

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Informe Jurídico del Caso Arbitral N° 2474-2012-CCL

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de ABOGADA

Autora

Gamarra Pariasca Evelyn Consuelo

Revisor

Shimabukuro Makikado Roberto Carlos

Lima, 2021

RESUMEN

El presente informe aborda los principales problemas jurídicos identificados en el Laudo Arbitral del Caso N° 2474-2012-CCL, resuelto por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, en el marco del proceso arbitral interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERÚ en contra del Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC, en torno a la vigencia del régimen tarifario.

Siendo analizado en el presente informe, las competencias del Tribunal Arbitral en relación con lo resuelto por el órgano colegiado y si ello, correspondía a otro organismo en virtud de las competencias, conferidas por Ley. En ese sentido, el desarrollo del informe aborda los contenidos sobre las materias que debían ser resueltas en arbitraje, en análisis del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica.

ÍNDICE

1.	Introducción.....	1
2.	Justificación.....	2
3.	Relación de los hechos relevantes del Caso Arbitral N° 2474-2012-CCL.....	2
4.	Identificación de los problemas jurídicos identificados.....	11
5.	Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas jurídicos.....	11
6.	Conclusiones.....	32
7.	Fuentes bibliográficas.....	33



LISTA DE ABREVIATURAS

Agencia de Promoción de la Inversión Privada	PROINVERSIÓN
Asociaciones Público Privadas	APP
Comisión de Promoción de la Inversión Privada	COPRI
Comité de Proinversión, en proyectos de infraestructura y de servicios públicos	Comité de Proinversión
Consumer Price Index de los Estados Unidos de América (Traducido, Índice de Precios al Consumidor)	CPI
Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada	DGPI
Impuesto General a las Ventas	IGV
Índice de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (Traducido, Índice de Precios al Consumidor)	IPC
Ley General del Arbitraje – Ley 26572	LGA
Ley que norma el Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071	Decreto Legislativo N° 1071
Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso público y promoción de los servicios de Transporte Aéreo	Ley N° 26917
Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los servicios públicos	Ley N° 27332

Ministerio de Economía y Finanzas	MEF
Organismos de Promoción de la Inversión Privada	OPIP
Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público	Ositran
Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad	PNIC
Reglamento del Texto Unico Ordenado de las normas con rango de ley que regulan entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos – Decreto Supremo N° 060-96-PCM	Reglamento del TUO de las Concesiones
Texto Unico Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos – Decreto Supremo N° 059-96-PCM	TUO de las Concesiones
Tipo de Cambio	TC

INTRODUCCIÓN

El presente informe aborda los principales problemas jurídicos identificados en el Laudo Arbitral del Caso N° 2474-2012-CCL, resuelto por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, en el marco del proceso arbitral interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERÚ (en adelante, **Concesionario**) en contra del Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC (en adelante, **Concedente**), con la finalidad determinar si el Tribunal Arbitral tenía competencia para resolver en torno a la vigencia del régimen tarifario.

El Laudo que se analizará en el presente informe, deriva del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica. (en adelante, El **Contrato**, suscrito el 20 de setiembre de 2005, denominado Proyecto Red Vial N° 6 (en adelante, **El Proyecto**).

En primer lugar, se analizará si el Tribunal Arbitral es competente para conocer el régimen tarifario que deriva de la interpretación de la cláusula 8.17 del contrato, partiendo del concepto de libre disposición en vinculación a la cláusula del convenio arbitral. Posterior a ello, se analiza los alcances del literal c) de la cláusula 8.17 y si la aplicación de dicha cláusula habilita al Concesionario a aplicar el reajuste contenido en el literal d) de la cláusula 8.17.

Seguidamente, se procederá a evaluar si El Concesionario tenía el derecho al aumento o incremento de la tarifa, analizando si ello es competencia de las partes o del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, **Ositran**), en virtud con las facultades conferidas por ley expresa a este último.

Finalmente, se analizará si el Tribunal Arbitral, en el desarrollo del Laudo, interpreta o modifica el contrato al resolver sobre el alcance de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, en torno al régimen tarifario del Contrato y si ello, correspondía con su competencia.

JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

El presente informe se centra en determinar si el Tribunal Arbitral tenía competencia para resolver las pretensiones interpuestas por el Concesionario, en el caso arbitral N° 2474-2012-CCL. Motivo por el cual, la justificación de la elección y relevancia del caso se sustenta en los siguientes motivos:

En primer punto, el caso revela una importante cuestión en torno a los alcances del régimen tarifario, establecido en la cláusula 8.17. Toda vez que la interpretación realizada por el Tribunal, permite analizar si se encontraba habilitado o si por el contrario, era competencia asignada a un organismo regulador, la aprobación del ajuste tarifario.

En segundo plano, la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral, se refiere en torno a la asignación de riesgos asumidas y distribuidas entre las partes. Cabe mencionar que, la forma jurídica por excelencia mediante la cual, se materializa las Asociaciones Público Privadas son los llamados contratos de concesión. Motivo por el cual, la parte que asume la mayor cantidad de riesgos en el contrato es la parte que se encuentra en mejor posición.

Finalmente, resultar pertinente resaltar, la forma como el Concesionario plantea sus pretensiones y si ello, debía ser resuelto en vía Arbitral. Más aún, cuando la controversia versaba en torno a la vigencia del régimen tarifario del Contrato.

ANTECEDENTES RELEVANTES EN EL CASO

El presente informe versa en torno a los principales problemas jurídicos, derivados de la controversia generada entre el Concesionario y el Concedente. Con lo cual, se describirá a modo de contexto, los principales hechos del caso. Por un lado, se encuentra el Concesionario, con experiencia en la construcción de infraestructura vial en el Perú, brindando tecnología y equipos para el desarrollo adecuado de la Concesión. Por otro lado, el Concedente representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, titular a cargo de las concesiones con la finalidad de impulsar la inversión privada en los proyectos de infraestructura de transportes.

1. El proceso de licitación del proyecto Red Vial N° 6

1.1 Primera Convocatoria

La Comisión de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, “COPRI”), aprobó mediante acuerdo el Plan de promoción de la inversión privada para el otorgamiento en Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica y Cañete, de la Panamericana Sur, de fecha 13 de febrero del 2002. Con lo cual, el Concedente, actuando en dicha fecha como titular de los bienes, remitió a PROINVERSIÓN, la simulación financiera del proyecto a fin de declararla viable económicamente.

En ese sentido, se aprobaron las bases y el cronograma del proyecto que iba a ser entregado en concesión, siendo encargado al Comité de PROINVERSIÓN, encargado de la Licitación Pública. Sin embargo, en la etapa de postulación de ofertas, solo se presentó un postor. Motivo por el cual, ante la falta de pluralidad de ofertas técnico-económicas, tuvo como consecuencia la declaratoria de desierto en dicho proceso.

1.2 Segunda Convocatoria

En ese contexto, el 18 de abril del 2005, el Comité de Proinversión aprobó las bases para lanzar la segunda convocatoria de la Licitación Pública que se encontraba desierta, ello a fin de entregar en concesión del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica. Cabe mencionar que, las bases fueron modificadas en ciertos artículos buscando obtener la adjudicación en dicha convocatoria. Para ello, en mayo del 2005, se recurrió a un asesor externo de PROINVERSIÓN como empresa de apoyo consultoría para la elaboración del Informe “Esquema Económico Financiero”, el cual tenía previsto el aumento del Peaje a partir del quinto año de puesta en marcha la concesión, a la fecha hipotéticamente establecida para la culminación de la primera etapa.

En relación a la adjudicación, el factor de competencia y la experiencia del postor fueron los criterios determinantes para entregar en concesión el proyecto. Con lo cual, el 20 de julio del 2005, se adjudicó la Buena Pro de la Licitación Pública teniendo la inversión estimada de US\$ 192 millones, sin incluir IGV. Cabe precisar que, se consideró como factor de competencia, la mayor retribución al Estado establecido en el artículo 64 de las Bases, modificadas por el Circular N° 4:

“Artículo 64.- Factor de Competencia

El Comité seleccionará como Mejor Oferta Económica, la del Participante Precalificado que haya obtenido el mayor puntaje en la aplicación de la fórmula señalada en el Artículo 63. Para tal efecto, el Participante Precalificado en su Oferta Económica, deberá señalar la Retribución que se obliga a pagar al Concedente la que deberá ser necesariamente igual o mayor a la Retribución Referencial que comunicará PROINVERSIÓN conforme se señala en el Artículo 63.

La retribución será un porcentaje (%) sobre los ingresos mensuales de la Sociedad Concesionaria que obtenga por concepto de recaudación del Peaje (no incluye IGV). El pago de dicha retribución será independiente del aporte que corresponde efectuar al Ositran u otras entidades estatales de acuerdo con la legislación aplicable. “

Siendo motivo por el cual, el Concesionario fue el ganador de la Licitación Pública para la construcción del proyecto Red Vial N° 6.

2. Contrato de Concesión Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica y Ejecución

Al respecto, el 20 de setiembre del 2005, la Red Vial N° 6 fue entregada al Concesionario bajo la modalidad de concesión por el Concedente, por un período de treinta (30) años destinada a la construcción del tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, estableciendo la prórroga a treinta y dos (32) años, si el inicio de la segunda etapa fuera posterior al año diecisiete (17) de la Concesión, de conformidad a lo establecido en el artículo 4.1 del contrato.

Sobre las obligaciones del Concedente, la entrega de los predios en determinadas fechas, de acuerdo a lo establecido en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato.

El plazo para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa previstas en el Anexo II se comenzará a computar, desde el momento en que el CONCEDENTE efectivamente entregue a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el ochenta por ciento (80%) de los predios antes mencionados en términos del área total que constituye el Derecho de Vía. La entrega del veinte por ciento (20%) restante de los predios correspondientes a los Sub tramos de la Primera Etapa deberá producirse dentro de los ciento ochenta (180) Días Calendario siguientes a la entrega del ochenta por ciento (80%) inicial, tal y como se establece en el párrafo precedente. Si el 20% restante fuera, a criterio de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, indispensable para iniciar las Obras correspondientes a cada uno de los Sub-Tramos de la Primera Etapa, ésta podrá acogerse a lo previsto en la Cláusula 6.9. del Contrato.

Los predios necesarios para que la SOCIEDAD CONCESIONARIA inicie los trabajos comprendidos en la Segunda Etapa de Construcción, deberán ser entregados por el CONCEDENTE a más tardar tres (03) años antes del año doce de la Concesión, salvo acuerdo distinto entre las Partes.

Asimismo, se estableció el ajuste tarifario en la cláusula 8.17 del Contrato, indicando que la tarifa inicial a ser cobrada por el Concesionaria asciende a S/ 4.62. La cual iba a ser reajustada a la culminación de la primera etapa que correspondía a la fecha del 20 de setiembre del 2009.

8.17.- El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los Estudios Técnicos que regulan las Tarifas que estará autorizada a cobrar la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la Explotación del Área de la Concesión, conforme lo siguiente:

a) A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, y hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar por concepto de Tarifa máxima: S/. 4.62 por Peaje mas IGV y otros aportes de ley.

Aprobada la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará la Tarifa señalada en el Inciso c) del presente artículo.

c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.

del último ajuste tarifario, considerando el TC y la inflación como elementos para actualizar la tarifa.

el CPI publicado para el mes anterior. En caso de no haber sido publicado se utilizará el del mes precedente.

TC es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula primera del presente Contrato.

IPC es el Índice de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

En la eventualidad de que se produzca una variación de más del 10% desde el último reajuste ordinario, el REGULADOR a solicitud de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, procederá a realizar un reajuste extraordinario en el cual el Peaje será fijado incorporando a la fórmula anterior, en el primer componente, el tipo de cambio del día en que se produzca el reajuste extraordinario.

d) Los Peajes, a partir de la aprobación de la culminación de las obras de la Primera Etapa, podrán ser reajustados en forma ordinaria por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. El reajuste ordinario se podrá realizar cada doce (12) meses a partir de la puesta en vigencia de la Tarifa establecida en el Literal c) de la presente cláusula, y se llevará a cabo de acuerdo al siguiente método de ajuste de Tarifas:

$$\text{Peaje} = [(\text{US\$}1,50 + 50\%) \times \left(\frac{\text{CPI}}{\text{CPI}_0} \right) \times \text{TC}_0] + [(\text{US\$}1,50 + 50\%) \times \left(\frac{\text{IPC}}{\text{IPC}_0} \right) \times \text{TC}_0]$$

Peaje es el monto a cobrar en Nuevos Soles, sin incluir el Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, para vehículos livianos o por eje para vehículos pesados.

i es el mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.

0 es el mes de finalización de las obras de la Primera Etapa

CPI es el Índice de Precios al Consumidor (Consumer Price Index) de los Estados Unidos de América, publicado por el Departamento de Estadísticas

Por último, el Contrato estableció como mecanismo de solución el trato directo y el sometimiento a arbitraje, las controversias que surgieran en el marco de la ejecución del contrato, cuando vencido el plazo de trato directo, las partes no hayan logrado solucionar sus controversias, exceptuando el régimen tarifario regulado por el Ositran u otras decisiones de este organismo, en ejercicio de sus competencias.

Trato Directo

15.12.- Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas), serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

En el desarrollo del Contrato, el Concedente no entregó en los tiempos estimados la cantidad de predios para la construcción de la totalidad de la primera etapa. Motivo por el cual, el 14 de diciembre del 2006, acudió ante el Ositran para solicitar la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato. En esa línea, el 24 de enero del 2007, el Consejo Directivo de Ositran emitió la Resolución N° 010-2007-OSITRAN, interpretando el contenido de la Cláusula solicitada y indicando que, “Cabe señalar que, de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el Concedente podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege al interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de pajes, solo en el caso que efectivamente el Concesionario hubiese realizado las obras correspondiente”. Siendo admitida la entrega parcial de los predios para la construcción de las etapas del proyecto.

Asimismo, el 13 de junio del 2006, el Consejo Directivo de Ositran resolvió en línea con el párrafo precedente. Toda vez que señaló “el ajuste del nivel tarifario directamente correlacionado al cumplimiento de las inversiones realizadas, ya que la tarifa representa tanto la recuperación del monto invertido como la rentabilidad proyectada en la oferta formulada por el concesionario”. El Consejo Directivo mantuvo la postura en torno a que,

si el Concesionario no construía infraestructura, no podía implementar el ajuste tarifario, debido a que se afectaría el equilibrio económico financiero del Contrato.

En esa línea, las partes acordaron suscribir la Adenda N° 2 para mantener la ejecución de Contrato, en tanto que se estableció nuevos plazos y un nuevo cronograma de obra del proyecto. Toda vez que la finalidad de dicha adenda consistía en establecer el menor plazo posible para que los usuarios del proyecto pudieran usar la autopista ubicada en la ciudad de Chincha, en el marco del equilibrio económico – financiero del Contrato.

3. Proceso Arbitral

El 20 de diciembre del 2012, el Concesionario presentó la solicitud de demanda ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en aplicación del convenio arbitral contenido en la sección XV del contrato en torno a las controversias relacionadas a la vigencia del régimen tarifario en el desarrollo del Contrato.

Con lo cual, el 07 de enero del 2013, el Concedente absolvió la petición planteada por el Concesionario y ambas partes eligieron los árbitros que conformarían el Tribunal Arbitral. Siendo elegidos los siguientes Árbitros:

- Jorge Vega Velasco: Presidente del Tribunal Arbitral
- Luis Felipe Pardo Narváez (designado por el Concesionario)
- Juan Alberto Quintana Sánchez (designado por el Concedente)

Culminada la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral y dentro del plazo establecido para la interposición de la demanda, el 20 de marzo del 2013, el Concesionario presentó su demanda con la finalidad que el Tribunal Arbitral reconociera los derechos vinculados al régimen tarifario del Contrato. Siendo contestada la demanda por el Concedente dentro de los plazos establecidos en la normativa vigente de arbitraje. A modo de resumen, las pretensiones fueron las siguientes:

PRETENSIONES

Primera Pretensión Principal:

El Tribunal Arbitral debía declarar que el Concesionario tenía el derecho a un aumento o incremento efectivo de la tarifa a la aprobación de la culminación de la primera etapa, por primacía de lo querido entre las partes y no lo declarado en el contrato.

Primera Pretensión Alternativa:

El Tribunal Arbitral debía declarar que el ajuste tarifario previsto en el literal c) de la Cláusula 8.17 es un derecho a favor del Concesionario y no una obligación. Por lo cual, puede renunciar a la aplicación de dicho ajuste tarifario.

Asimismo, el Tribunal Arbitral debía declarar que la renuncia solo tenía alcance para el literal c) de la Cláusula 8.17, sin afectar el derecho al ajuste anual establecido en el literal d) de la misma Cláusula.

Segunda Pretensión Alternativa:

El Tribunal Arbitral debía declarar que el Concesionario culminó con todas las obras que podía realizar hasta el 20 de setiembre del 2009. Por lo que, tenía derecho a aplicar el ajuste previsto en el literal c) de la Cláusula 8.17, realizando previamente ciertos reajustes de acuerdo a lo establecido en el literal d) de dicha Cláusula.

Tercera Pretensión Alternativa:

El Tribunal Arbitral debía declarar que el Concesionario de aplicar el ajuste establecido en el literal c) de la Cláusula 8.17 se encontraría perjudicado por el TC vigente al 20 de setiembre del 2009. Siendo el perjuicio ocasionado por el incumplimiento en la entrega tardía de predios por parte del Concedente, debiendo recibir compensación por la reducción tarifaria.

Segunda Pretensión Principal:

El Tribunal Arbitral debía declarar que el Concesionario a la fecha de la demanda y hasta la fecha que efectivamente iba a culminar la primera etapa, venía aplicando la tarifa correcta.

Tercera Pretensión Principal:

El Tribunal Arbitral debía declarar el pago de costas y costos del proceso al Concesionario.

Posterior a ello, el 25 de junio del 2013, se realizó la Audiencia de determinación. En el cual, el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos que iban a ser objeto de su pronunciamiento, en su calidad de órgano colegiado.

Finalmente, el 18 de octubre del 2013, el Tribunal Arbitral resolvió las controversias planteadas por el Concesionario, reconociendo fundada la primera pretensión principal y la segunda pretensión principal del caso y declarando infundada el reconocimiento de costas y costos establecido en la tercera pretensión principal.

4. Otros antecedentes relevantes para el caso

4.1 Adendas vinculadas con la controversia

4.1.1 La Adenda N° 2, suscrita el 08 de abril del 2009, tuvo como finalidad modificar el Cronograma de Obras contenida en el Contrato. Mediante el cual, se habilitaba al Concesionario realizar las obras de la Primera Etapa, con la disponibilidad de los terrenos que habían sido expropiados para dicha fecha.

4.1.2 La Adenda N° 4, suscrita el 15 de junio del 2011, con la finalidad de adelantar el inicio de obras del sector Pampa Clarita y Chincha Alta. Cabe precisar que, en dicha adenda se incorporó el régimen económico de adelanto de inversiones, a través de una evaluación financiera, estableciendo el procedimiento de descuento a la retribución económica que se encontraba obligada a entregar el Concesionario, además se estableció el monto de incidencia financiera, ocasionado por adelanto de inversiones.

4.1.3 La Adenda N° 5, suscrita el 13 de agosto del 2012, realizó modificaciones en torno a la ejecución de las obras de Revegetación de la Berma Central y Revegetación de intercambios viales, ya que con dicha adenda se sustituyeron las obras de revegetación por ejecución de obras nuevas.

4.1.4 La Adenda N° 6, suscrita de fecha 30 de enero del 2015, se acordaron modificar y adelantar ciertas obras de la segunda y tercera etapa del contrato. Cabe precisar que, esta adenda se menciona, a pesar de haber sido emitida dos años después de la resolución por el Tribunal Arbitral, por implementar lo resuelto en el Laudo Arbitral del caso N° 2474-2012-CCL, de fecha 18 de octubre del 2013. Siendo las

modificaciones vinculadas al régimen tarifario establecido en la cláusula 8.17 del contrato. En lo que respecta al literal c) de la Cláusula 8.17, se estableció la conversión al TC a la fecha de suscripción del Contrato.

