que, ninguna de las dos partes, la considera necesaria en el aspecto abordado pues ese aspecto es claro y preciso para las dos.

En esta línea de análisis el Tribunal ha determinado que el resultado de una interpretación hecha por el organismo regulador sobre el contrato de concesión, que no ha sido solicitada por cualquiera de las partes o las dos, no es aplicable en esa relación contractual porque no es parte de ella, sin que eso signifique que se desconozca lo dispuesto por el Artículo 7° de la Ley 26917 ya citada.

- Bajo el mismo esquema, el contrato de concesión contiene la cláusula arbitral N° 16.11⁸, ya analizada por el Tribunal, por la cual las

⁸ “16.11.- Modalidades de procedimientos arbitrales:

- a) Arbitraje de Conciencia.- Todas y cada una de las Controversias Técnicas que no puedan ser resueltas directamente por las Partes dentro del plazo de trato directo deberán ser sometidas a un arbitraje de conciencia, de conformidad con el Artículo 3 de la Ley General de Arbitraje peruano, en el cual los árbitros resolverán conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Los árbitros podrán ser peritos nacionales o extranjeros, pero en todos los casos deberán contar con amplia experiencia en la materia de la Controversia Técnica respectiva, y no deberán tener



conflicto de interés con ninguna de las Partes al momento y después de su designación como tales.

El Tribunal Arbitral podrá solicitar a las Partes la información que estime necesaria para resolver la Controversia Técnica que conozca, y como consecuencia de ello podrá presentar a las Partes una propuesta de conciliación, la cual podrá ser o no aceptada por éstas. El Tribunal podrá actuar todos los medios probatorios y solicitar de las Partes o de terceras personas los medios probatorios que considere necesarios para resolver las pretensiones planteadas. El Tribunal deberá preparar una decisión preliminar que notificará a las Partes dentro de los treinta (30) días siguientes a su instalación, teniendo las Partes un plazo de cinco (5) días para preparar y entregar al Tribunal sus comentarios a dicha decisión preliminar. El Tribunal Arbitral deberá expedir su decisión final sobre la Controversia Técnica suscitada dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de los comentarios de las Partes, a su decisión preliminar o al vencimiento del plazo para presentar dichos comentarios, lo que ocurra primero. El procedimiento para la resolución de una Controversia Técnica deberá llevarse a cabo en la ciudad de Lima, Perú. Excepcionalmente, y por la naturaleza del caso concreto, el Tribunal Arbitral se trasladará a otra localidad sólo con el fin de actuar medios probatorios como un peritaje, una inspección ocular o cualquier otro medio probatorio que sea necesario actuar en otra localidad, por un plazo no mayor a diez (10) días.

Los miembros del Tribunal deberán guardar absoluta reserva y mantener confidencialidad sobre toda la información que conozcan por su participación en la resolución de una Controversia Técnica.

- b) Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con el artículo 3 de la Ley General de Arbitraje peruana, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:
- (i) Cuando las Controversias No-Técnicas que tengan un monto involucrado superior a Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$ 5 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional, comprometan la financiación con los Acreedores Permitidos poniendo en riesgo la continuidad del Contrato, las controversias serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI"), establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26210, a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE, en representación del Estado de la República del Perú, declara que al CONCESIONARIO se le considera como "Nacional de Otro Estado Contratante", por estar sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Washington D.C. Estados Unidos de América, y será conducido en idioma castellano. Se seguirá el procedimiento previsto en el Tratado al que hace referencia el párrafo anterior, para habilitar la instancia arbitral ante el CIADI.

Si por cualquier razón el CIADI decidiera no ser competente o declinara asumir el arbitraje promovido en virtud de la presente cláusula, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismo términos antes señalados, las Controversias No-Técnicas que: (a) tengan un monto involucrado superior a Cinco Millones de Dólares (US\$ 5 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional, o (b) las Partes no estén de acuerdo por



dos partes del contrato, una de las cuales es el Estado, han acordado que todas sus controversias técnicas y no técnicas se resuelvan mediante arbitrajes de conciencia y de derecho, respectivamente, mencionándose los órganos arbitrales que intervendrán en ambos casos. Se señala que alternativamente, las partes pueden acordar someterse a otros fueros.

Por consiguiente, tanto por el Decreto Legislativo 1071 como el propio Contrato, la controversia es totalmente arbitrable.

- En este orden de ideas, y conforme al Artículo 7º de la Ley 26917, el OSITRAN podría ser requerido para que actúe como órgano mediador entre las partes interpretando el contrato total o parcialmente en caso de conflicto entre ellas.

En consecuencia, sin que se produzca ese requerimiento, no es dable una intervención de oficio por parte del ente regulador.

De otro lado, no puede ser considerado litis-causante una persona natural o jurídica, pública o privada, que no es parte de la relación

la cuantía de la materia controvertida, a las Reglas de Arbitraje del UNCITRAL. En ese caso el arbitraje se llevará a cabo en Lima, Perú.