Modificación del Literal c) de la Cláusula 8.17

"c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a la fecha de Suscripción del Contrato de Concesión, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá derecho al cobro de dicha Tarifa a partir de la firma de la Adenda N° 6 y entrará en vigencia previa publicación de la modificación del Tarifario, conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Sin perjuicio de ello, para efectos de la primera aplicación de la fórmula de ajuste señalada en el literal d) siguiente, se considerará que (i) es el mes de diciembre de 2013."

Finalmente, el literal d) de la cláusula 8.17 fue modificado, variando las variables de la fórmula polinómica, ya que el componente i. en el contrato establecía el ajuste tarifario al mes anterior, entendido como mes anterior a agosto del 2009, por ser el mes previsto para el ajuste tarifario. Sin embargo, en la presente Adenda, el componente i. esta referida al mes de diciembre del 2013. Por otro lado, el componente o_0 de la fórmula, se tenía previsto en el contrato al mes de finalización de las obras de la primera etapa; es decir, al mes setiembre del 2009 para la IPC_0 y CPI_0 . Mientras que, en la redacción de la Adenda, se estableció para el TC_0 ser calculado a la fecha de suscripción del contrato correspondiente al 20 de setiembre del 2005.

Modificación del Literal c) de la Cláusula 8.17

"c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a la fecha de Suscripción del Contrato de Concesión, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA tendrá derecho al cobro de dicha Tarifa a partir de la firma de la Adenda N° 6 y entrará en vigencia previa publicación de la modificación del Tarifario, conforme a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Sin

PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿Las pretensiones formuladas por el Concesionario involucraban que el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre el régimen tarifario?
 - 1.1 ¿La Cláusula 15.12 habilita que un Tribunal Arbitral pueda conocer el régimen tarifario del Contrato?
 - 1.2 En relación al Contrato, ¿El Tribunal Arbitral se encontraba habilitado para aprobar el ajuste tarifario?
 - 1.3 ¿Cuál es el alcance y vigencia de derechos otorgados en el literal c) de la Cláusula 817, estos derechos se encuentran limitados por lo establecido en el literal d) de la cláusula 8.17?
 - 1.4 En el Contrato, ¿Cómo fue distribuida la asignación de riesgos referente al riesgo cambiario?
2. En el Laudo, ¿El Tribunal Arbitral interpreta o modifica el aumento o incremento efectivo de la tarifa que cobra el Concesionario a los usuarios de la concesión, a la fecha de culminación de la primera etapa?
 - 2.1 En relación al Contrato, ¿El Tribunal Arbitral se encuentra habilitado para interpretar el régimen tarifario?
 - 2.2 ¿Podría limitarse por acuerdo entre las partes la función del Ositran respecto a la interpretación de los contratos?
 - 2.3 ¿Las interpretaciones contractuales de Ositran pueden ser arbitrales?

ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS DEL LAUDO ARBITRAL DEL CASO N°2474-2012-CCL

1. ¿Las pretensiones formuladas por el Concesionario involucraban que el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre el régimen tarifario?

El primer problema jurídico consiste en determinar si el Tribunal Arbitral es competente para resolver las controversias sobre temas vinculados al régimen tarifario, en el marco de un arbitraje, en aplicación de la Cláusula del convenio arbitral del contrato. En ese sentido, se analizará si en base al marco normativo vigente, el Tribunal Arbitral podía resolver en torno a los alcances de la Cláusula 8.17 del Contrato.

1.1 ¿La Cláusula 15.12 habilita que un Tribunal Arbitral pueda conocer el régimen tarifario del Contrato?

El presente problema jurídico consiste en determinar los alcances del convenio arbitral establecido en el contrato y si ello, habilitaba al Tribunal Arbitral a resolver las controversias planteadas por el Concesionario. Siendo que, se sometió a arbitraje el reconocimiento del derecho al aumento de la tarifa, en favor del Concesionario, bajo el argumento de que el ajuste tarifario debía ser entendido como el aumento o incremento de la tarifa, pese a que dicha materia era la excepción prevista en la Cláusula 15.12 del contrato, la cual se refería al convenio arbitral.

En base a ello, el presente informe analizará en torno al convenio arbitral del Contrato, partiendo de dilucidar si la controversia en el caso era materia de libre disponibilidad de las partes. Siendo el convenio arbitral un acto o negocio jurídico sometido a requisitos de validez, de acuerdo a LGA vigente al momento que las partes suscribieron el contrato. Con lo cual, “para que un acuerdo arbitral sea válido, debe ser lícito. Es decir, la materia debe ser disponible por las partes y por ende, susceptible de ser ventilada en un arbitraje” (Gonzales de Cossío, 2018: 262). En efecto, para que una materia sea lícita y pueda ser sometida a arbitraje, bajo la normativa de arbitraje debe ser una materia de libre disposición de las partes.

Cabe precisar que, la Ley mediante la cual las partes celebraron la cláusula de convenio arbitral era la LGA. Mientras que la Ley que se encontraba vigente durante el desarrollo del proceso arbitral correspondía al Decreto Legislativo N° 1071.

Sobre la LGA, en el artículo 1 se establecía el objeto de arbitraje, restringiendo ciertas materias a la libre disponibilidad de las partes como por ejemplo la capacidad civil de las personas, las materias que versaban sobre orden público, ni tampoco las atribuciones o funciones concernientes al ius imperium del Estado o de organismos con competencias de derecho público (Vidal Ramírez, 2003, págs. 575-576). Siendo que, el objeto del convenio arbitral era el mismo objeto que se sometía a arbitraje, establecida por autonomía de las partes en la celebración del contrato.

Como se ha señalado, en el desarrollo del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral sometió a su análisis las controversias planteadas por el Concesionario, en aplicación del convenio arbitral. Siendo que, en el año 2013, fecha en que se desarrollo el proceso arbitral, se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1071. Al respecto, el convenio arbitral era entendida como un contrato que creaba obligaciones entre las partes. “El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de construir estructuralmente un negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan alejado del contractualismo, como el procesal. La funcionalidad procesal del arbitraje no se justifica en el contractualismo” (Lohmann Luca de Tena, 2002, pág. 73). Motivo por el cual, el convenio arbitral vinculaba a las partes con la finalidad de someter a arbitraje todas o ciertas controversias que puedan surgir en su relación jurídica. Conforme con lo que señala el artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1071, sobre el contenido del convenio arbitral:

“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

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 de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”

Ahora bien, las partes en el contrato habían establecido el arbitraje como medio de solución de controversia, de acuerdo a lo indicado en las Cláusulas 15.12 y 15.13 de la Sección XV del contrato, referido al régimen de Solución de Controversias. Es así que, las controversias de carácter técnico y no técnico debían ser resueltas por un Tribunal Arbitral, cuando las partes por trato directo no arriben a una solución.

Cabe precisar que, el presente informe no pretende discutir el arbitraje como medio de solución de controversia, ya que las partes habían establecido el arbitraje como vía de solución, cuando el trato directo no funcionara como medio de solución. Sin embargo, lo que se discute en el presente informe es que el Concesionario haya acudido al arbitraje, pretendiendo el reconocimiento de derechos vinculados al régimen tarifario, en aplicación de la Cláusula del convenio arbitral. El problema que se presenta es que el régimen tarifario era un materia excluida por las partes en dicha cláusula, ya que se reconoció que el régimen tarifario regulado por el regulador, debía ser reclamado en la vía administrativa.

Se debe tener presente que, las partes tenían la intención de resolver sus conflictos mediante mecanismos más celeres que acudir ante un proceso judicial. Por ello, debían resolverse mediante trato directo durante el plazo de quince (15) días, vencido dicho plazo, debían ponerse de acuerdo respecto a la naturaleza que debían someter a arbitraje. Sin embargo, se advierte que el Concesionario, en aplicación de dicha cláusula sometió ante el Tribunal Arbitral el reconocimiento de derechos que no formaban parte de las materias susceptible de ser sometidas en arbitraje, desvirtuando el contenido de la cláusula de convenio arbitral. En ese sentido, son “las propias partes las pueden limitar el ámbito de operatividad del convenio arbitral limitando su aplicación solo a ciertas controversias o excluyendo en forma expresa aquellas controversias que, siendo susceptibles de arbitraje, no desean someterlas a la competencia arbitral, pudiendo restringir ciertas controversias a arbitraje” (Barchi Velaochaga, 2013, pág. 100). En este punto, cabe preguntarse que en relación al caso, cuando las partes decidieron someter todos los conflictos con relevancia jurídica, también incluía a las cuestiones que no derivaban directamente de la relación contractual. Sin embargo, en atención a la fecha en la cual, las partes celebraron el contrato, se desprende que la excepción que contenía estaba referida a los actos de *ius imperium* de la Administración.

En esa línea, es necesario analizar si lo sometido a controversia en el caso, era una materia de libre disposición de las partes, ya que las mismas partes habían señalado como excepción a las materias susceptibles de arbitraje, lo vinculado al régimen tarifario regulado por el regulador. Al respecto, para determinar el alcance de la jurisdicción arbitral es necesario efectuar un doble análisis. En primer lugar, se analiza la validez de

la cláusula arbitral y luego de ello, el alcance de dicho convenio arbitral, en torno a las materias que son consideradas libre disposición. Ello ligado a la noción de arbitralidad, “La arbitrabilidad objetiva es, en sustancia, la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros” (Roque J, 2015, pág. 64). Siendo que, el arbitraje debe referirse a derechos que legalmente podían someterse a arbitraje. Sin embargo, no existe un numerus clausus cerrado sobre las cuestiones que pueden ser materia de arbitraje, ello dado que nuestra actual legislación, establece un criterio general para determinar el contenido de las materias susceptibles de arbitraje, de conformidad a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071:

“Artículo 2.- “Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.(...)”

Para ello, a fin de definir el contenido de dichas materias se recurre a distintas “clasificaciones, ya que algunas aluden al contenido patrimonial de la misma, otras se refieren al contenido económicos y otras consideran el concepto de transigibilidad” (Roque J, 2015, pág. 65) . En relación a ello, en el presente informe se considerará el contenido patrimonial de los derechos disponibles por las partes, exceptuando el régimen tarifario regulado por el regulado, por no ser competencia del Tribunal Arbitral.

En efecto, se advierte que las partes en el Contrato establecieron en la Cláusula 15.12 como medio de solución de controversia el trato directo, indicando lo siguiente:

“Trato Directo

15.12.- Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respeto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión (**con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas**), serán resuelto por trato directo entre las Partes implicadas (...)”

Al respecto, cabe mencionar que el Tribunal Arbitral consideró que las controversias planteadas por el Concesionario en arbitraje, eran materias de libre disposición. Motivo por el cual se resolvió interpretando la cláusula 8.17 del Contrato, referido al régimen

tarifario, pese a que la Cláusula de convenio arbitral establecida como excepción lo referido a dicha materia. A modo de resumen, se señalará las pretensiones del caso y si ello, afectaba el límite establecido en la Cláusula 15.12 del Contrato.

Pretensiones	¿Afecta el límite de la cláusula 15.12
<p><i>Que el Tribunal Arbitral declare que el Concesionario tiene derecho a un aumento o incremento efectivo de la tarifa, a la aprobación de la culminación de la Primera etapa, basado en la común intención de las partes</i></p>	<p>Si, porque mediante interpretación del Contrato se esta revisando la tarifa, a fin de afirmar al ajuste tarifario como un aumento o incremento real de la tarifa. En otras palabras, se entendía como derecho el ajuste tarifario. Lo cual, corresponde realizar al Ositran, en el marco de sus competencias.</p>
<p><i>Que el Tribunal Arbitral reconozca que si en caso, el Concesionario decida no aplicar el ajuste tarifario contenido en el literal c) de la cláusula 8.17, el Concesionario tiene derecho a continuar cobrando la Tarifa de Peaje actual</i></p>	<p>Si, porque mediante el arbitraje se esta sometiendo la creación de derechos. Ello, en relación al ajuste tarifario se buscaba el reconocimiento como derecho y no como obligación. Siendo en este caso, conveniente el esclarecimiento de la cláusula a través del procedimiento de interpretación realizado por Ositran, por abordar en torno al régimen tarifario.</p>
<p><i>Que el Tribunal Arbitral declare que el Concesionario tiene derecho al cobro de la Tarifa de US\$1.50, conforme a lo dispuesto en el literal c) de la cláusula 8.17</i></p>	<p>Si, dado que se buscaba la interpretación del contrato y con ello, el Concesionario tenga a través de lo afirmado por el Tribunal, el derecho a un aumento o incremento tarifario. Lo cual debía ser interpretado por Ositran, más aún por ser el organismo con competencia para evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión.</p>

<p><i>Que, el Tribunal Arbitral declare que el retraso en la culminación de la Primera etapa se debe a incumplimiento del Concedente y, por ende, la reducción de la tarifa que resulte de la aplicación de la fórmula de reajuste fijado en el contrato, debiendo el Concedente pagar una compensación por daños y perjuicios.</i></p>	<p>Si, porque el retraso en la culminación de la Primera etapa alegada por el Concesionario, partía de determinar si el Concedente incumplió con la entrega oportuna de predios. Siendo ello, competencia de Ositran, determinar si la entrega de predios fue oportuna y si ello, ocasionó reducción al ajuste tarifario, por encontrarse habilitado a revisar lo referente al régimen tarifario.</p>
<p><i>Que el Tribunal Arbitral declare que, hasta la fecha de la demanda, el Concesionario ha venido aplicando correctamente la Tarifa de Peaje.</i></p>	<p>Si, porque determinar si la tarifa cobrada por el Concesionario, a la fecha de la demanda, era la correcta, ya que ello debía ser evaluado por Ositran, por vincularse al régimen tarifario que previamente fue revisado, en calidad de revisor de las tarifas fijadas por las partes antes de la suscripción del Contrato.</p>

De la lectura de las pretensiones, se tiene que todas versan en torno al régimen tarifario establecido en el contrato. Siendo que el Tribunal Arbitral no tenía competencia para revisar sobre el ajuste de la tarifa, más aún porque las partes habían establecido como competencia de Ositran, lo referido al régimen tarifario y ello además, tiene relación con la LGA, ley vigente al momento de la celebración del contrato, que exceptuaba del contenido de las cláusulas arbitrables, aquellas vinculadas a los actos de ius de la Administración. A partir de ello, resulta pertinente analizar el ajuste tarifario establecido en el Contrato, partiendo del alcance de los literales c) y d) de la cláusula 8.17 del Contrato.

1.2 En relación al Contrato, ¿El Tribunal Arbitral se encontraba habilitado para aprobar el ajuste tarifario?

Toda revisión de las tarifas en el caso de las carreteras debe basarse en un análisis imparcial, lo cual corresponde al Ositran por ser su competencia, de conformidad del Principio de Legalidad establecido en el TUO de la LPAG, en tanto se encuentra habilitado de realizar todas aquellas facultades conferidas y atribuidas por la Administración. Ello tiene sentido en relación a que suponer que el Concesionario se encuentre habilitado para establecer de manera libre tarifa, sería desconocer las funciones atribuidas al Ositran como organismo supervisor de la inversión en Infraestructura. Además, se estaría ante un escenario de indefensión del usuario que usa dicha infraestructura, ya que sería el más afectado, al ser un mercado sin competencia. Esto además, generaría una obligación impuesta a dicho usuario, al encontrarse obligado de aceptar la oferta de tarifa establecida por el Concesionario. Razón por la cual, interviene el Ositran, a fin de revisar como un tercero imparcial, el monto de las tarifas planteadas en el marco de un contrato de concesión.

En relación al contrato, el ajuste de la tarifa había sido establecido por las partes, antes de la suscripción del contrato y en su momento, fue revisado por el Ositran y otros organismos que intervienen para mantener la tarifa dentro de los topes razonables del mercado. Dichos organismos interviene dentro de las facultades conferidas por el TUO de las Concesiones, el cual menciona en el artículo 30 lo siguiente:

“Artículo 30.- Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes (...)

b) Fiscalizar el cumplimiento del contrato en sus aspectos de ejecución, explotación y cobro de tarifas u otros cobros previstos como retribución por los servicios prestados.(...)” (Subrayado es nuestro)

Asimismo, las partes reconocieron las facultades del Ositran, en lo referente al cobro de peaje, ya que el literal d) de la cláusula 13.7 del Contrato establecía lo siguiente:

“13.7.- Entre otras actividades, corresponderá al REGULADOR fiscalizar el cumplimiento por parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de las siguientes obligaciones:

d) Controlar el cumplimiento del cobro del Peaje”

En esa línea, se puede afirmar que las partes reconocieron las competencias de Ositran en diversas Cláusulas del contrato, como las mencionadas en los párrafos precedentes. Ello

tiene sentido, bajo la idea de que “si el Concesionario tuviera la facultad de modificar las tarifas, sin previa revisión del regulador, ello impactaría en el aumento sustancial del riesgo regulatorio y político de la concesión, más aún porque representa una clara vulneración de las competencias del Ositran en materia tarifaria”. (Christy, 2006, pág. 246). Por lo que, en el caso de carreteras se requiere de la intervención del Ositran, dado que brinda un análisis técnico e imparcial. Al respecto, sobre Ositran, organismo creado mediante la Ley N° 26917 como Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso público, en el año 1998, estableció que este debía regular el comportamiento de las entidades prestadoras de los servicios en el mercado; así como supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión, con la finalidad de salvaguardar los intereses del Estado, de los inversionistas y sobretodo de los usuarios.

Conforme a las funciones conferidas al Ositran se le asignó operar el sistema tarifario, fijando las tarifas de peaje en el caso que no existiera competencia y en los contratos de concesión, debía velar por el cumplimiento de lo establecido por las partes en dichos contratos. En ese sentido, como objetivo del Ositran, el TUO de la Concesiones establecía en el numeral b) del artículo 5, lo siguiente:

“Artículo 5.- Objetivos

Ositran tiene los siguientes objetivos:

b) Velar por el cabal cumplimiento de tarifas, peajes u otros cobros similares que Ositran fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.”

Asimismo, el Ositran se encontraba reconocido por las partes con la finalidad que revise el cumplimiento de las tarifas y otros mecanismos establecidos en el Contrato para la recuperación de la inversión del Concesionario. En ese sentido, las competencias del Ositran estaban vinculadas a supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales, derivadas del Contrato y en relación con la normativa vigente al momento de suscripción del contrato. Siendo el motivo por el cual, las partes en la Cláusula 1.5 del Contrato, mencionan sobre el Ositran, lo siguiente:

“1.5.- En este contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

REGULADOR

Es el Ositran – Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, de acuerdo a lo que dispone la Ley N° 26917 y sus Normas Reglamentarias,

complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el Artículo 7º del reglamento que aprueba el Decreto Supremo N° 010-2001-PCM), son de observancia y cumplimiento obligatorio para la SOCIEDAD CONCESIONARIA”.

Con lo cual, las partes establecieron que en lo relativo al contrato, resultaba aplicable lo establecido en la Ley 26917. Siendo así que, las partes reconocieron a Ositran, como el organismo encargado de velar condiciones establecidas en el Contrato.

La facultad de Ositran para emitir opinión técnica en lo referido al régimen tarifario de un contrato de Concesión, están referidas al momento antes de la suscripción del Contrato, considerada dicha opinión como acto administrativo. “El cual “constituye una declaración habida cuenta que exterioriza un proceso de tipo intelectual, (...) siendo comportamientos materiales que se traducen en una actividad física de la Administración. Dentro del concepto de declaración se comprenden tanto las típicas declaraciones de voluntad, como las de conocimiento y de opinión o juicio“ (Cassagne, 2010, pág. 123). En ese sentido, el Ositran en el ámbito de sus competencias, revisa las tarifas aplicables a los servicios brindados por el Concesionario, en el desarrollo de la infraestructura de transporte. Asimismo, el Ositran revisa las tarifas establecidas, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento General de Tarifas.. En ese contexto, la determinación del régimen tarifario era competencia de las partes, siempre revisado por Ositran, mediante las opiniones que emite en el marco de un proyecto de concesión. Asimismo, el artículo 7 de la Ley N° 26917, reconocía como función del Ositran el operar el sistema de tarifas:

“Artículo 7. – Funciones

7.1. Las principales funciones de Ositran son las siguientes:

(...)

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

- i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.

- ii. **En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.** (subrayado es nuestro)
- iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado. ^{12,}

En esa línea, el artículo 16 de Reglamento General de Ositran, mencionaba que el Ositran, tenía la facultad para regular, fijar, revisar o desregular las tarifas de los servicios y actividades que deriven de la explotación de la infraestructura, en virtud de un título contractual como los otorgados al Concesionario en el Contrato.

En ese contexto, resulta pertinente mencionar que los Organismos Reguladores de Servicios Públicos, en el caso del Perú, ejercen potestades de regulación económica principalmente en la determinación de tarifas, cuya actuación surge en el desarrollo de la inversión privada en la infraestructura de obra o de servicios públicos. Ello como parte de su función reguladora, garantizando así un marco institucional de seguridad y estabilidad en las actividades de explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Por lo expuesto, la aprobación del ajuste tarifario del Contrato, había sido previamente revisado por el Ositran y cualquier ajuste que las partes pretendieran, en el marco del desarrollo del Contrato, debían ser evaluadas también ante el Ositran y no ante el Tribunal Arbitral como alega el Concesionario, de conformidad a las competencias conferidas por ley, al Ositran, dado que entre las principales funciones del Ositran se encontraba velar por el cabal cumplimiento de lo establecido en los contratos de concesión, derivados de las actividades de explotación en infraestructura, siendo el régimen tarifario parte de dichos contratos.

En este punto, resulta pertinente mencionar que el régimen tarifario-financiero, previsto en el literal c) de la cláusula 8.17 del contrato de Concesión estaba determinado a la conversión en moneda nacional de dicho ajuste, previsto a la culminación de la primera etapa. Siendo que, el régimen tarifario en los contratos de Concesión fueron establecidos como mecanismos de recuperación de la inversión del Concesionario. Sin embargo, el ajuste tarifario no puede ser entendido como un incremento de la tarifa en el Contrato,

dado que las concesiones por lo general son la forma contractual para materializar las APP's, distribuyéndose diversos riesgos entre las partes de la Concesión, siendo el ajuste tarifario, derivado de un riesgo al TC asignado al Concesionario.

Al respecto, “la regulación tarifaria tiene por objeto fijar una contraprestación a pagar por los usuarios del servicio que consiste en el costo económico de brindar el servicio en las condiciones de calidad previstos para la concesión”. (Salinas, 2016, pág. 318). Por lo cual, los mecanismos de ajuste de tarifas suelen utilizarse con el objetivo de mantener el valor de los costos referidos a la operación del proyecto. Cabe señalar que, son establecidos por las partes, sometido a la revisión de Ositran, por ser su competencia.

Ahora bien, las controversias surgidas en el Contrato, si eran de carácter patrimonial, pero no eran materias disponibles por las partes, ya que el Concesionario pretendía mediante arbitraje, que se reconociera al ajuste tarifario como aumento o incremento de la tarifa. En contraste al ajuste tarifario establecido en el Contrato:

“8.17 El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los Estudios Técnicos, que regulan las tarifas que estará autorizada a cobrar la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la Explotación del Área de Concesión, conforme lo siguiente:

c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.⁸

Conforme a lo mencionado, la tarifa había sido establecida por las partes en el Contrato, pero ello no suponía el incremento tarifario alegado por el Concesionario. Más aún, de la lectura del literal c) de la Cláusula 8.17 se desprende que el TC era una de las variables que contenía el ajuste tarifario. Siendo este ajuste tarifario, el único previsto en el Contrato. Por lo que, el ajuste tarifario o cualquier incremento solicitado por las partes, debía ser realizado ante Ositran, en el marco de sus competencias.

1.3¿Cuál es el alcance y vigencia de derechos otorgados en el literal c) de la Cláusula 817, estos derechos se encuentran limitados por lo establecido en el literal d) de la cláusula 8.17?

Teniendo en consideración que el Concesionario mencionaba como argumento de sus pretensiones, la real intención de las partes sobre la base a los artículos 1361 y 1362 del Código Civil. Cabe precisar que, el referido ajuste tarifario se encontraba establecido en relación con el literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, ya que en dicha Cláusula se establecía la fórmula polinómica, así como otros mecanismos de ajuste ordinarios y extraordinarios.

Motivo por el cual, el Concesionario pretendía aplicar el ajuste extraordinario contenido en el literal d) de la Cláusula 8.17 a fin de que el TC del año 2009, no generará ningún perjuicio en el recupero de sus inversiones. Sin embargo, se puede señalar que, mediante arbitraje, el Concesionario pretendía revertir ciertos riesgos asignados antes de la suscripción del Contrato.

En ese contexto, a fin de mayor entendimiento, indicaremos lo establecido en el literal d) de la Cláusula 8.17 del contrato:

“8.17 d) Los Peajes, a partir de la aprobación de la culminación de las obras de la Primera Etapa, podrán ser reajustados en forma ordinaria por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. El reajuste ordinario se podrá realizar cada doce (12) meses a partir de la puesta en vigencia de la Tarifa establecida en el Literal c) de la presente cláusula, y se llevará a cabo de acuerdo con el siguiente método de ajuste de Tarifas¹⁰.

$$Peaje = [(US\$1,50 * 50\%) \times \left(\frac{CPI_i}{CPI_0} \right) \times TC_i] + [(US\$1,50 * 50\%) \times \left(\frac{IPC_i}{IPC_0} \right) \times TC_0]$$

Peaje es el monto a cobrar en Nuevos Soles, sin incluir el Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, para vehículos livianos o por eje para vehículos pesados.

i es el mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.

0 es el mes de finalización de las obras de la Primera Etapa

CPI es el Índice de Precios al Consumidor (Consumer Price Index) de los Estados Unidos de América, publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales (The Bureau of Labour Statistics). Para el mes *i* de ajuste se utilizará

el CPI publicado para el mes anterior. En caso de no haber sido publicado se utilizará el del mes precedente.

TC es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula primera del presente Contrato.

IPC es el Índice de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

No obstante, para la aplicación de dicho ajuste, previamente el Concesionario tenía que haber puesto en vigencia la tarifa establecida en el literal c), aplicando al TC vigente a la culminación de la primera etapa. Sin embargo, al revisar el TC de cambio vigente a setiembre del 2009, el TC se había reducido al monto previsto por las partes, antes de la suscripción del Contrato.

Cabe señalar que, el Concesionario mediante la interposición de la demanda pretendía trasladar el riesgo del TC al Concedente. No obstante, ello no se encuentra sustentado bajo la lógica de las APP's, ya que se fomentó los proyectos de infraestructura, bajo la promoción de la inversión privada, a fin de que el Concedente o en este caso, el estado Peruano no asuma todos los riesgos que derivan de la ejecución de una obra. Por lo que, si el TC había disminuido para la fecha prevista como culminación de la primera etapa, ello debía ser reajustado mediante solicitud ante Ositran y ser evaluado por ambas partes del Contrato.

Además, el Concesionario a la fecha de la interposición de la demanda, venía aplicando una tarifa superior al que hubiera percibido de aplicarse, el ajuste tarifario establecido en el literal c) de la Cláusula 8.17.

Más aún, en sede arbitral, no se puede solicitarse la incorporación o reconocimiento de derechos no contemplados por las partes. Siendo que cualquier configuración de las tarifas, deben ser previamente evaluadas por el Ositran, de conformidad a sus

competencias. En razón a que, esta encargado de velar por el cumplimiento de las condiciones establecidas en los contratos de concesión, a fin de salvaguardar los intereses de los usuarios.

Por lo que, no es cierto lo indicado por el Concesionario, al solicitar el reconocimiento de derechos en sede arbitral, ya que implícitamente esta pretendiendo que el Tribunal Arbitral determine sobre el régimen tarifario, desvirtuando el contenido del Contrato. Asimismo, sostener el incremento o aumento tarifario en relación a los documentos emitidos por la Administración durante la Licitación Pública, como el Informe “Esquema Económico Financiero”, termina desvirtuando la asignación de riesgos previstos en los contratos de Concesión, ya que el TC era un estimado al momento de elaborar las bases o pedir opinión técnica a consultores externos.

Por lo que, no es cierto lo indicado por el Concesionario, ya que el ajuste tarifario del Contrato contenía el TC, riesgo asumido por el Concesionario, en el marco de las concesiones y ello, no corresponde a ser evaluado por el Tribunal Arbitral, por ser competencia de Ositrán realizar los mecanismos de ajustes o modificación al Contrato.

1.3 En el Contrato, ¿Cómo fue distribuida la asignación de riesgos referente al riesgo cambiario?

El Concesionario señala que de los actos y documentos generados en la Licitación Pública, se desprende la verdadera intención de las partes. Sin embargo, el TC era un riesgo atribuido al Concesionario que no debía ser evaluado ni reconocido por el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, la asignación del TC era distribuido al Concesionario, de conformidad a lo establecido en el numeral 31.1 del artículo 31 de las Bases de Licitación.

Artículo 31.-

1.- El Concesionario asumía el riesgo y ventura de su propuesta económica, debiendo basar su decisión en sus propias investigaciones, exámenes, inspección. (...) ¹⁹

Siendo que el análisis para ser postor, es un análisis realizado por el mismo, con la finalidad de evaluar la rentabilidad de su inversión, no es un análisis realizado por el estado, sino por aquel privado que participa en calidad de postor, en el marco de una licitación.

Cabe precisar que, según la lectura de la cláusula 8.17, el riesgo cambiario estaba asociada a la tarifa. Sumado a que, el Concesionario no ancló el valor del tipo de cambio a una

fecha específica, sino por el contrario, estaba condicionada a una actividad vinculada al Concedente, quien debía entregar los predios para que el Concesionario pueda realizar las obras de la primera etapa y a su culminación, solicitar el reajuste tarifario, de conformidad a lo indicado en el literal c) del numeral 8.17 de la cláusula 8 del contrato. A su vez, el esquema económico financiero, de fecha mayo del 2005, establecía sobre el riesgo del mercado.

Riesgo de Mercado .-

2. Crecimiento de demanda: Riesgo asumido por el inversionista Mitigado mediante un esquema de inversiones “Bases” que considera tasas de crecimiento conservadoras. Posibilidad de ajustar dichas inversiones en función al crecimiento real del tráfico.
3. Incremento de tarifas: Riesgo que debe ser superado al inicio de la concesión. Al momento de obtener financiamiento, este riesgo se encontrará casi totalmente mitigado (hay un incremento adicional poco significativo luego de inaugurar las obras(...))²⁰

Por lo que, en sede Arbitral no puede intercambiarse ni redistribuirse los riesgos como el TC, previamente asignado al Concesionario. Ello en base a que, las bases del Contrato, habían establecido el Riesgo de Mercado y además, el ajuste tarifario, también contemplaba el TC, pero no como incremento de tarifa.

2. ¿En el Laudo, ¿El Tribunal Arbitral interpreta o modifica el aumento o incremento efectivo de la tarifa que cobra el Concesionario a los usuarios de la concesión, a la fecha de culminación de la primera etapa?

2.1 En relación al Contrato, ¿El Tribunal Arbitral se encuentra habilitado para interpretar el régimen tarifario?

El aumento tarifario operaba a la culminación de las obras realizadas por el Concesionario. Sin embargo, la aplicación de la cláusula 8.17 c) del contrato otorgaba un derecho al Concesionario. Sin embargo, el Ositran dentro de sus competencias, tenía al momento de la celebración del contrato, el interpretar los contratos de Concesión.

Más aún, porque los contratos de Concesión tienen naturaleza de contrato administrativo. Si bien, las partes han establecido la interpretación del mismo, en orden de prelación, al

Contrato y luego las bases. En ese sentido, de no encontrarse ninguna interpretación razonable al contrato, debía ser analizado con las normas de derecho público y por último, recién debían analizar los artículos del código civil.

3.1 ¿Podría limitarse por acuerdo entre las partes la función del Ositran respecto a la interpretación de los contratos?

El Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en infraestructura de transporte de uso público – Ositran, establece lo siguiente:

“Artículo 16.- Función Reguladora

Función Reguladora El Ositran **regula, fija, revisa o desregula** las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual, así como los Cargos de Acceso por la utilización de las Facilidades Esenciales. Asimismo, establece las reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y el establecimiento de los sistemas tarifarios que incluyan los principios y reglas para la aplicación de tarifas, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto.”¹³

Ello en relación a la forma como se ha regulado el ajuste tarifario en el contrato de concesión. Se desprende que se aplicará dicho ajuste al momento establecido en el contrato de concesión. Sumado a ello, dicho contrato estableció las tarifas máximas que debían ser aplicadas al contrato. Las cuales previamente han sido establecidas por las partes y revisadas por el regulador.

De la lectura a las Leyes N° 26917 y N° 27332, se encuentra que el Ositran tiene la facultad de regular los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras públicas o privadas. En tal sentido, Ositran **regula, supervisa y fiscaliza** a las Entidades Prestadoras que tienen encargadas la explotación de la infraestructura en materia de transporte de uso público.

Como parte de su función reguladora, a través de su Consejo Directivo, Ositran determina las tarifas, ya sean mediante procesos de fijación, en los cuales no exista competencia. Así también, realiza la revisión de las tarifas, vinculado a los servicios derivados de la explotación que se encuentran bajo su ámbito.

Siendo que, Ositran se encuentra facultado a llevar a cabo una revisión integral del Sistema Tarifario, establecido en el contrato de concesión, con la finalidad de verificar que las condiciones estructurales no afecten al comportamiento del mercado, generando distorsiones al sistema tarifario.

En ese sentido, cabe mencionar que el literal b) del inciso 3.1 del artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, menciona sobre la función reguladora que comprende la facultad de fijar tarifas.

Por lo que, en este extremo, se evidencia el rol de Ositran no solo se refería a la fijación de tarifas, sino también a la interpretación de los contratos de Concesión. Ello con la finalidad de velar porque las condiciones establecidas en el contrato, cuya naturaleza corresponde a la naturaleza administrativa. En ese sentido, no resulta razonable la aplicación de normas del código civil, sin previamente no se revisan las normas de derecho público. Más aún, porque la función de interpretar los títulos otorgados a los Concesionarios, durante el desarrollo de la concesión, ha sido otorgada por mandato de ley, al Ositran.

Cabe señalar que, “el procedimiento de interpretación del contenido del contrato de concesión puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Asimismo, pueden solicitar la interpretación del contrato de concesión: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados”.¹⁴ Siendo el artículo 29 del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, indica sobre la interpretación de los contratos de concesión.

“Artículo 29.- Interpretación de los Contrato de Concesión

“Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de infraestructura (...)

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus anexos, bases de licitación y circulares.”¹⁵

Asimismo, el inciso d) del artículo 53º del Reglamento General de Ositran, precisa que la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales se realiza las actividades de explotación.

Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

d) Ejercer la función de interpretar en virtud de las cuales las Entidades Prestadoras, realizan sus actividades de explotación, dicha interpretación esta 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 licitación y las circulares.¹⁶

Cabe precisar que, la función de interpretación del Ositran esta reconocida mediante Ley expresa. No obstante, de la lectura de dichos artículos, no se desprende los alcances de dicha facultad de Ositran. Siendo que muchas veces, el mismo regulador ha desvirtuado la función de interpretación de contratos, actuando en algunos casos como medio de solución de controversias.

Según Martin Tirado (s/f), la función de interpretación del Ositran se materializa de dos formas: “(i) en primer lugar, emitiendo opiniones en el marco de la ejecución del contrato de concesión; y, (ii) en segundo lugar, emitiendo “opiniones previas” de manera excepcional, donde la ley así lo faculte”. La función interpretativa de Ositran estaba prevista con la finalidad de aclarar o explicar el sentido del Contrato, respecto a la redacción del mismo o cuando de ser el caso, surgieran nuevos marcos normativos, con los cuales sería necesario la interpretación del Contrato, a fin de evitar disputas entre las partes. En relación a ello, se debe tener en cuenta, que en el caso, eran las partes quienes en primer lugar están habilitadas a resolverlo a excepción del régimen tarifario. Lo cual fue reconocido en la cláusula 15.3 del contrato de concesión.

“15.3 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”¹⁷

Si bien, son las partes que, mediante trato directo, pueden resolver sus controversias, pero si ello no resultase en una vía de solución, pueden acudir al fuero arbitral como ocurrió en el presente caso. Sin embargo, la decisión que adopte el órgano colegiado no puede inmiscuirse ni ser limitativa a las competencias interpretativas del Ositran.

Asimismo, el Tribunal Arbitral incurre en error, toda vez que indica que se ceñirá a la interpretación del Contrato, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones de las partes establecidas en el mismo. Sin embargo, el Tribunal termina interpretando cláusulas cuya naturaleza no solo era contractual, sino también en materia tarifaria. Siendo esto último, competencia de Ositran.

Más aún, considerando que las partes han reconocido que el régimen tarifario no es materia disponible entre las partes. Por lo que, en este extremo, la función interpretativa del Ositran no puede encontrarse limitada, ya que aceptar dicha limitación nos llevaría a la incompatibilidad del contrato con las normas referidas a las potestades del regulador, el cual busca garantizar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato, para salvaguardar el interés del usuario.

Con ello, el regulador verifica el cumplimiento de las obligaciones y condiciones establecidas en el contrato de concesión, otorgándole así una especie de blindaje respecto de los intereses de las partes.

Siendo que, Ositran no genera ni modifica derechos y menos aún extingue derechos, sino lo que hace es emitir actos administrativos que interpretan los derechos y obligaciones existentes en el contrato de concesión, y si fuera el caso, que una de las partes en un contrato, no se encuentre acorde con la interpretación del Ositran, puede interponer recursos administrativos, pero no acudir ante el fuero arbitral buscando la revisión de la interpretación emitida por el regulador.

Cabe resaltar, que la interpretación de las cláusulas contenidas en el contrato de concesión, están correlacionadas con el contexto en general y sobretodo, con el fin económico que persiguen. Por lo que, al someter a arbitraje la interpretación contractual realizada por el regulador, se estaría desnaturalizando la actuación arbitral.

En ese contexto, señalamos que el concepto de arbitraje, señalado por el Tribunal Constitucional (2006), refiere lo siguiente:

”Arbitraje como la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, cuyo alcance no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales”¹⁸

Por lo que, la actuación del órgano colegiado debía respetar las facultades atribuidas al Ositran. Sin embargo, realizó una interpretación de las cláusulas vinculadas al régimen tarifario, en beneficio del Concesionario. Con ello, se reconoció al incremento de la tarifa como el ajuste tarifario establecido en el contrato y generando una modificación unilateral del contenido del Contrato. Además, la resolución del Tribunal Arbitral arribó en la suscripción de la Adenda N° 6, ya que se modificó el TC y ciertos criterios de la fórmula polinómica al TC vigente a la suscripción del Contrato, como también a la fecha prevista inicialmente para la culminación de la primera etapa. Por último, se consideró en dicha modificación la fecha de emisión del Laudo para determinar una variable de dicha fórmula de ajuste tarifario.

Por lo que, en este extremo, se desestima lo alegado por el Concesionario. Toda vez que, la interpretación del Contrato debía ser realizada por Ositran, en el ámbito de sus competencia y no por el Tribunal Arbitral, más aún cuando la finalidad de la interpretación arribó en la modificación unilateral del Contrato, plasmada mediante Adenda N° 6.

CONCLUSIONES

El presente informe ha desarrollado los principales problemas jurídicos identificados en el Laudo Arbitral del Caso N° 2474-2012-CCL, en el marco del proceso arbitral interpuesto en el desarrollo de la Concesión Vial N° 6.