Alternativamente las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuera distinto al del CIADI si así lo estimaren conveniente.

Las partes expresan su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los tribunales arbitrales señalados en los párrafos precedentes.

- (ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Cinco Millones y 00/100 Dólares (US\$ 5 000 000,00), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria primero la Ley General de Arbitraje peruana y después el Código Procesal Civil del Perú.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los sesenta (60) días posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral. Excepcionalmente el laudo podrá emitirse fuera de este plazo cuando el Tribunal Arbitral considere indispensable actuar medios probatorios como peritajes o inspecciones oculares, fuera de la ciudad donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral.”



contractual, pues, según el Artículo 1363 del Código Civil los contratos solo producen efecto entre las partes que los han otorgado.

- De acuerdo con los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se ha expresado en ellos, presumiéndose que las declaraciones expresadas en ellas responden a su voluntad; produciendo efectos entre solo las partes que los otorgan.

Así, pues, nadie puede oponerse a que los contratos se apliquen de modo irrestricto ni suponer que esa aplicación podría afectar sus derechos pues, en sentido contrario, tendría que asumirse que, para que no se afecte a un tercero, el texto del contrato tendría que aplicarse en forma restringida o recortada o suprimiendo cláusulas. Esta afirmación sería contraria a ley.

- La cuestión esencial sometida a arbitraje esta referida precisamente a materias de índole civil contractual, y en consecuencia e indiscutiblemente cae bajo la jurisdicción arbitral atribuida comercialmente por las Partes a este Tribunal Arbitral, como es sobre la Aplicación irrestricta de los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, particularmente en lo relativo a la aplicación del procedimiento contractual establecido en las Cláusulas 6.4.A referida al reconocimiento y compensación de variaciones de metrados en la ejecución de obras y 6.11.- Referida al tratamiento que se debe dar a las partidas que constituyen el Programa de Ejecución de Obras – PEO, así como en el Numeral 1, del Anexo IX referido a la elaboración del Programa de Ejecución de Obras, Numeral 2 del Anexo IX referido al procedimiento de elaboración de los certificados de avance de obra, y Numeral 4 del Anexo IX referido al procedimiento de ajuste del PAO.



- Que las Partes pactaran conceptos que fijan claramente el ámbito de competencia del Tribunal Arbitral, conceptos sobre los que versa el presente arbitraje.
- Por otro lado conviene dejar señalado que el presente Laudo es de carácter declarativo, concepto aplicable no sólo a las sentencias, sino también a los Laudos. A decir de Mario Alzamora Valdez "se entiende por sentencia declarativa en sentido amplio, aquella de la cual no puede derivar una ejecución forzosa (los de condena que desestiman la demanda del autor, las constitutivas de las cuales no se sigue una ejecución) y en sentido estricto, los que estiman la demanda del autor, no cuando tiende a la realización de un derecho, sino cuando persigue la declaración de la existencia de su derecho o de la inexistencia del ajeno" (Derecho Procesal Civil, Teoría del proceso ordinario. Segunda Edición comentada, Lima 1968, Pág. 254). En opinión de José Chiovenda, a través de la sentencia declarativa, el demandante "quiere saber que su derecho existe, o quiere excluir toda duda sobre la inexistencia del derecho del contrario, pide al proceso la certidumbre jurídica y no otra cosa (Mario Alzamora Valdez, OPCIT, Pág. 254).

III. PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal emite por unanimidad el siguiente Laudo Arbitral:

Primero: Declarar que el contrato celebrado entre el Concedente y el Concesionario con fecha 4 de junio del 2005 para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Interoceánico Sur N°02 - Urcos-Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil con sus respectivas addendas, debe ejecutarse en su totalidad.



conforme al texto integral acordado entre las partes, sin que sean admisibles modificaciones e interpretaciones aclaratorias que no provengan de ellas mismas, salvo que las partes hubiesen acordado pedir la intervención de terceros legalmente autorizados para ello.

Segundo: Declarar inoficioso pronunciarse sobre la Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la Demanda, al haberse desistido de ella el demandante.

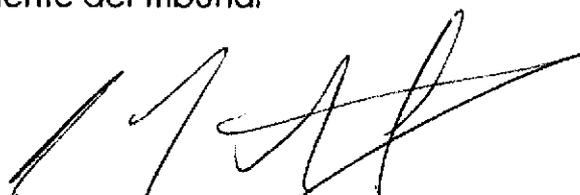
Tercero: Declarar que cada una de las partes debe correr con los costos y costas que les haya demandado sus correspondientes defensas.

El presente Laudo es definitivo e inapelable.



EMILIO CASSINA RIVAS

Presidente del Tribunal



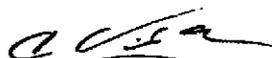
GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA

Árbitro



LUIS E. ADRIÁNZEN DE LAMA

Árbitro



CHRISTIAN VIRU RODRÍGUEZ

Secretario