- En primer lugar, se analizó en torno al régimen tarifario del contrato y si ello podía ser sometido a arbitraje, bajo el desarrollo de las materias disponibles entre las partes para ser resueltas en aplicación del convenio arbitral, ante un órgano colegiado. Seguidamente, se analizó los alcances del régimen tarifario, establecidos en el contrato, dentro de los literales c) y d) de la cláusula 8.17. En esa misma línea, se desarrolló si el Tribunal Arbitral tenía competencia para resolver en torno al régimen tarifario vinculado al riesgo de TC.
- Posterior a ello, se procedió a evaluar, si el Tribunal Arbitral debía interpretar las Cláusulas vinculadas al régimen tarifario o si ello, correspondía al Ositran, en el ámbito de sus competencias, por ser este el organismo habilitado para interpretar los títulos habilitantes conferidos en Concesión a los Concesionarios.
- Finalmente, se determinó del análisis realizado, que el Tribunal Arbitral excedió el ámbito de sus competencias. Ello en relación a que, la materia sometida a arbitraje por el Concesionario, estaba vinculada al régimen tarifario, materia que previamente había sido excluida por las partes en el convenio arbitral establecido en la Cláusula 15.12 del Contrato. Asimismo, sobre la interpretación del Contrato, se concluye que el Ositran era el organismo habilitado a interpretar, ya que la naturaleza de las concesiones deriva de un carácter administrativo. Siendo para ello, la aplicación del contrato, las bases y sobre todo las normas de derecho público, a fin de solucionar las controversias que surjan en el desarrollo de los Contratos de Concesión. Por lo que, el Tribunal Arbitral no resolvió, de acuerdo a sus competencias, pese a que todo ello debía ser evaluado en sede administrativa, por el Ositran.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Alfredo, B. G. (2011). *Art. 14.- Extensión del convenio arbitral*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Antonietta, Q. M. (2002). *Arbitraje, Ius Imperium y Contratos de Concesión* (Vols. Número 2, pp741-755). Lima: Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales.
- A., S. C. (2011). *Art. 13.- Contenido y forma del convenio arbitral* (Vol. Tomo I). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Balbuena Humberto, M. E. (2017). *Análisis del Contrato de Concesión Vial N° 06, tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la carretera Panamericana Sur*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Barchi Velaochaga, L. (2013). *El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071*. Lima: Ius et Praxis Revista de la Facultad de Derecho N° 44 ISSN 1027-8168.
- Bonifaz José, U. R. (2001). *Financiamiento privado e impuesto: el caso de redes viales en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Cantuarias Salaverry, F. (s.f.). *El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de control y de la Contraloría General de la República*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carlos, N. S. (2019). *Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?* Universitas 139.
- Castillo Freyre Mario, R. S. (2009). *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, p. 58.
- Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze (2006). "El dominio contractual en el arbitraje". Ius et Veritas 32. Lima.

Castillo Freyre, M. (2017). *Arbitraje: naturaleza y definición*. Lima: Revista Themis .

Castillo Freyre, M. y. (2006). *El dominio contractual en el arbitraje*. Lima: Ius et Veritas 32.

Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje

Díez-Picazo Ponce De León, L. (1962). *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch.

Díez-Picazo, L. (1986). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* . Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2004). *Forma y contenido del convenio arbitral*. Navarra: Aranzandi.

Falen Incháustegui, Ó. (2009). *El arbitraje obligatorio en el Estado*. Lima: Jus. Gestión Pública.

Fernando, C. S. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones* . Lima: UPC.

Fernando, V. R. (2003). *El convenio arbitral*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Franciso, G. d. (2018). *Arbitraje* (Vol. p. 262). México: Porrúa.

Gastón, F. C. (2003). *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano*. Lima: Ara.

- Lohmann Luca de Tena, G. (1987). *El arbitraje* (Vol. 5). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lohmann, J. G. (1987). *El arbitraje* (Vol. V). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- María, L. N. (2002). *Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje*. Lima: Advocatus 7.
- Martha, S. (2020). *Apuntes sobre la naturaleza jurídica de las concesiones y las Asociaciones Público – Privadas a la luz de la colaboración público – privada*. Lima: Universidad de Piura.
- Mendiola, A., & Alvarado, F. &. (2011). *Marco teórico y conceptual*. Lima: Esan.
- Pierre, N. (2017). *Concepto y alcances básicos de las Asociaciones Público – privadas*. Lima: En Revista de derecho & Sociedad N° 49.
- Pilar, P. V. (2005). *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Richard, M. (s.f.). *El arbitraje*. Loc. Cit.
- Ruiz Gonzalo, G. C. (2006). *Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño de contrato de concesión viales* (Vol. pp. 246). Lima: Revista Themis N° 52.
- Ruiz Gonzalo, G. C. (2006). *Aspectos económicos e institucionales relativos al diseño*
- Sergio, S. (2016). *El Contrato Ley y la Regulación Tarifaria: ¿Existen Islas Jurídicas?* (Vols. pp. 317-336). Lima: Círculo de derecho administrativo RDA N° 16.
- Vidal Ramírez, F. (2005). *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.





**Centro
de Arbitraje**
Cámara de Comercio | Lima



Lima, 18 de octubre de 2013

Señores
CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. - COVIPERÚ
Av. Camino Real N° 348, Torre El Pilar, Piso 12
San Isidro-

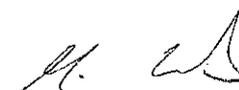
Ref.: Caso Arbitral N° 2474-2012-CCL

De mi consideración:

Por medio de la presente cumplo con remitirles el Laudo Arbitral de fecha 18 de octubre de 2013, emitido por el Tribunal Arbitral integrado por los doctores Jorge Vega Velasco, Luis Felipe Pardo Narváez y Juan Alberto Quintana Sánchez; y presentado al Centro de Arbitraje el 18 de octubre de 2013.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


GIORGIO ASSERETO LLONA
Secretario Arbitral



d. Av. Giuseppe Garibaldi N°396,
Jesús María - Lima 11
t. (511) 219 1550 | (511) 463 3434
c. arbitrajeccl@camaralima.org.pe
w. www.camaralima.org.pe

2013 OCT 18 PM 3:03

CONSEJO
ARBITRAL
DE
CONCESIONARIOS

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lima, 18 de octubre de 2013

DEMANDANTE:

- CONCESIONARIA VIAL DEL PERÚ S.A. – COVIPERÚ S.A. (en adelante, COVIPERÚ, el CONCESIONARIO o la Demandante)

DEMANDADO:

- ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, ACTUANDO A TRAVÉS DEL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante, el MINISTERIO, el MTC, el CONCEDENTE o la Demandada)

TRIBUNAL ARBITRAL:

Jorge Vega Velasco (Presidente del Tribunal Arbitral)

Luis Felipe Pardo Narváez (Arbitro)

Juan Alberto Quintana Sánchez (Arbitro)

SECRETARIO ARBITRAL:

Giorgio Assereto Llona

SEDE DEL ARBITRAJE E IDIOMA:

Avenida Giuseppe Garibaldi 396, Jesús María.

El idioma aplicable es el castellano.

I.

ANTECEDENTES:

Petición de Arbitraje y apersonamiento:

1. Mediante Carta s/n con fecha de presentación 20 de diciembre de 2013, COVIPERÚ se dirigió al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con la finalidad de formular una petición de arbitraje contra el MINISTERIO, en su calidad de representante el Estado Peruano, en aplicación del convenio arbitral contenido en el Sección XV: Solución de Controversias del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (en adelante, el Contrato) suscrito con fecha 20 de septiembre de 2005.
2. Mediante Escrito N° 01 con fecha de presentación 7 de enero de 2013, el MINISTERIO absolvió la petición de arbitraje.

Designación del Tribunal Arbitral:

3. Atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral contenido en el Sección XV: Solución de Controversias del Contrato, el Tribunal Arbitral deberá estar compuesto por tres árbitros, por lo que COVIPERÚ designó como árbitro al doctor Luis Felipe Pardo Narváez.
4. Por su parte, al momento de absolver la petición de arbitraje, el MINISTERIO designó como árbitro al doctor Juan Alberto Quintana Sánchez.
5. Mediante cartas de fecha 9 de enero de 2013, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima se dirigió a los doctores Luis Felipe Pardo Narváez y Juan Alberto Quintana Sánchez con la finalidad de comunicarles que COVIPERÚ y el MTC, respectivamente, los habían designado como miembros del Tribunal Arbitral que ha de resolver la controversia. Asimismo, se les informó que la cuantía del presente caso arbitral es indeterminada, por lo que sus honorarios profesionales serán fijados posteriormente por el Consejo Superior de Arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Aranceles y Pagos del Centro.

6. Mediante comunicaciones de fecha 11 de enero de 2013, los doctores Luis Felipe Pardo Narváez y Juan Alberto Quintana Sánchez comunicaron al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima sus aceptaciones al cargo de árbitro de parte.
7. Luego, mediante carta s/n del 31 de enero de 2013, los árbitros de parte comunicaron al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima la designación del doctor Jorge Vega Velasco como Presidente del Tribunal Arbitral, quien mediante carta del 6 de febrero de 2013 comunicó su aceptación a la designación efectuada.

Instalación del Tribunal Arbitral:

8. Con fecha 6 de marzo de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la sede institucional del Centro. Al respecto, en dicho acto y conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 38 del Reglamento, se otorgó a COVIPERÚ el plazo de diez 10 días hábiles para la presentación por escrito de su demanda, contados a partir del día siguiente de la instalación del Tribunal Arbitral.
9. Asimismo, se dejó constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó el contenido del Acta de Instalación, por el contrario, las partes aceptaron las reglas y dieron su conformidad expresa en todos sus extremos al suscribirla los representantes de cada una de las partes.

II.

LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN:

La demanda

10. Con fecha 20 de marzo de 2013, COVIPERÚ presentó su escrito N° 02 conteniendo la demanda, la misma que fue admitida a trámite mediante la Resolución N° 1 de fecha 26 de marzo de 2013.

Petitorio:

11. En el mencionado escrito, la Demandante señaló como sus pretensiones las siguientes:

Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare que COVIPERÚ tiene derecho a un aumento o incremento efectivo de la Tarifa que cobra a los Usuarios a la fecha de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, cuando ésta se produzca. Ello como consecuencia de determinar que el incremento tarifario era la común intención de las Partes y que, conforme a nuestro ordenamiento, se debe declarar la primacía de lo querido sobre lo declarado. Además, el Tribunal Arbitral también deberá declarar que:

- (i) COVIPERÚ debe seguir aplicando la Tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho; y que,
- (ii) COVIPERÚ tiene derecho a un incremento tarifario, es decir, a cobrar más a los Usuarios, lo que será determinado ya sea mediante una Addenda al Contrato de Concesión o como resultado del ejercicio de la potestad reguladora por parte del OSITRAN.

Primera Pretensión Alternativa: Que, en caso no se declare fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral deberá declarar que el ajuste tarifario previsto en la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato de Concesión ha sido establecido por las Partes como un derecho a favor del CONCESIONARIO, y no como una obligación. Como consecuencia de ratificar que se trata de un derecho, el Tribunal Arbitral también deberá reconocer que:

- (i) COVIPERÚ puede decidir no aplicar (o renunciar) a la aplicación de ese ajuste tarifario.
- (ii) Si COVIPERÚ decide no aplicar el citado ajuste, tiene derecho a continuar cobrando la Tarifa de Peaje actual, pactada en la Cláusula 8.17, Literal a) del Contrato de Concesión.
- (iii) La no aplicación del ajuste previsto en la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato de Concesión no implica una renuncia a aplicar el reajuste contemplado en la Cláusula 8.17, Literal d), por lo que COVIPERÚ tendría derecho a aplicar dicho reajuste anual siendo necesario que se determine el mecanismo de reajuste para este caso (en que el CONCESIONARIO opte por no aplicar la Tarifa establecida en la Cláusula 8.17, Literal c) bien sea por Acuerdo entre las Partes o mediante una decisión del Regulador.

Segunda Pretensión Alternativa: Que, en caso no se declare fundada la Primera Pretensión Principal ni la Primera Pretensión Alternativa, el Tribunal Arbitral deberá declarar que:

- (i) COVIPERÚ culminó con todas las Obras que podía realizar hasta el 20 de setiembre de 2009, que era la fecha inicialmente prevista para la finalización de la Primera Etapa constructiva.

- (ii) Considerando lo anterior, en aplicación de lo previsto en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, así como en el último párrafo de la Cláusula 6.1 modificada por la Addenda 2 al Contrato de Concesión, COVIPERÚ tiene derecho al cobro de la Tarifa de \$1.50, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 8.17, Literal c), aplicando el Tipo de Cambio vigente el 20 de septiembre de 2009 (fecha originalmente prevista para la culminación de las Obras de la Primera Etapa), debiéndose reconocer que antes de aplicar esa nueva Tarifa, el CONCESIONARIO deberá efectuar los respectivos reajustes hasta la actualidad, conforme a lo previsto en la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato de Concesión.

Tercera Pretensión Alternativa: Que, en el supuesto negado por nuestra parte que no se declare fundada la Primera Pretensión Principal ni la Primera y Segunda Pretensiones Alternativas y, por ende, COVIPERÚ tenga que aplicar literalmente la Cláusula 8.17, Literal c), lo que implica que la nueva Tarifa sería el equivalente a US\$ 1.50 al tipo de cambio vigente a la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa, con la consiguiente reducción de la Tarifa que ello implicaría en perjuicio de COVIPERÚ, el Tribunal Arbitral deberá:

- (i) Declarar que el retraso en la culminación de la Primera Etapa constructiva (prevista en el Contrato de Concesión para el 20 de septiembre de 2009) se debe a los reiterados incumplimientos del CONCEDENTE en la entrega de los predios necesarios para la ejecución de dichas Obras,
- (ii) Declarar que, por lo anterior, la reducción de Tarifa antes indicada resulta en un efecto de dichos incumplimientos por lo que debe ser compensado por el CONCEDENTE a favor de COVIPERÚ;
- (iii) Ordenar que el CONCEDENTE pague a favor de COVIPERÚ una compensación por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento en la entrega oportuna de los terrenos, específicamente respecto del daño que implicará para COVIPERÚ el percibir un menor ingreso como consecuencia de la aplicación literal del Contrato de Concesión, lo que supondrá una reducción de la Tarifa que cobra COVIPERÚ a los Usuarios; debiendo disponer el Tribunal Arbitral que dicha compensación deberá ser por lo menos igual a la diferencia obtenida entre: (a) los ingresos que se hubieran obtenido aplicando la Tarifa correspondiente a la culminación de la Primera Etapa dentro de los plazos previstos en el Contrato, si se hubieran entregado oportunamente los predios para la culminación de la Primera Etapa (esto es, aplicando el tipo de cambio vigente al 20 de setiembre de 2009, ajustado con la fórmula de reajuste prevista en la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato de Concesión; menos, (b) los ingresos que se obtengan utilizando la Tarifa correspondiente a la aplicación literal de la Cláusula 8.17, Literal c).
- (iv) Ordenar que la compensación indicada en el punto precedente, deberá ser pagada por el CONCEDENTE a favor de COVIPERÚ en forma mensual, en función de los vehículos (y/o ejes) que circularon por la carretera concesionada durante el mes precedente y aplicando en dicho cálculo los ajustes ordinarios y/o extraordinarios que correspondan conforme al Contrato de Concesión.
- (v) COVIPERÚ deja expresa constancia, y solicita que esto sea expresamente reconocido por el Tribunal Arbitral

en su pronunciamiento, que este petitorio de compensación solamente comprende los daños que sufriría COVIPERÚ como consecuencia de verse obligado a reducir su Tarifa (a pesar de que el Contrato de Concesión le ofrecía un aumento efectivo de la misma). En tal sentido, COVIPERÚ también deja expresa constancia (que también deberá ser reconocida por el Tribunal Arbitral) que se reserva el derecho de reclamar compensaciones adicionales al CONCEDENTE por cualquier otro daño o perjuicio que le hubieran ocasionado los reiterados incumplimientos del CONCEDENTE en la entrega de los terrenos necesarios para la ejecución de la Primera Etapa constructiva.

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare que hasta la fecha de esta demanda (y hasta la fecha en que efectivamente se culmine con la Primera Etapa constructiva) COVIPERÚ ha venido aplicando correctamente la Tarifa de Peaje que corresponde conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión.

Tercera Pretensión Principal: Que, declarada fundada la demanda, el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago de las costas y costos del proceso, conforme a lo previsto en el Literal e) de la Cláusula 15.14 del Contrato de Concesión.

Fundamentos de la Demanda

12. La suscripción del Contrato fue resultado de un Proceso de Promoción a la Inversión Privada (PIIP) realizado por el Estado Peruano y conducido por PROINVERSIÓN, como Organismo Promotor de la Inversión Privada. Para lograr la celebración del Contrato fue necesario que el Estado Peruano desarrollara dos Licitaciones, ambas bajo el mismo PIIP.
13. Señala COVIPERÚ que esta referencia resulta importante pues implica que todos los actos y documentos elaborados bajo este PIIP deben ser considerados al momento de buscar la real intención de las partes respecto de este Contrato.
14. Agrega la Demandante que es importante que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta que el problema que origina la demanda está relacionado con la efectiva vigencia de una de las condiciones que, de acuerdo a la posición de COVIPERÚ, resultó fundamental para la elaboración de la propuesta que la convirtió en la ganadora de la Licitación (y, por ende en la Sociedad Concesionaria) y que también resulta fundamental para el equilibrio y sostenibilidad de la Concesión.

15. Refiere que el Contrato fue ofrecido en la Licitación, celebrado en su oportunidad y viene siendo ejecutado, partiendo de la premisa de que, una vez culminadas las Obras de la Primera Etapa Constructiva, el CONCESIONARIO tendría derecho a realizar y recibiría un efectivo y real incremento de sus Tarifas (es decir, cobrar más a los Usuarios). Según la Demandante, este derecho no solamente brota de lo expresamente previsto en el Contrato y de lo manifiestamente evidenciado por las partes en diferentes actos (antes, durante y después de la celebración del referido Contrato), sino que es una consecuencia necesaria de haber realizado previamente una inversión que supera los US\$100'000,000 y de proporcionar a los Usuarios mayores servicios, mediante una carretera en óptimas condiciones de serviciabilidad.
16. Conforme lo indica COVIPERÚ, el 20 de septiembre de 2005 se produce la celebración del Contrato entre la Demandante y el Estado de la República del Perú, actuando a través del MTC. Según la Demandante, el Contrato ha sido objeto de las siguientes Addendas:
- Addenda N° 1 suscrita el 28 de agosto de 2007, mediante la cual se modificaron las Cláusulas 1.5, 6.20, 6.22, 8.14, Literal e) del Numeral 1 y Numeral 6 del Anexo II.
 - Addenda N° 2 suscrita el 8 de abril de 2009, mediante la cual se intercambiaron determinadas Obras de la Primera y Segunda Etapas, se modificó la Cláusula 5.2 en sus párrafos sexto, séptimo y octavo y se modificó la Cláusula 6.1.
 - Addenda N° 3 suscrita el 16 de marzo de 2010, mediante la cual se modificaron las Cláusulas 6.20, 6.21, 6.22 y 16.1 del Contrato.
 - Addenda N° 4 suscrita el 15 de junio de 2011, mediante la cual se modificaron las Cláusulas 6.17, 9.10 y el Numeral 3 del Anexo II y, adicionalmente, se incorpora el Anexo IX.
 - Addenda N° 5 suscrita el 13 de agosto de 2012, mediante la cual se procedió a la sustitución de las Obras de Revegetación por las Obras de Seguridad Vial, modificándose el Anexo II y el Apéndice 7 del Anexo I.
17. De conformidad con la Cláusula 8.15 del Contrato de Concesión corresponde a COVIPERÚ el cobro de la Tarifa (compuesta por el Peaje más el IGV y cualquier otro aporte de ley) como contraprestación por el Servicio público materia del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica. En tal sentido, la Cláusula 8.17 del Contrato establece cuáles son las Tarifas a cobrar a los Usuarios. Al respecto, el Literal a) de la referida cláusula establece que a partir

de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación y hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, COVIPERÚ sólo puede cobrar la Tarifa Máxima de S/. 4.62 por Peaje, más IGV y otros aportes de Ley.

18. De otro lado, en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato se estipuló la Tarifa aplicable a partir de la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, previéndose que COVIPERÚ estaría autorizada a cobrar, a partir de dicho evento, un Peaje máximo de US\$ 1.50 al tipo de cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) de la referida cláusula, más el IGV y otros aportes de ley. Desde la vigencia de la Tarifa indicada anteriormente, COVIPERÚ también queda facultada, conforme a lo previsto en el Contrato, a aplicar la fórmula de ajuste por inflación prevista en el Literal d) de su Cláusula 8.17.

19. COVIPERÚ sostiene que la intención real de las partes respecto de estos últimos acuerdos era que, como consecuencia de la aplicación de la fórmula antes resumida, COVIPERÚ efectivamente cobrara a los Usuarios una mayor Tarifa a partir de la finalización de la Primera Etapa constructiva.

20. En relación a las Etapas constructivas previstas en el Contrato estas son aquellas en las que, corresponde que COVIPERÚ realice (construya) determinadas Obras. Según la Demandante, el Contrato prevé dos Etapas constructivas, pero el único incremento de Tarifa que podría realizarse estaba previsto para ser aplicado a la finalización de la Primera Etapa constructiva. Este es un elemento de peculiar importancia pues ello implica que COVIPERÚ no tendría otro aumento de Tarifa con posterioridad al antes indicado, durante el tiempo restante de la Concesión.

21. En este contexto, entendiendo que el incremento de Tarifa previsto en el Contrato debía realizarse a la culminación de la Primera Etapa constructiva, es necesario observar que ello no dependía exclusivamente de actos a cargo de COVIPERÚ, como preliminarmente podría percibirse. En efecto, existían obligaciones previas a ser cumplidas por parte del Estado Peruano y de las que directamente dependía la posibilidad de que COVIPERÚ pudiera ejecutar la construcción de las Obras a su cargo.

22. Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, cabe señalar que hasta la fecha en que COVIPERÚ presentó su demanda, no se ha culminado la ejecución de la Primera Etapa, toda vez que mediante la Addenda N° 5 las partes acordaron la sustitución de las inversiones correspondientes a las Obras de Revegetación por otras Obras que han sido incorporadas como parte de la Primera Etapa. Concretamente con esta Addenda se incorporó como una de las Obras correspondientes a la Primera Etapa constructiva a la construcción del Intercambio Vial Asia.

Fundamentos de hecho de la Primera Pretensión Principal:

23. COVIPERÚ señala que, conforme a lo previsto en los artículos 1361 y 1362 del Código Civil, la real intención de las partes en el Contrato era que el CONCESIONARIO tuviera derecho a cobrar (y efectivamente cobrara) una mayor Tarifa a los Usuarios, una vez culminada la Primera Etapa constructiva. Esa intención real de las partes es la que debe ser tutelada por el Tribunal Arbitral, a fin de impedir que una aplicación literal y descontextualizada del Contrato de Concesión, conduzca a las partes al escenario exactamente opuesto del querido.
24. Argumenta que, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico peruano, los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse conforme a la buena fe y la común intención de las partes. En ese sentido se pronuncian los artículos 1361 y 1362 del Código Civil. Señala que el artículo 1361 del Código Civil admite la posibilidad de que la declaración expresada en un contrato no responda a la voluntad común de las partes y, en ese caso, quien niegue esa coincidencia, debe probarlo.
25. Continúa señalando que la posición de COVIPERÚ es que lo expresado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato no coincide con la voluntad común de las partes. Asimismo, en el Artículo 1362 se señala que los Contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según la común intención de las partes. Señala también que la común intención de las partes era que se produjese un real y efectivo incremento tarifario luego de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa.

26. Agrega que el propio Estado Peruano ofreció a los interesados en el Contrato un incremento real y efectivo de Tarifas a la finalización de las Obras correspondientes a la Primera Etapa constructiva (o la fecha inicialmente prevista para ello, si el CONCEDENTE incumplía con entregar los terrenos necesarios para dichas Obras), lo que destaca como un elemento sustancial para acreditar la discrepancia que señala existe entre lo querido por las partes y lo declarado en el texto de la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato.
27. Refiere que, con los actos y documentos que detalla en su demanda, queda demostrado que la real intención del Estado Peruano era que el CONCESIONARIO efectivamente tuviera un incremento real de Tarifas en el momento antes señalado, lo que permitiría comprobar la evidente discrepancia entre lo realmente querido por las partes y el texto del Contrato por lo que, en aplicación de lo previsto en el Artículo 1361 del Código Civil, corresponderá que en este caso deba reconocerse que se ha quebrado la presunción de coincidencia entre lo querido y lo declarado.
28. La Demandante agrega que, una vez que el Tribunal reconozca el quiebre de la referida presunción (es decir, la discordancia entre lo querido y lo declarado), también corresponderá que el Tribunal Arbitral declare y reconozca que la real intención de las partes es la que debe primar y, en consecuencia, que COVIPERÚ tiene derecho a un incremento real en la Tarifa que actualmente aplica a los Usuarios (una vez culminadas las Obras de la Primera Etapa constructiva) y que, en tanto ello no sea obtenido por los canales que la ley permite (mediante una modificación al Contrato de Concesión acordada por las partes o a través del ejercicio de la facultad reguladora por parte del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, OSITRAN), corresponderá que COVIPERÚ mantenga la Tarifa que actualmente viene aplicando, prevista en la Cláusula 8.17 Literal a) del Contrato de Concesión, toda vez que la considerada en la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato de Concesión no debe ser aplicada, por no coincidir ni reflejar la intención y lo querido por las partes.
29. Los actos y documentos generados por el Estado Peruano que, en términos de COVIPERÚ, ratifican la posición del Estado Peruano en el sentido de otorgar al CONCESIONARIO un incremento real de las Tarifas son los siguientes:

- Dentro del PPIP se llevó a cabo una Primera Licitación, la cual fue declarada desierta. Sin embargo, es muy importante considerar los actos y documentos generados por el Estado Peruano dentro de esta Primera Licitación pues (i) el PPIP es uno solo, independientemente de si la Inversión Privada se alcanza como consecuencia de una o más Licitaciones, lo que obliga a analizar y considerar a todo el proceso en su conjunto, como una sola unidad, independientemente de si la adjudicación a un privado se realizó en la Primera o en la Segunda Licitación; y (ii) a partir de lo anterior, todos los actos y documentos originados en la Primera Licitación son aplicables a la Segunda.
- Bajo estas reglas es que, dentro de la Primera Licitación, el MTC, en su calidad de futuro CONCEDENTE, remitió a PROINVERSIÓN mediante el Oficio N° 153-2002-MTC/15.02 del 4 de febrero de 2002 (Folio 000199 del Libro Blanco de la Primera Licitación), la simulación financiera que mostraba que el proyecto era viable económicamente. Señala que ese es uno de los actos y documentos de la mayor importancia para su pretensión pues, supone las premisas económico – financieras a partir de las cuales el Estado Peruano tomó la decisión de desarrollar este PPIP y, finalmente, de celebrar el Contrato.

En el Cuadro de Resultados de la modelación financiera y en la Hoja de "Supuestos Utilizados" (Folios 000201 y 000203 del Libro Blanco de la Primera Licitación) se aprecia que el Estado Peruano había previsto lo siguiente:

- El inicio de la vigencia de la Concesión en Enero 2003.
 - Un Peaje de S/. 2.90 desde el inicio de la Concesión (Tarifa de S/. 3.50 considerando el IGV).
 - Que se culminaba la Primera Etapa en Junio de 2005.
 - Una Tarifa de S/. 6.30 a la culminación de la Primera Etapa (Peaje de \$ 1.50 al Tipo de Cambio previsto en la modelación).
- Al resultar desierta la Primera Licitación, PROINVERSIÓN decidió llevar a cabo una Segunda Licitación. Como paso inicial para la Segunda Licitación, PROINVERSIÓN aprobó el respectivo Plan de Promoción (Folio 0128 del Libro Blanco), en el que se señaló expresamente que la

Segunda Licitación se estructuraba sobre la base de la simulación financiera remitida mediante el Oficio N° 153-2002-MTC/15.02 del MTC antes aludido; es decir, la estructuración de la Segunda Licitación tenía los mismos fundamentos y estructura utilizada para la Primera Licitación.

En consecuencia, el Plan de Promoción de la Segunda Licitación, se había estructurado bajo el esquema que a la culminación de la Primera Etapa se produciría un incremento significativo de la Tarifa de Peaje.

- El Asesor Externo de PROINVERSIÓN, la empresa Apoyo Consultoría, también consideró el incremento de la tarifa a la culminación de la Primera Etapa. En el Informe "Esquema Económico Financiero" de Apoyo Consultoría de Mayo de 2005 (Folio 0253 del Libro Blanco de la Segunda Licitación) expresamente se indica que se preveía un incremento del Peaje a partir del quinto Año de la Concesión, que era la fecha hipotética de culminación de la Primera Etapa.

En el referido informe de Apoyo Consultoría se reconoce un incremento del 13% de la tarifa al quinto Año de la Concesión, el cual es coincidente con la culminación de la Primera Etapa. Ello es concordante con la razonabilidad económica del Proyecto mediante la cual se preveía el incremento tarifario una vez que se pusiera a disposición de los Usuarios mayor infraestructura.

- El mismo texto del Informe "Esquema Económico Financiero" fue utilizado posteriormente en el Informe Técnico y Financiero para la Contraloría General de la República presentado por PROINVERSIÓN y Apoyo Consultoría respecto de la versión final del Contrato. (Folios 0309 y 0340 del Libro Blanco de la Segunda Licitación).

La existencia y necesidad del citado incremento tarifario también es reiterada en el referido Informe Esquema Económico Financiero de Apoyo Consultoría de Mayo de 2005 (Folio 0268 del Libro Blanco de la Segunda Licitación), donde la consultora señala que habrá un incremento adicional luego de inaugurar las obras correspondientes a la Primera Etapa.

30. La Demandante sostiene que, con lo expuesto y las pruebas presentadas con su demanda, queda plenamente acreditado que la intención del Estado Peruano, al promover este proyecto de Concesión y, finalmente, al otorgarlo a un inversionista privado, era que el CONCESIONARIO tendría realmente un aumento efectivo de la Tarifa, una vez culminadas las Obras de la Primera Etapa (o, incluso en la fecha inicialmente prevista para ello, si es que el CONCEDENTE incumplía con la entrega de los terrenos necesarios para dichas Obras).
31. Esta intención está expresamente acreditada en los documentos resumidos anteriormente, de los que se evidencia que tanto PROINVERSIÓN como el CONCEDENTE reconocían expresamente ese aumento (incluso estimando cuál sería el monto que en Nuevos Soles debería ser cobrado en su oportunidad por el CONCESIONARIO) posición que, además, era respaldada por los asesores contratados por el Estado Peruano para ayudarlos en el PPIP que culminó con la celebración del Contrato.
32. Conforme destaca COVIPERÚ, ésta condición del aumento real a la finalización de la Primera Etapa constructiva (o antes de mediar el incumplimiento ya anotado del CONCEDENTE en la entrega de los terrenos) fue debida y oportunamente informada a la Contraloría General de la República, a fin de que dicha entidad emitiera el informe previo a la celebración del Contrato, conforme lo dispone la legislación aplicable.
33. En este orden de ideas, durante la fase de negociación y de formación del Contrato, la intención del Estado Peruano, actuando a través del MTC, de PROINVERSIÓN y de la Contraloría General de la República, era que una vez culminada la fase de inversión de las Obras de la Primera Etapa se produjera un incremento tarifario que permitiría la sostenibilidad del proyecto y la recuperación de la inversión del CONCESIONARIO.

La Demandante destaca la importancia de dicho incremento tarifario, la misma que radica en el hecho que el Proyecto de la Red Vial N° 6 es una concesión autosostenible y, por ende, la única fuente de recuperación de la inversión del CONCESIONARIO es el cobro del Peaje.

34. Continúa COVIPERÚ señalando que los Postores presentaron sus ofertas considerando que efectivamente tendrían un incremento tarifario real a la finalización de las Obras de la Primera Etapa (o la fecha inicialmente prevista para ello, en caso que el CONCEDENTE incumpliera con la entrega de los terrenos). Refiere que, si bien para acreditar su posición al respecto sería suficiente señalar que ese siempre ha sido el punto de vista de COVIPERÚ, ratificándolo expresamente en su demanda y destacando que no será posible identificar un solo acto y/o conducta de COVIPERÚ que pueda reflejar o representar una intención contraria, resulta conveniente destacar el contexto económico-financiero vigente a la fecha de presentación de las ofertas y a la celebración del Contrato para comprobar, con esa información, que este punto de vista no era exclusivo de COVIPERÚ, sino que reflejaba el sentir y entendimiento generalizado en ese entonces. Al respecto, señala que:

- La presentación de las Ofertas Económicas de la Segunda Licitación se produjo el 20 de julio de 2005.
- A dicha fecha, el Tipo de Cambio ascendía a S/. 3.25. Si se utilizaba el Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, el cobro de un Peaje de \$ 1.50 habría sido equivalente a S/. 4.875. Si a ello se la adicionaba el IGV vigente en el momento, se habría cobrado a los Usuarios una Tarifa de S/. 5.80.
- Ello asumiendo que el Tipo de Cambio iba a permanecer constante durante los siguientes cuatro (4) años. Sin embargo, todas las proyecciones vigentes a la fecha de presentación de Ofertas Económicas proyectaban un incremento del Tipo de Cambio, lo que fue considerado e internalizado tanto por el Estado Peruano como por los Postores a la fecha de presentación de las Ofertas, incluyendo al Adjudicatario de la Buena Pro y posterior CONCESIONARIO.
- Señala que en las proyecciones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) no se preveía que el Tipo de Cambio fuese menor a S/. 3.40 para los siguientes cuatro años y COVIPERÚ sostiene que demuestra esta afirmación con:

- En el Marco Macroeconómico Multianual publicado por el MEF del Período 2004 al 2006, se preveía un Tipo de Cambio de S/. 3.64, al final del año 2006.
 - En el Marco Macroeconómico Multianual publicado por el MEF del Período 2005 al 2007, se preveía un tipo de Tipo de Cambio de S/. 3.61 al final del año 2007.
 - En el Marco Macroeconómico Multianual publicado por el MEF del Período 2006 al 2008, se preveía un tipo de Tipo de Cambio de S/. 3.40 al final del año 2008.
 - En el Marco Macroeconómico Multianual publicado por el MEF del Período 2007 al 2009, se preveía un tipo de Tipo de Cambio de S/. 3.42 al final del año 2009.
- La Demandante indica que esta misma posición es la que tenían los representantes del sector privado, a quienes el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) periódicamente solicita su opinión y pronósticos sobre diferentes variables macroeconómicas, dentro de las que se encuentra la evolución del tipo de cambio, y que son publicadas por dicha entidad bajo la denominación de "Encuestas de Expectativas Macroeconómicas". Señala que de las referidas encuestas también puede apreciarse que, a la fecha en que se desarrollaron las Licitaciones y a la de celebración del Contrato, las expectativas de los privados era que el tipo de cambio creciera (es decir, que Dólar Americano se apreciará, mientras que el Nuevo Sol se devaluaba).

35. Lo anterior, siempre en los términos señalados por COVIPERÚ, permite concluir que tanto el Estado Peruano, a través del MEF y del BCR, como los privados consideraban en ese momento que cualquier apreciación del Nuevo Sol era tan sólo un fenómeno temporal, por lo que la economía siempre retornaría hacia el patrón de depreciación cambiaria y, por ende, no se preveía la caída del tipo de cambio que ha sufrido el dólar. En consecuencia, en la posición de COVIPERÚ, resulta claro que la intención de los Postores era hacerse cargo de la Concesión, ejecutar la Primera Etapa y luego proceder a realizar al cobro de un incremento tarifario real como mecanismo de recuperación de sus inversiones.

36. Por tanto, al haber sido la intención del Estado Peruano, actuando a través de PROINVERSIÓN y del MTC, que se produzca un incremento de la Tarifa a la culminación de la Primera Etapa, y habiendo sido ese también el entendimiento y el supuesto bajo el cual los Postores presentaron sus Ofertas Económicas, resulta claro para COVIPERÚ que la común y real intención de las partes era que se produjese un incremento tarifario efectivo a la culminación de la Primera Etapa.
37. COVIPERÚ continúa señalando que, resulta evidente, a partir de los informes recopilados en el Libro Blanco de la Segunda Licitación que dieron origen al texto del Contrato y del contexto económico, que las partes suscribieron el Contrato asumiendo que a la fecha de culminación de las Obras de la Primera Etapa se iba a producir un efectivo y real incremento tarifario, es decir, que se cobraría más a los Usuarios.
38. Además, COVIPERÚ sostiene que, durante la ejecución del Contrato, los actos y documentos generados por las partes también reflejaron indubitablemente su entendimiento respecto de que debía producirse un aumento real y efectivo de las Tarifas, a la finalización de las Obras de la Primera Etapa constructiva (o a la inicialmente prevista para ello en el Contrato, si es que el CONCEDENTE hubiera incumplido con entregar los terrenos correspondientes), en clara evidencia que la intención de las mismas era en ese sentido, y no aplicar la literalidad del Contrato, con independencia de cuáles pudieran ser los efectos de ello.
39. Para demostrar sus afirmaciones, la Demandante refiere que ya durante la ejecución del Contrato, COVIPERÚ solicitó a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato. Como consecuencia de su solicitud, OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-OSITRAN, la cual fue materia de un Recurso de Reconsideración, el que fuera resuelto mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2007-OSITRAN. En dicha Resolución el Regulador señaló lo siguiente, según la Demandante, en expreso reconocimiento de lo mencionado en el sentido que el Contrato disponía un incremento real y efectivo de la Tarifa: *“Que, cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el*

interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, sólo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes;". A entender de COVIPERÚ, se trata de un pronunciamiento emitido por el propio Estado Peruano, actuando a través de la autoridad competente quien, en ejercicio de sus funciones, claramente reconoció que a la finalización de las Obras involucradas los Usuarios deberían pagar una mayor Tarifa.

40. También sostiene COVIPERÚ que este mismo criterio fue reconocido por el Estado Peruano, a través del Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN que sirvió de fundamento a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2007-OSITRAN, el cual señala: *"5.23 (...) Cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, sólo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes. 5.24 Por último, debemos señalar que el ajuste del nivel tarifario ésta directamente correlacionado al cumplimiento de las inversiones realizadas pues la tarifa representa tanto la recuperación del monto invertido como la rentabilidad proyectada en la oferta formulada por el concesionario. En ese sentido, un incremento tarifario sin materialización de obras equivale a una transferencia de utilidades marginales lo cual podría alterar en caso extremo el equilibrio económico financiero de la concesión."*
41. COVIPERÚ afirma que OSITRAN ha reconocido expresamente que el ajuste contemplado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato al que tiene derecho COVIPERÚ, una vez aprobada la culminación de las Obras de la Primera Etapa, supone que los Usuarios deberán pagar una mayor Tarifa por concepto de peajes, lo cual únicamente puede ser entendido como el expreso reconocimiento por parte del Estado Peruano, actuando a través de OSITRAN, a que el CONCESIONARIO tiene derecho a un incremento tarifario real y efectivo.
42. En otras palabras, después de la celebración y ya en la ejecución del Contrato, a entender de COVIPERÚ, estos pronunciamientos de OSITRAN confirman incuestionablemente que la finalidad querida por las partes respecto del ajuste

tarifario contemplado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato era la misma que fue expresada por el Estado Peruano en forma previa a la celebración del Contrato, lo que también se encuentra plasmado en distintas partes del Libro Blanco de la Segunda Licitación del Proyecto Red Vial N° 6.

43. Continúa COVIPERÚ señalando que otra prueba de ello se configura cuando OSITRAN emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN (mediante la cual resolvió el Recurso de Reconsideración interpuesto por COVIPERÚ contra la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2007-OSITRAN). En la citada Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD, OSITRAN expresamente señaló en su numeral 4 que: *"Corresponderá al regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución de obras únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del incremento tarifario, de acuerdo a los supuestos establecidos en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión."*
44. De lo expuesto, COVIPERÚ sostiene que no sólo durante la fase de negociación del Contrato resultaba claro para PROINVERSIÓN, el MTC y los Postores que a la culminación de la Primera Etapa se iba a producir un incremento tarifario real y efectivo sino que, además, durante la fase de ejecución del Contrato también resultó claro para las partes (incluyendo al Estado Peruano, actuando a través del OSITRAN) que en la oportunidad correspondiente los Usuarios deberían pagar una mayor Tarifa por concepto de peajes, como consecuencia de las Obras realizadas por el CONCESIONARIO.
45. Para COVIPERÚ, de todo lo expuesto corresponde concluir que está demostrada cual fue la voluntad común de las partes, la que consistía en que a la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, los Usuarios de la carretera concesionada pagarían una mayor Tarifa (respecto de la que se viene cobrando hasta hoy). Es decir, la intención de las partes en todo momento fue que, en la oportunidad correspondiente, debería producirse un incremento real y efectivo en la Tarifa de Peaje; incremento que, además, se caracteriza por (i) ser el único que se ha previsto para toda la vigencia de la Concesión, sin perjuicio del mecanismo de reajuste por inflación (Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato) y; ii) responde al principio de racionalidad económica, consistente en que el Usuario paga por el servicio que recibe, por lo que a mayor obra y servicios prestados a su favor debe corresponder la aplicación de una mayor

tarifa, como expresamente lo ha señalado OSITRAN en los pronunciamientos antes señalados.

46. COVIPERÚ señala que de los actos y documentos generados por las partes antes, durante y después de la celebración del Contrato ha quedado fehacientemente demostrado que lo que éstas querían era que el CONCESIONARIO tuviera un incremento real y efectivo en las Tarifas (a la culminación de la Primera Etapa o de la fecha inicialmente prevista para ello, si el CONCEDENTE incumpliera con la entrega de los terrenos). Según la Demandante, no hay otra forma en que pueda ser extendida la categórica frase que usa el OSITRAN para referirse a que, en aplicación de esta Cláusula del Contrato, corresponderá que los Usuarios deberán pagar una mayor Tarifa.
47. Sostiene además, que a pesar de los múltiples actos y documentos con los que se acredita esta posición de las partes, el problema que motiva este proceso arbitral aparece al comprobar que la disposición contractual que debería reflejar (y hacer vigente) este entendimiento, presenta un texto que, de ser aplicado literalmente, conduciría a las partes a un escenario jamás considerado por ellas y que sería totalmente opuesto a lo que ambas querían. En efecto, producto de una circunstancia que jamás fue considerada (ni advertida) por el Estado Peruano o por COVIPERÚ, el tipo de cambio del Dólar Americano ha sufrido una caída significativa, ocasionando que la aplicación literal y descontextualizada (ciega) de la Cláusula 8.17 Literal c) del Contrato traería como resultado una reducción del Peaje que actualmente aplica COVIPERÚ, en forma completa, injusta y opuesta a la real intención de las partes y cualquier principio de racionalidad económico.
48. Por esta razón es que, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil, COVIPERÚ considera que el Tribunal Arbitral debe establecer que, conforme a la común intención de las partes, se debe producir un incremento tarifario real y efectivo a la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, lo que implica que los Usuarios comiencen a pagar una mayor Tarifa, a cambio de la mayor Obra y servicios que suministra la Demandante, como consecuencia de su inversión realizada.
49. Para COVIPERÚ, en este caso corresponde que el Tribunal Arbitral reconozca que se ha acreditado indubitablemente lo que era la real intención (o voluntad)

de las partes, la misma que consiste en atribuir a COVIPERÚ el derecho a recibir de los Usuarios el pago de una mayor Tarifa y, reconociendo que lo anterior quiebra la presunción de correspondencia entre lo declarado y lo querido, declarar inaplicable lo dispuesto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato.

50. Concluye COVIPERÚ señalando que, como no es de competencia de este Tribunal Arbitral el fijar una nueva Tarifa (o el porcentaje o monto de incremento de la actual) también corresponderá que el Tribunal Arbitral declare que (1) en tanto no se fije la nueva Tarifa y/o el porcentaje o monto de aumento de la vigente, corresponderá que COVIPERÚ continúe válidamente aplicando la Tarifa vigente, esto es, la prevista en el Literal a) de la Cláusula 8.17 del Contrato; y (2) que COVIPERÚ podrá satisfacer su derecho al aumento de las Tarifas que actualmente aplica, ya sea mediante una Addenda al Contrato o como consecuencia de un procedimiento en el que OSITRAN, ejerciendo su facultad reguladora, establezca el incremento Tarifario que deberá efectuar COVIPERÚ, el que deberá traer como efecto que los Usuarios paguen una suma mayor a la que actualmente pagan.

Fundamentos de hecho de la Primera Pretensión Alternativa:

51. COVIPERÚ sostiene que la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato otorga un derecho al CONCESIONARIO, por lo que éste puede decidir ejercerlo o no ejercerlo o renunciar a él y, que, conforme se ha señalado, la aplicación literal de la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato resulta totalmente contraria a la intención de las partes.
52. Continúa COVIPERÚ señalando que la aplicación literal conduciría a que se aplique un Peaje de US\$ 1.50 al Tipo de Cambio vigente a la fecha de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa. Si consideramos el Tipo de Cambio actual de 2.55 [tipo de cambio señalado por COVIPERÚ en su demanda], el Peaje resultante ascendería a S/.3.83. Si a ello se le adiciona el IGV correspondiente, se cobraría al Usuario una Tarifa de S/.4.50. Ello significaría que como consecuencia de la culminación de la Primera Etapa y de haber realizado una inversión que supera los US\$100'000,000, el CONCESIONARIO sería "castigado" con una reducción de la Tarifa de S/.5.50 a S/.4.50.

53. Agrega COVIPERÚ que ello constituiría un precedente nefasto para las Concesiones Viales y, en general, para las Asociaciones Público Privadas en el Perú, pues se estaría yendo contra toda lógica regulatoria, económica y financiera, estableciéndose que como contrapartida a su inversión, a la provisión de una nueva y mejor infraestructura, así como de un mejor servicio público a los Usuarios, el privado recibiría una reducción de la Tarifa.
54. Lo anterior resulta totalmente contrario a lo hecho por el Estado Peruano para la totalidad de las Concesiones Viales. Así por ejemplo, se ha aplicado o se ha previsto un incremento tarifario a la culminación de determinadas obras o al cumplimiento de ciertas condiciones o plazos estipulados en los contratos, en las concesiones viales autosostenibles como (i) la Red Vial 5; (ii) la Red Vial 4 y (iii) la Autopista del Sol.
55. Por ello, en el supuesto de no declararse fundada la Primera Pretensión Principal, COVIPERÚ considera que el Tribunal Arbitral debe declarar que la intención de las partes era que la aplicación de la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato fuese un derecho a favor del CONCESIONARIO y no una obligación.
56. En este orden de ideas, COVIPERÚ continúa y señala que se debe interpretar que la aplicación del Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato es facultativa, y no obligatoria para COVIPERÚ. De este modo, se entiende que el derecho a aplicar la Tarifa de la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato era un incentivo que alentaba al CONCESIONARIO a procurar la pronta ejecución de las Obras.
57. COVIPERÚ señala que el Contrato prevé un régimen tarifario dentro del cual, durante una primera fase se aplicaba una Tarifa fija, sin ningún tipo de reajuste, y una segunda fase, luego de la culminación de la Primera Etapa en donde: (i) se aplicaba la Tarifa establecida en la Cláusula 8.17, Literal c); y, (ii) se aplicaba un mecanismo de reajuste periódico, durante el resto de la vigencia de la Concesión, conforme a lo estipulado en la Cláusula 8.17, Literal d).
58. Sostiene que su Primera Pretensión Alternativa tiene como objeto que se reconozca que lo previsto en la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato implica un derecho patrimonial disponible a favor del CONCESIONARIO quien, por esa naturaleza, puede válidamente decidir no ejercerlo.

59. La Demandante también señala que, al declarar fundada esta pretensión, el Tribunal Arbitral también deberá reconocer que el Contrato otorga otro derecho al CONCESIONARIO, distinto al antes indicado el que consiste en el mecanismo de reajuste periódico (ordinario y extraordinario) convenido en la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato, que debe ser reconocido por el Tribunal Arbitral como un derecho distinto al establecido en el Literal c) de la misma Cláusula.
60. Señala que lo que importa que sea reconocido por el Tribunal Arbitral es que, tratándose de dos derechos distintos, (i) la decisión del CONCESIONARIO de pedir el reconocimiento de que puede ejercer o no uno de ellos, en este caso el derecho contenido en la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato, así como la decisión que manifiesta en este momento (en forma expresa e indubitable) de no ejercerlo dado que implicaría una reducción en la Tarifa que aplica, (ii) no se extiende ni comprende o limita la vigencia y/o el ejercicio por parte del CONCESIONARIO de todo y cualquier derecho que le otorga lo pactado en la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato.
61. En tal sentido, COVIPERÚ expresamente declara en su demanda que no renuncia a ejercer los derechos que le otorga la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato, los que considera indispensables para la viabilidad y sostenibilidad económica de la Concesión.
62. Sin embargo, COVIPERÚ señala que es indispensable que el Tribunal Arbitral se pronuncie expresamente respecto de los derechos que otorga al CONCESIONARIO lo pactado en la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato, debido a que la misma solamente ha sido redactada considerando que el CONCESIONARIO hubiera ejercido el derecho que le otorga lo establecido en la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato. En efecto, la Cláusula 8.17, Literal d) asume que previamente se ha aplicado el Peaje contemplado en la Cláusula 8.17, Literal c), lo que se comprueba al observar que, dentro de la fórmula para el reajuste del Peaje no se utiliza un valor "x" sobre el cual aplicar el reajuste, sino que se utiliza un número explícito (\$1.50), asumiendo que ya se aplicó previamente el Peaje de la Cláusula 8.17, Literal c). En otras palabras, el Contrato no ha contemplado una fórmula para aplicar un reajuste de la Tarifa

en el caso que el CONCESIONARIO hubiere optado por no aplicar la Tarifa señalada en la Cláusula 8.17, Literal c).

63. Sin embargo, más allá de que existe un vacío en el Contrato al no contemplar exactamente una fórmula de reajuste para el caso descrito, la Demandante considera que no cabe duda que la finalidad del mecanismo de reajuste era otorgar viabilidad y sostenibilidad económica en el tiempo a la Concesión. Para COVIPERÚ, la aplicación objetiva de la fórmula de reajuste contenida en la Cláusula 8.17, Literal d) trae como consecuencia que el Peaje vigente a la aprobación de la culminación de la Primera Etapa se reajuste cada doce (12) meses en función de: (i) la inflación de la economía local (medida a través del índice IPC publicado por el INEI); y, (ii) de la inflación de los Estados Unidos de América (medida a través del índice CPI). De este modo se lograba que el Peaje mantuviera su poder adquisitivo durante el resto de años de vigencia de la Concesión.
64. Al no estar contemplado en el Contrato el supuesto referido en los párrafos precedentes, pero al ser claro que la voluntad de las partes era que el CONCESIONARIO tenga derecho a aplicar algún mecanismo de reajuste del Peaje durante el resto de la Concesión, al resolver esta Pretensión el Tribunal Arbitral también deberá declarar que: (i) el CONCESIONARIO tiene derecho a aplicar un mecanismo de ajuste, el que deberá reconocer la inflación de la economía local, medida a través del IPC y la inflación de la economía americana, medida a través del índice CPI; con la finalidad de mantener el poder adquisitivo del Peaje, aplicable desde la aprobación de la culminación de la Primera Etapa hasta el fin de la vigencia de la Concesión; (ii) que el CONCESIONARIO tiene derecho a aplicar ese mecanismo de reajuste desde la culminación de las Obras de la Primera Etapa (conforme a lo previsto en la Cláusula 8.17, Literal c)) y con una periodicidad de cada doce (12) meses desde la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, conforme a lo previsto en la Cláusula 8.17, d) del Contrato; y, (iii) el CONCESIONARIO tiene derecho a exigir al Estado la determinación de ese mecanismo de ajuste, ya sea a través de una modificación al Contrato o como resultado del ejercicio de la función reguladora de OSITRAN.

Fundamentos de hecho de la Segunda Pretensión Alternativa:

65. COVIPERÚ señala que en los textos originarios de la Cláusula 5.2 y el Anexo II del Contrato (es decir, antes de las modificaciones introducidas mediante las correspondientes Addendas) se contemplaba que el inicio de las Obras de la Primera Etapa debía producirse no antes del Tercer Año de la Concesión, previa entrega por parte del MTC de los predios necesarios para dicha Etapa, y teniendo dos (2) años como plazo máximo para la culminación de la Primera Etapa.
66. En ese sentido, sostiene que el inicio y culminación de las Obras de la Primera Etapa se encontraban directamente relacionados a la entrega por parte del MTC de los predios necesarios. Si bien esto es algo absolutamente evidente, la Demandante considera que debe destacarse pues no era posible que COVIPERÚ realizara cualquier Obra o actividad constructiva sin que previamente el Estado le hubiera entregado los terrenos en que dichas Obras debían realizarse. Por esta razón es que en la Cláusula 5.2 del Contrato también se establecieron los plazos para que el CONCEDENTE entregue los predios de la Primera Etapa.
67. Continúa COVIPERÚ señalando que las partes estipularon que el CONCEDENTE tenía quinientos cuarenta (540) días calendario, contados desde la fecha de suscripción del Contrato, para entregar el 80% de los predios necesarios para la Primera Etapa [es decir, hasta el 14 de marzo de 2007] y el 20% de los predios restantes dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la entrega inicia [es decir, hasta el 10 de septiembre de 2010]. Además, señala que la referida Cláusula 5.2 también estableció que para que COVIPERÚ pudiera dar inicio a las Obras de la Primera Etapa era requisito indispensable que previamente el CONCEDENTE al menos hubiera cumplido con entregar efectivamente el 80% de los predios necesarios.
68. De otro lado, el Contrato preveía que a la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa se aplicase el Peaje contemplado en la Cláusula 8.17, Literal c), equivalente a US\$ 1.50 al tipo de cambio de dicha fecha el que, además, debía en ese mismo momento ser reajustado de acuerdo al Literal d) de la Cláusula 8.17.
69. En ese sentido, teniendo en consideración las fechas originalmente previstas en la Cláusula 5.2 y el Anexo II del Contrato, respecto de la obligación de

entregar terrenos a cargo del Estado, así como de la obligación de COVIPERÚ de realizar las Obras de la Primera Etapa, la Demandante señala que: (i) sólo se encontraba obligada a dar inicio a las Obras de la Primera Etapa siempre que el MTC hubiese procedido a la entrega del 80% de los predios respecto de cada Sub Tramo de la Primera Etapa considerando, además, que COVIPERÚ no estaba obligado a dar inicio a las Obras de la Primera Etapa antes del tercer Año de la Concesión, es decir, el inicio de las Obras debía producirse a partir del 20 de septiembre del año 2007; (ii) el MTC debía proceder a la entrega del 80% de los predios a los quinientos cuarenta (540) días calendarios contados desde la fecha de suscripción del Contrato, plazo que terminó el 14 de marzo de 2007. En dicho sentido, COVIPERÚ tenía previsto dar inicio a la Primera Etapa el 20 de setiembre de 2007 [tercer año de la Concesión], asumiendo que previamente se hubiera cumplido el 14 de marzo de 2007 con la entrega del 80% de los predios afectados por las Obras de la Primera Etapa; (iii) respecto de la entrega del 20% restante, el Contrato establece un plazo de ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la entrega del 80% inicial, el cual culminaba el 10 de setiembre de 2007; y, (iv) asumiendo que el MTC hubiera entregado la totalidad de los predios en los que correspondía realizar las Obras de la Primera Etapa (lo que debió suceder el 14 de marzo de 2007 y el 10 de setiembre de 2007), ello habría permitido que COVIPERÚ iniciara las Obras de la Primera Etapa en la fecha prevista en el Contrato de Concesión (el 20 de setiembre de 2007) y que COVIPERÚ debía culminar esas Obras el 20 de setiembre de 2009, momento en que vencía el plazo de dos (2) años para construir que le otorgaba el Contrato.

70. En suma, partiendo de los plazos originalmente previstos en el Contrato y asumiendo que el CONCEDENTE hubiera cumplido con la entrega oportuna de predios, COVIPERÚ debía culminar las Obras de la Primera Etapa el 20 de setiembre de 2009.

71. Concluye COVIPERÚ que el inicio y culminación de las Obras de la Primera Etapa dependía y depende por completo de la entrega de los predios necesarios por parte del Estado Peruano, a través del MTC, en los plazos previstos en la Cláusula 5.2. Por ello, COVIPERÚ sostiene que el incumplimiento de dichos plazos por parte del MTC ha tenido y tiene un efecto directo en el inicio y culminación de las Obras de la Primera Etapa y, a su vez, en el ajuste de la Tarifa a que tenía derecho COVIPERÚ.

72. También señala COVIPERÚ, precisamente por esa vinculación directa entre la entrega de los terrenos y la ejecución de las Obras, que en el Contrato también se previó que el Ajuste de la Tarifa (cobrar más a los Usuarios) podía ser realizado desde la fecha inicialmente prevista para la culminación de la Primera Etapa (20 de setiembre de 2009), aún en caso que el CONCEDENTE solamente hubiera entregado parte de los predios necesarios para las Obras, conforme a lo señalado en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato.
73. Según la Demandante para que pudiera activar este derecho, el Contrato establecía las siguientes condiciones: (i) que el CONCEDENTE no hubiera entregado el 80% de los predios necesarios para que se inicien los trabajos comprendidos en los Sub Tramos de la Primera Etapa dentro del plazo de 540 días, el mismo que venció el 14 de marzo de 2007; (ii) que ello no permita a COVIPERÚ iniciar o continuar con las Obras y entregarlas para su aceptación a la comisión de recepción de Obras en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo II del Contrato; y, (iii) que COVIPERÚ: a) hubiere concluido la ejecución de las Obras correspondientes a los Sub Tramos respecto de los que sí recibió del CONCEDENTE la totalidad de los predios necesarios para ella o; b) que la falta de entrega no sea un impedimento real para la culminación de las Obras.
74. Agrega COVIPERÚ que, de lo anterior, puede concluirse que el propio Contrato reguló uno de los efectos del incumplimiento del CONCEDENTE en la entrega de los terrenos estipulando que, de ocurrir, COVIPERÚ podría aplicar el incremento tarifario siempre que hubiera ejecutado las Obras que fueran posibles, en los terrenos que sí hubieran sido entregados por el CONCEDENTE.
75. Continúa la parte Demandante señalando que, a pesar de lo que preveía el Contrato, el Estado Peruano incumplió con los plazos para la entrega de los predios necesarios para la ejecución de la Primera Etapa. Indica que el Estado Peruano no cumplió siquiera con la entrega de los predios necesarios para dar inicio a las Obras de la Primera Etapa, es decir, el 80% de los predios, lo cual fue expresamente reconocido en el Informe N° 155-2009-MTC/25, de fecha 20 de marzo de 2009, en el cual el CONCEDENTE reconoce que incluso al 20 de marzo de 2009, es decir, dos (2) años después del plazo previsto para la

entrega del 80% de los predios necesarios para dar inicio a las Obras de la Primera Etapa –teniendo en cuenta que el plazo para ello culminaba el 14 de marzo de 2007– aún el MTC no había cumplido con la entrega de dichos predios, en completa contradicción con lo acordado por las partes en la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión.

76. En tal sentido, señala que el retraso en la entrega de los predios por parte del MTC condujo a que no se haya podido cumplir con los plazos originalmente previstos en el Contrato para el inicio y para la culminación de la Primera Etapa, la cual tenía como fecha estimada de finalización el 20 de septiembre de 2009. Agrega que ello ha quedado acreditado en las cartas remitidas por COVIPERÚ al MTC que han sido ofrecidas como medios probatorios de su pretensión.

77. Según COVIPERÚ, como consecuencia del continuo y sistemático retraso por parte del MTC producido desde el 15 de marzo de 2007, ante la incapacidad del mismo para entregar los terrenos necesarios para la ejecución de las Obras, COVIPERÚ se vio en la necesidad de aceptar intercambiar Obras previstas inicialmente para la Segunda Etapa constructiva y trasladarlas para la Primera Etapa, pues el MTC aseguró que contaba con los terrenos necesarios para las Obras que correspondían a la Segunda Etapa. Este intercambio de obligaciones se materializó en la Addenda N° 2 al Contrato, en la que se establecieron nuevos plazos para la entrega de los predios necesarios para culminar la Primera Etapa.

78. Señala también COVIPERÚ que, considerando el importante retraso acumulado en la ejecución de Obras, en la Cláusula 3.3 de la Addenda N° 2 al Contrato se definieron qué Obras de la Primera Etapa eran susceptibles de ser ejecutadas en el corto plazo (estableciéndose plazos específicos para cada una de ellas), además de dividir todas las Obras de la Primera Etapa en Hitos.

79. Señala la Demandante que, como quiera que el CONCEDENTE se mantenía en ese momento en condición de incumplidor respecto de la entrega de los terrenos, en la Addenda N° 2 se establecieron las fechas máximas en que los terrenos restantes serían finalmente entregados, disponiéndose que: (i) el 80% de los predios correspondientes al Sub Tramo 3 de la Primera Etapa deberían ser entregados como máximo el 30 de mayo de 2009 y el 20% restante el 30

de septiembre de 2009; y, (ii) el 80% de los predios correspondientes al Sub Tramo 4 de la Primera Etapa deberían ser entregados como máximo el 30 de junio de 2009 y el 20% restante a más tardar el 30 de octubre de 2009.

80. Sin embargo, señala que el MTC reincidió en su incumplimiento en la entrega de los predios necesarios para la culminación de la Primera Etapa, lo que ocasionó un nuevo retraso en la ejecución y culminación de las Obras de la Primera Etapa, así como un nuevo retraso en el ajuste de la Tarifa a cobrar a los Usuarios por parte de COVIPERÚ, al amparo del Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.
81. Agrega COVIPERÚ que la Addenda N° 2 no modificó el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato, permaneciendo éste inalterable y, por ende, manteniendo COVIPERÚ el derecho al ajuste tarifario previsto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión a partir del 20 de setiembre de 2009. Al respecto COVIPERÚ señala que se produjeron todos y cada uno de los supuestos establecidos en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2, referidos anteriormente, los que habilitaban al CONCESIONARIO a efectuar el cobro de la Tarifa establecida en la Cláusula 8.17, Literal c) desde la fecha prevista para la culminación de la Primera Etapa pues:

- a) Se verificó que el CONCEDENTE no entregó el 80% de los predios necesarios para que se inicien los trabajos comprendidos en los Sub Tramos de la Primera Etapa dentro del plazo de 540 días, el mismo que venció el 14 de marzo de 2007:

Agrega que, pese a haber exigido reiteradamente al MTC el cumplimiento de las entrega de los predios, éste incumplió con su obligación, lo cual considera demostrado con, entre otros, el Informe N° 155-2009-MTC/25, del 20 de marzo de 2009, indicando que esto fue lo que conllevó a la firma de la Addenda N° 2 para tratar de evitar que sigan incrementándose los efectos del incumplimiento del CONCEDENTE.

- b) Se verificó que la falta de entrega de terrenos no permitía a COVIPERÚ iniciar o continuar con las Obras y entregarlas para su aceptación a la

comisión de recepción de Obras en el plazo máximo de ejecución previsto en el Anexo II del Contrato:

La Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece que la entrega del 80% de los predios de cada Sub Tramo era un requisito indispensable para el inicio de las Obras de la Primera Etapa. En consecuencia, al no haber cumplido el MTC con la entrega del 80% de los predios en ninguno de los Sub Tramos de la Primera Etapa en la fecha máxima señalada en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 (14 de marzo de 2007), no era exigible el inicio de las Obras de la Primera Etapa.

De lo anterior considera la Demandante que queda demostrado que se había cumplido el segundo supuesto para la activación del derecho de COVIPERÚ a aplicar la Tarifa de \$1.50 prevista en la Cláusula 8.17, Literal c).

COVIPERÚ considera que lo anterior no se vio afectado con la Addenda N° 2, la cual fue suscrita el 8 de abril de 2009, mucho después del vencimiento del plazo establecido en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato para la entrega de predios. En efecto, mediante la Addenda N° 2 se establecieron determinadas obligaciones a cargo de COVIPERÚ para la construcción de una parte de las Obras de la Primera Etapa (Hitos) en plazos determinados en dicha Addenda. Sin embargo, no se modificó el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 por lo que lo señalado en dicha Cláusula continúa siendo aplicable.

Aun cuando COVIPERÚ considera que para ejercer este derecho era suficiente demostrar que no se habían dado las condiciones para el inicio de la construcción de las Obras, también agrega que igual cumplió con ejecutar todas las Obras de la Primera Etapa que le era posible ejecutar al 20 de setiembre de 2009 por lo que, en aplicación de lo previsto en el Contrato de Concesión, también cumplió el supuesto de ejecutar todo lo posible, a fin de obtener que el incremento efectivamente se produjera a partir de la fecha inicialmente prevista para la finalización de las Obras de la Primera Etapa, esto es, a partir del 20 de setiembre de 2009, como se detalla en el siguiente literal.

- c) Sin perjuicio de lo señalado en el literal precedente, también se ha verificado que COVIPERÚ concluyó con la ejecución de las Obras correspondientes a los Sub Tramos respecto de los que si recibió del CONCEDENTE la totalidad de los predios necesarios para ella.

Al vencimiento del plazo previsto en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2, el MTC no había entregado ni remotamente el 80% de los predios de ninguno de los Sub Tramos de la Primera Etapa. Por tanto, al no haber recibido la totalidad de los predios de ninguno de los Sub Tramos de la Primera Etapa, no era exigible que COVIPERÚ hubiere concluido la ejecución de Obra.

- d) Se verificó que la falta de entrega de terrenos era un impedimento real para la culminación de las Obras.

La falta de entrega de predios dentro del plazo establecido en el Contrato (14 de mayo de 2007) constituía un impedimento absoluto para la culminación de las Obras de la Primera Etapa. Si no se han entregado los predios de la Primera Etapa, ni siquiera dos (2) años después de vencido el plazo establecido en el Contrato, era imposible que se hubieran culminado las referidas Obras, tanto a nivel global de la Primera Etapa como en cada uno de los Sub Tramos.

82. Ante el continuo incumplimiento en la entrega de predios por parte del MTC, COVIPERÚ se dirigió ante OSITRAN a efectos que éste proceda a realizar la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato. La referida Cláusula fue objeto de interpretación por parte de OSITRAN mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD-OSITRAN y objeto de aclaración mediante la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN. Ésta última a su vez fue impugnada por COVIPERÚ mediante Recurso de Reconsideración, de fecha 11 de julio de 2007, el cual fue resuelto mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN, de fecha 27 de febrero de 2008.

83. Al respecto, en los párrafos 49 y 75 de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN, el Regulador concluyó que COVIPERÚ podría empezar a realizar el cobro del peaje hasta por el monto de US\$ 1.50, conforme al Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, a partir del quinto año

de la concesión (20 de septiembre de 2009), siempre que se haya concluido las obras en los predios que le fueron entregados por el CONCEDENTE, incluso cuando estos representen menos del 80% del área total del Derecho de Vía.

84. En opinión de COVIPERÚ, con la citada interpretación OSITRAN impuso una nueva condición (concluir Obras en los terrenos otorgados, sin importar la cantidad de éstos) no prevista en el Contrato para efectos de poder ejercer su legítimo derecho a aplicar la Tarifa señalada en la Cláusula 8.17, Literal c).

85. Debido a esta interpretación fue que en la Addenda N° 2 las partes acordaron expresamente cuáles eran las Obras susceptibles de ser ejecutadas y culminadas al 20 de setiembre de 2009 (o la fecha inicialmente prevista para la finalización de la Primera Etapa constructiva), con la finalidad de dejar absolutamente en claro cuáles eran esas Obras y permitir que el CONCESIONARIO pudiera ejercer los derechos que le otorga el Contrato de Concesión.

86. Precisamente para poder ejercitar ese derecho (realizar el incremento al 20 de setiembre de 2009) es que COVIPERÚ procedió a solicitar a OSITRAN que le indique el procedimiento a seguir para la certificación del cumplimiento de dichos Hitos (las Obras que, conforme a lo acordado en la Addenda N°2, eran las únicas susceptibles de culminarse a la fecha indicada) mediante la Carta N° C.0353.09.GT del 17 de julio de 2009. Sin embargo, la Demandante señala que OSITRAN emitió el Oficio N° 2709-09-GS-OSITRAN, del 21 de agosto de 2009, por el cual se negó a COVIPERÚ a aprobar o certificar el cumplimiento de la ejecución de dichas Obras pues OSITRAN consideró, basándose en su Nota N° 1038-09-GS-OSITRAN, que no se encontraba previsto un procedimiento para la aprobación de porcentajes menores al 100% de la Primera Etapa

87. Esto último implicó que, aun cuando el Contrato de Concesión preveía la posibilidad de que a la fecha inicialmente prevista (20 de septiembre de 2009) para la finalización de las Obras correspondientes a la Primera Etapa (a pesar de que el CONCEDENTE no hubiera entregado todos los terrenos necesarios para dichas Obras) COVIPERÚ tuviera el derecho a realizar el incremento tarifario y de existir las Interpretaciones realizadas al Contrato de Concesión por OSITRAN en las que se reconoció expresamente esa posibilidad, cuando llegó el momento en que COVIPERÚ pretendió ejercer ese derecho, el Estado

Peruano, actuando a través de OSITRAN, se negó a hacerlo, aduciendo que el Contrato sólo preveía reglas para la recepción de la totalidad de las Obras y no contenía reglas para aprobar las pocas Obras que podían realizarse (identificadas expresamente en la Addenda N°2). Según la Demandante, el Estado Peruano únicamente empleó este argumento con la finalidad de impedir el reconocimiento del derecho de COVIPERÚ.

88. De lo anterior solamente puede concluirse que, además de incumplir con las obligaciones que asumió ante COVIPERÚ en el Contrato, el Estado Peruano también realizó actos encaminados a evitar que COVIPERÚ tuviera acceso a los derechos que el Contrato le otorgaba.
89. A pesar de lo ocurrido, mediante la Carta N° C.0461.09, del 14 de setiembre de 2009, COVIPERÚ solicitó a OSITRAN la verificación de la culminación de las Obras previstas en los Literales a) y b) de la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión, modificada por la Addenda N° 2. Es decir, solicitó que OSITRAN comprobase que COVIPERÚ había culminado los Hitos 1 y 2 previstos en la Addenda N° 2 al Contrato de Concesión.
90. Mediante Oficio N° 3244-09-GS-OSITRAN, del 16 de septiembre de 2009, OSITRAN precisó lo comunicado en el Oficio N° 2709-09-GS-OSITRAN, comunicando un nuevo procedimiento para proceder a la verificación de los Hitos 1 y 2 de la Primera Etapa, previstos en la Addenda N° 2 al Contrato de Concesión. Al respecto, en el cuarto punto del segundo párrafo de la referida comunicación, OSITRAN señaló lo siguiente: *"De no mediar observaciones del Supervisor de Obras, el Concesionario procederá a solicitar formalmente la comprobación de la correcta ejecución de las Obras, conforme a lo señalado en la Cláusula 6.17 del Contrato de Concesión."*
91. Con fecha 21 de setiembre de 2009, mediante Carta N° C. 472.09, COVIPERÚ manifestó su decisión de acatar el nuevo procedimiento de verificación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, aun cuando las precisiones contenidas en el Oficio N° 3244-09-GS-OSITRAN suponen importantes modificaciones al Oficio N° 2709-09-GS-OSITRAN.
92. En dicho sentido, con Carta N° C.513.09 del 15 de octubre de 2009, COVIPERÚ presentó ante OSITRAN la documentación sustentatoria de la

culminación de las Obras, requerida recién el 16 de setiembre de 2009 mediante el Oficio N° 3244-09-GS-OSITRAN. La Demandante señala que, mediante la Carta N° 216-10/CPS-RV6/JS del 23 de agosto de 2010, el Supervisor de Obras remitió el Informe N° 69-10/CPS-RV6, en el que señalaba que se habían concluido con los trabajos correspondientes a los Hitos 1 y 2 de la Primera Etapa, por lo que recomendaba se debía proceder a la respectiva recepción de Obras. Sin embargo, COVIPERÚ indica que recién el 12 de mayo de 2011, se procedió a dar inicio al procedimiento de Recepción de Obras, tal y como queda plasmado en el Acta de Recepción de las Obras de los Sub Tramos 3 y 4 de la Primera Etapa y las Actas de Verificación del Levantamiento de Observaciones, del 23 de agosto de 2011 y del 17 de octubre de 2011, en las que comprende las Obras de la Primera Etapa, incluyendo los Hitos 1 y 2 que otorgaban derecho a COVIPERÚ al ajuste tarifario al 20 de setiembre de 2009.

Fundamentos de hecho de la Tercera Pretensión Alternativa:

93. COVIPERÚ sostiene que, conforme a los argumentos expuestos para sustentar sus demás pretensiones, así como de las pruebas ofrecidas, ha quedado demostrado que el Estado Peruano no cumplió con su obligación de entregar oportunamente los terrenos necesarios para que COVIPERÚ pudiera realizar las Obras correspondientes a la Primera Etapa constructiva.

94.

Por esa razón también solicita que, en el supuesto que el Tribunal Arbitral declare que se debe proceder a la aplicación literal de la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral debe ordenar que el MTC indemnice a COVIPERÚ pues será como consecuencia de los incumplimientos consistentes en la demora del CONCEDENTE en la entrega de predios, que se está perjudicando al CONCESIONARIO, al tener éste que aplicar un Peaje de \$1.50 a un tipo de cambio perjudicial para el CONCESIONARIO.

95.

Según la Demandante, si el CONCEDENTE hubiera cumplido oportunamente con sus obligaciones, COVIPERÚ no se vería en la necesidad de aplicar las Tarifas en un contexto en el cual el tipo de cambio se encuentra alrededor de S/2.50, lo que significaría cobrar un Peaje de alrededor de S/3.75. Sustenta esta afirmación en que, si el MTC hubiera entregado oportunamente los predios

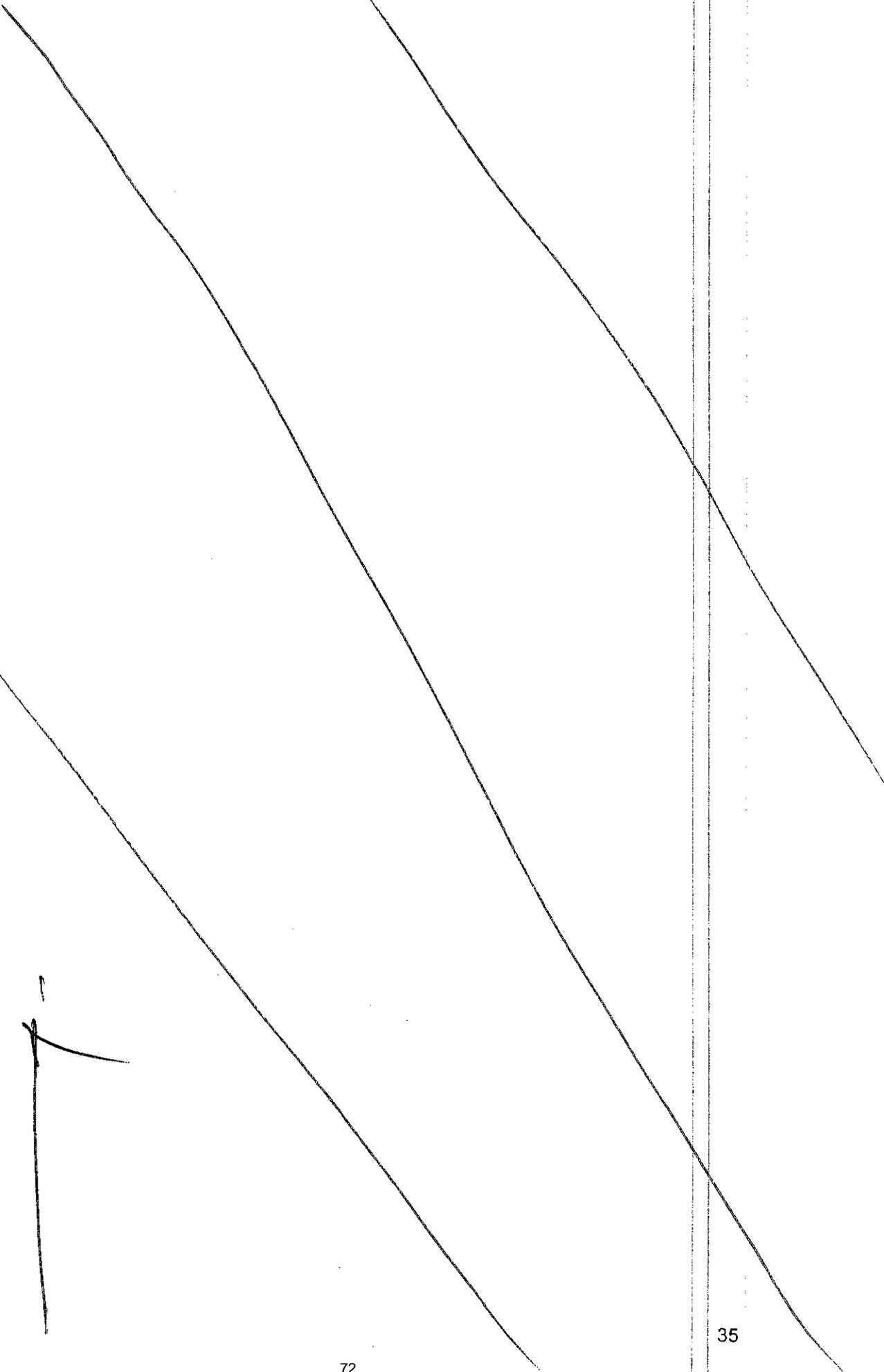
P

conforme a lo previsto en el Contrato, el CONCESIONARIO hubiera aplicado el mismo Peaje en un contexto en el cual el tipo de cambio era de alrededor de 2.89, lo que hubiera significado cobrar un Peaje de S/4.335, y a ello se hubieran agregado los correspondientes reajustes conforme a la fórmula establecida en la Cláusula 8.17, Literal d).

96. Por esas razones sostiene la Demandante que el Tribunal Arbitral debe ordenar al MTC que compense al CONCESIONARIO por los daños que sufrirá a partir del momento en que se vea obligado a reducir la Tarifa que actualmente cobra, como consecuencia de aplicar un tipo de cambio que le resulta perjudicial, debiéndose considerar que ese perjuicio se acumulará durante todo el plazo de vigencia de la Concesión.
97. Al respecto COVIPERÚ indica que el daño ocasionado por el incumplimiento del MTC no se puede cuantificar por completo en estos momentos, debido a que su impacto económico se presentará durante todo el plazo de vigencia de la Concesión y porque, además, se determinará conforme se vaya registrando la demanda real, luego de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa. Sin embargo, COVIPERÚ considera que esto no impide que el Tribunal Arbitral pueda establecer una fórmula para la liquidación del mismo toda vez que, en el escenario en que previamente hubiera declarado infundadas las anteriores Pretensiones, los elementos (o factores) que determinarán dicho daño son evidentes y pueden ser debidamente identificados en una fórmula.
98. Este mecanismo, además, resultaría en lo más justo para compensar al CONCESIONARIO, toda vez que las consecuencias del incumplimiento del CONCEDENTE se extenderán hasta el fin de la Concesión.
99. COVIPERÚ señala que dicha compensación deberá ser por lo menos igual a la diferencia obtenida entre: (a) los ingresos que se hubieran obtenido aplicando la Tarifa correspondiente a la culminación de la Primera Etapa dentro de los plazos previstos en el Contrato, si se hubieran entregado oportunamente los predios para la culminación de la Primera Etapa (esto es, aplicando el tipo de cambio vigente al 20 de setiembre de 2009, ajustado con la fórmula de reajuste prevista en la Cláusula 8.17, Literal d) del Contrato); menos, (b) los ingresos que se obtengan utilizando la Tarifa correspondiente a la aplicación literal de la Cláusula 8.17, Literal c).

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.



Handwritten scribbles and marks in the bottom left corner, including a vertical line and a horizontal tick mark.

Fundamentos de hecho de la Segunda Pretensión Principal:

100. Mediante esta Segunda Pretensión Principal COVIPERÚ requiere del Tribunal Arbitral una declaración (o reconocimiento) respecto del estado de cosas en que se encuentra su Contrato de Concesión.
101. Concretamente COVIPERÚ solicita que el Tribunal Arbitral declare que hasta la fecha de presentación de la demanda (y hasta la fecha en que efectivamente se culmine con la Primera Etapa constructiva) ha venido aplicando correctamente la Tarifa de Peaje que corresponde conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión, esto es la Tarifa prevista en la Cláusula 8.17, Literal a) del Contrato de Concesión. Es decir, solicita que el Tribunal Arbitral declare que COVIPERÚ ha venido realizando de manera correcta el cobro de la Tarifa actual, la misma que asciende a S/4.62 más el IGV correspondiente, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 8.17, Literal a) del Contrato de Concesión.
102. La Demandante fundamenta esta pretensión en que considera que el CONCESIONARIO tiene derecho a un incremento de la Tarifa a partir de la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa, situación esta última que todavía no se cumple hasta el momento de interposición de la demanda. En consecuencia, COVIPERÚ considera necesario que el Tribunal reconozca expresamente que, hasta que se produzca dicho evento, el CONCESIONARIO debe continuar cobrando la Tarifa establecida en la Cláusula 8.17, Literal a).
103. De otro lado, en el supuesto que el Tribunal rechace la Primera Pretensión Principal y acoja lo solicitado en la Primera Pretensión Alternativa, de igual manera se debe declarar que el CONCESIONARIO ha venido efectuando correctamente el cobro de la Tarifa prevista en la Cláusula 8.17, Literal a) del Contrato, puesto que en nada cambia esta obligación el hecho de que se declare que el cobro de la Tarifa contenida en la Cláusula 8.17, Literal c) a la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa es facultativa por parte del CONCESIONARIO. Bajo este escenario, de igual modo el CONCESIONARIO ha venido efectuando el cobro de la Tarifa conforme a lo dispuesto en el Contrato.

104. En el supuesto negado que (habiendo rechazado la Primera Pretensión Principal y la Primera Pretensión Alternativa) el Tribunal acoja lo solicitado en la Segunda Pretensión Alternativa, es decir que se declare que el CONCESIONARIO tenía derecho a cobrar la Tarifa de \$1.50 contemplada en la Cláusula 8.17, Literal c) desde la fecha prevista para la culminación de la Primera Etapa conforme a la Cláusula 5.2, esto es, desde el 20 de septiembre de 2009, igual es necesaria la declaración que solicita al Tribunal Arbitral mediante esta Segunda Pretensión Principal.
105. Según COVIPERÚ ello resulta necesario pues si bien en este caso corresponderá emplear el tipo de cambio de la fecha antes indicada, esa situación solamente se producirá como consecuencia de lo que se resuelva en el Laudo, por lo que resulta fundamental para el CONCESIONARIO que se reconozca que los efectos del Laudo son hacia delante (no retroactivos) y, por ende, que todo lo que cobró en forma previa la Sociedad Concesionaria fue debida y válidamente realizado, conforme a lo previsto en el Contrato.
106. Cabe destacar que si el CONCESIONARIO no ha podido emplear antes el tipo de cambio del 20 de septiembre de 2009 es debido a los pronunciamientos negativos de OSITRAN, entidad que es parte del Estado Peruano, y a la conducta, debidamente documentada, del MTC y de OSITRAN que impidieron al CONCESIONARIO la aplicación de la Tarifa referida, ante la amenaza de una sanción por el cobro de una Tarifa no autorizada.

Fundamentos de hecho de la Tercera Pretensión Principal:

107. COVIPERÚ solicita que, declarada fundada su demanda, el Tribunal Arbitral condene al MTC al pago de las costas y costos del proceso, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 15.14, Literal e) del Contrato. Según la pretensión de COVIPERÚ, los conceptos sobre los que deberá pronunciarse el Tribunal Arbitral, incluyen pero no se limitan al pago de los Gastos Administrativos al Centro, los honorarios del Tribunal Arbitral, honorarios de instituciones o peritos que deban ser contratados, medios probatorios de oficio ordenados por el Tribunal Arbitral y todos los conceptos en los que deba incurrir en la tramitación de este proceso.

108. A dicho efecto, COVIPERÚ señala que presentará oportunamente al Tribunal Arbitral, antes de la emisión del Laudo, una liquidación sustentada de los costos y costas en los que haya incurrido, con la finalidad que el Tribunal Arbitral pueda pronunciarse al respecto.

Contestación de la demanda

109. Mediante Resolución N° 1 de fecha 26 de marzo de 2013, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda presentada por COVIPERÚ, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que la sustentan, y corrió traslado al MTC del escrito de demanda para que, en el plazo de diez (10) días hábiles, procediera a contestarla y, de considerarlo pertinente, formular reconvencción.
110. Con fecha 16 de abril de 2013, mediante su escrito N° 01 el MTC formuló excepción de incompetencia, cumplió con contestar la demanda y solicitó la incorporación del OSITRAN al proceso.
111. Posteriormente, mediante el escrito N° 02 de fecha 30 de abril de 2013, el MTC amplió los argumentos de la excepción de incompetencia y de la contestación de la demanda.

Fundamentos de la excepción de incompetencia:

112. El MTC señala que, de acuerdo al Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7 de la Ley N° 26917, OSITRAN cuenta con la facultad de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación económica y que, en el caso de COVIPERÚ, el Contrato es el título que le otorga el derecho de realizar sus actividades de explotación de infraestructura vial. Señala asimismo que, conforme al Reglamento General de OSITRAN, corresponde a su Consejo Directivo ejercer esta facultad de interpretación.
113. La Demandada sostiene que, al interpretar los contratos de concesión bajo su ámbito, OSITRAN no crea nuevas obligaciones o derechos, ni modifica obligaciones o derechos existentes en virtud al contrato de concesión. Lo que hace OSITRAN es acreditar la existencia de derechos, obligaciones o intereses.

existentes en el contrato de concesión, a través de la emisión de actos administrativos declarativos con efectos vinculantes para las partes.

114. Del mismo modo, las Leyes N° 26917 y 27332 han otorgado a OSITRAN la Función Reguladora, que permite a dicha Entidad fijar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito.
115. En consonancia con lo antes señalado, el Artículo 7 de la Ley N°26917 señala que es función de OSITRAN operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites: (i) en el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos en que corresponda, y (ii) en el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.
116. Conforme a ello el MTC señala que, según el marco legal aplicable, el régimen tarifario contenido en el Contrato es regulado exclusivamente por OSITRAN, quien debe velar por su cabal y estricto cumplimiento, observando las reglas y condiciones contractualmente previstas.
117. Señala asimismo, que atendiendo a que las tarifas son pagadas directamente por los usuarios de la infraestructura, el ejercicio de las funciones de OSITRAN no solo tiene efectos sobre los intereses derivados del Contrato, sino también sobre dichos usuarios.
118. La Demandada señala que los Artículos 62 y 63 de la Constitución Política del Perú establecen expresamente que los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o judicial, según los mecanismos previstos en el contrato o contemplados en la ley. Es decir, desde una perspectiva constitucional, se reconoce la jurisdicción y competencia del arbitraje para conocer y resolver las controversias sobre materias de carácter disponible, sin intervención de ninguna autoridad administrativa o judicial, en tanto se trate de materias de carácter disponible de las partes.
119. Agrega que es distinta la solución de un conflicto privado, que es de interés únicamente de las partes, con una discrepancia del concesionario de un

servicio público, especialmente en cuanto al régimen tarifario que contiene un contrato de concesión, toda vez que estas no se quedan en la esfera individual de derechos de un privado frente a la administración pública, sino que son de alcance general y afecta a todos los usuarios de la infraestructura o servicio involucrado y, por tanto, acorde con la legislación no son ni deben ser arbitrables.

120. En opinión del MTC el empleo de esta vía arbitral afecta al debido proceso toda vez que, eventualmente, un usuario afectado o una asociación de consumidores no podría participar en un arbitraje o impugnar una decisión arbitral si esta fuese manifiestamente desfavorable a sus intereses, por lo que la regulación del régimen tarifario contenido en el Contrato es competencia única y exclusiva de OSITRAN.
121. Sostiene asimismo, que, si bien en mérito al principio del *Kompetenz-Kompetenz* se faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, esta facultad no es absoluta, pues debe ser ejercida en armonía con el ordenamiento jurídico, destacándose que la competencia arbitral sólo puede versar sobre materias de carácter disponible, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en pronunciamientos previos.
122. Advierte el MTC que el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 señala que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Señala que, por consiguiente, no cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros, puesto que la Ley es la que determina qué es lo que se puede arbitrar o qué no.
123. La discrepancia del concesionario de un servicio público, especialmente en cuanto al régimen tarifario que contiene el contrato de concesión, no se agota en la esfera individual del CONCESIONARIO frente al CONCEDENTE, puesto que es de alcance general, al afectar a todos los usuarios de la infraestructura y, por tanto, acorde con la legislación no son disponibles, ni deben ser arbitrables.
124. De este modo, si cualquiera de las partes estiman que existe un conflicto o incertidumbre con relevancia jurídica que pudiera surgir con respecto a la

interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto referente al régimen tarifario contenido en el contrato de concesión, debe recurrir al Consejo Directivo de OSITRAN y, en caso no esté de acuerdo con lo resuelto por dicho Órgano colegiado, deberá acudir al Poder Judicial, a efectos que ejerza el control jurídico a que se hace referencia en el Artículo 1 de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

125. Agrega el MTC que ni la Ley ni los tratados internacionales otorgan competencia al Tribunal Arbitral en lo referente al régimen tarifario contenido en el contrato de concesión. Todo lo contrario, la función reguladora es ejercida exclusivamente por los Organismos Reguladores y, particularmente en este caso, por OSITRAN.
126. En cuanto a la Cláusula de Solución de Controversias prevista en el Contrato, señala que, de acuerdo al marco legal y constitucional señalado, así como de acuerdo al Contrato, están expresamente excluidas de la cláusula de solución de controversias: (i) el régimen tarifario regulado por OSITRAN; y (ii) las decisiones del OSITRAN en ejercicio de sus funciones administrativas.
127. En tal virtud atendiendo a que, tanto en el primer caso como en el segundo, se trata claramente de materias relacionadas a las funciones administrativas de OSITRAN, en las que por su naturaleza se trata de atribuciones que emanan directamente del *ius imperium* del Estado propio del Derecho Público, cualquier conflicto o incertidumbre jurídica sobre dichos aspectos debe tramitarse necesariamente en la vía administrativa (y, eventualmente, en la contencioso administrativa), pero de ninguna manera en la vía arbitral.
128. En ese marco contractual, ante cualquier conflicto o incertidumbre jurídico referente al régimen tarifario regulado por OSITRAN, cualquiera de las partes debe acudir ante este Organismo Regulador y, si no se encuentra conforme con su pronunciamiento, será la jurisdicción contenciosa administrativa la facultada para resolver de manera exclusiva y excluyente los asuntos relativos a la legalidad del acto administrativo correspondiente, teniendo dicha facultad carácter intransferible.
129. Adicionalmente, las normas de arbitraje tienen un requisito de cumplimiento previo, para efectos de someter determinada controversia al arbitraje, y es que

se trate de materias sobre las cuales "las partes" tienen facultad de libre disposición.

130. Respecto de la Cláusula 8.17 del Contrato, sobre la cual versa este proceso, señala que dicha cláusula contiene el régimen tarifario, con el conjunto de reglas que regulan las Tarifas que está autorizado y deberá cobrar COVIPERÚ durante la Explotación del Área de la Concesión. De ello la Demandada concluye que dicha cláusula tiene naturaleza tarifaria. En atención a lo señalado, acorde con lo dispuesto en la normatividad vigente, en el presente caso corresponde exclusivamente al OSITRAN, ejercer la función administrativa que le confiere el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7 de la Ley N° 26917; esto es, determinar el alcance de las cláusulas del Contrato, especialmente las del régimen tarifario; destacándose que particularmente en este caso, el ejercicio de dicha función, tiene efectos sobre los intereses de los usuarios.

131. Por consiguiente, estando a lo anterior y a lo dispuesto expresamente en la Sección XV del Contrato, el régimen tarifario contenido en la Cláusula 8.17 del Contrato no es materia de libre disposición de las partes, por lo que no puede ser materia de negociación directa entre estas, ni de solución de controversias por la vía arbitral, solicitando se declare fundada la Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral para resolver las materias sometidas a arbitraje.

Contestación de la demanda: la claridad del Contrato:

132. Previamente a contestar las pretensiones de la parte Demandante, el MTC señala que, para evaluar si el Contrato es claro al establecer la Tarifa a ser cobrada por el CONCESIONARIO a la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa constructiva, corresponde revisar las Cláusulas 15.3 y 8.17, literal c) del Contrato, la redacción de las referidas Cláusulas en las distintas versiones del Contrato; y las Bases de la correspondiente Licitación, en particular, el Artículo 31 de estas últimas.

133. Al respecto la Demandada indica que la Cláusula 15.3 del Contrato regula el orden de prelación para resolver cualquier divergencia de interpretación del Contrato: "15. 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."

- 134.** Al respecto, las partes establecieron como regla que, en caso se presente una divergencia sobre alguna cláusula del Contrato, primero debe revisarse el propio Contrato y luego sus respectivas Bases. Según ello, el Contrato constituye el primer elemento de consideración para resolver alguna controversia en particular. Solo en el caso de que el Contrato no sea claro en su lectura, se deberá recurrir a las Bases que dieron origen a la Concesión.
- 135.** Señala que en este caso el CONCESIONARIO se basa -en primera instancia- en los documentos de evaluación financiera que PROINVERSIÓN elaboró durante el diseño de la Concesión, esto es, en el proceso de Licitación cuando estaban vigentes las Bases. De esta manera, el CONCESIONARIO desconoce el acuerdo de partes estipulado en la Cláusula 15.3 del Contrato, para resolver su supuesta divergencia en la interpretación del Contrato. Ello resulta así pues el MTC considera que el CONCESIONARIO solamente puede acudir a las Bases después de haber demostrado que el Contrato no es claro en su lectura o interpretación.
- 136.** En ese sentido, el MTC señala que en el Literal c) de la Cláusula 8.17, las partes pactaron de común acuerdo que la Tarifa correspondiente sería de US\$ 1.50, a la fecha de aprobación de culminación de la Primera Etapa, expresada en Nuevos Soles en función al valor que registre el Tipo Cambio a dicha fecha. Señala que de ello se puede deducir, a priori, que la lectura de esta cláusula es clara pues la oportunidad de cobro del Peaje de US\$ 1.50 está establecida: a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa. En este caso, cabría preguntar si es posible o no identificar cual sería la fecha de aprobación de estas Obras. Según el Contrato, la construcción de las Obras es un proceso que se ejecuta con base a unos estudios y un Calendario de Ejecución de Obras y, de acuerdo a sus normas y al Contrato, es OSITRAN el responsable de efectuar el seguimiento a esta ejecución. El mismo Contrato además indica que corresponderá a una comisión formada por el Regulador realizar la aprobación de las Obras ejecutadas por el CONCESIONARIO. Por tanto, contractualmente y en términos prácticos, es factible definir la fecha de aprobación de las Obras de la Primera Etapa.

137. El MTC señala que, si la fecha de aprobación de las Obras de la Primera Etapa es determinable, cabría preguntar si en dicha fecha es posible a no tener o conocer el Tipo de Cambio vigente a dicha fecha. De acuerdo a la definición contenida en el Contrato de Concesión, el Tipo de Cambio es el promedio de compra o venta del sistema financiero establecido por la Superintendencia de Banca y Seguros y publicado en el diario oficial "El Peruano". Es decir, resultaría claro concluir que sea cual fuera la fecha de culminación de las Obras de la Primera Etapa, siempre sería factible conocer el Tipo de Cambio vigente a dicha fecha.
138. Por consiguiente, si es factible identificar la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa y conocer el Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, es determinable la Tarifa a cobrar en Nuevos Soles a partir de la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa. Por lo tanto, la intención y el acuerdo expresado por las partes en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato es indubitable y consiste en que, a la fecha de culminación de las Obras de la Primera Etapa, se inicie el cobro de la Tarifa equivalente a US\$ 1.50 expresada en Nuevos Soles al Tipo de Cambio vigente a la fecha de aprobación de la Primera Etapa constructiva.
139. De ninguna manera, se colige de esta cláusula que existió o existe una intención del Estado Peruano de que la Tarifa expresada en Nuevos Soles se incrementa a la fecha de aprobación de las Obras de la Primera Etapa. Su valor es resultado del importe que adopte el Tipo de Cambio al momento de la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa.
140. Respecto a ello, si se revisa la redacción del Literal c) de la Cláusula 8.17 en las distintas versiones del Contrato, durante el proceso de Licitación, se observa que dicha redacción se mantuvo inalterable desde el primer borrador del Contrato hasta la versión final firmada. Esto es importante porque revela que durante el proceso de Licitación, que cuando se va estableciendo el diseño del Contrato, los Postores y el futuro CONCESIONARIO (COVIPERÚ) tenían pleno conocimiento de que la Tarifa correspondiente al US\$ 1.50, a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, expresada en Nuevos Soles, sería aquella que resulte de aplicar el Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, es decir, ello estaba en función del Tipo de Cambio que se registre al momento de la aprobación de las Obras de la Primera Etapa.

141. En otras palabras, en ninguna versión del Contrato ni en el mismo Contrato firmado, el Tipo de Cambio vigente a dicha fecha estaba previamente pactado o definido. La vigencia del Tipo de Cambio más bien estaba y está asociado al momento en que se produjera la aprobación de las Obras de la Primera Etapa.
142. Por último, el Artículo 31 de las Bases de la Licitación establecía que el CONCESIONARIO asume el riesgo y ventura de su Propuesta Económica debiendo basar su decisión para su presentación, entre otros, en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas: *"Artículo 31: Limitaciones de responsabilidad. 31.1.- La presentación de la Oferta Económica será a riesgo y ventura del Oferente, Postor, Participante Precalificado. Todos los Participantes Precalificados deberán basar su decisión de presentar o no la Oferta Económica en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas, etc. (...)."*
143. La Demandada considera que el Artículo 31 de las Bases de la Licitación definió claramente las "limitaciones de responsabilidad" respecto a la Oferta Económica de los Postores, pues dispuso que ella debía estar basada en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas, entre otros. Considerando que el CONCESIONARIO en su momento fue un Postor, no puede desconocer esta limitación para pretender ahora señalar que su Oferta Económica estaba basada en el análisis elaborado por el Estado Peruano.
144. De lo anterior se debe apreciar que las Bases señalaron explícitamente las limitaciones de responsabilidad para los Postores, debiendo estos basar sus propuestas con referencia a sus propias investigaciones o análisis. En todo caso, si cualquier Postor o el CONCESIONARIO consideró el análisis del Estado Peruano, lo hizo suyo a su cuenta y riesgo, debiendo como cualquier otro inversionista efectuar sus propias evaluaciones de consistencia ante cualquier decisión de inversión.
145. Por lo tanto, la Demandada señala que quedaba claro que las partes estaban de acuerdo con la "regla de juego" establecida en el Contrato para el valor del Tipo de Cambio a ser utilizado en la conversión de la Tarifa correspondiente al Peaje de US\$ 1.50, el mismo que será el vigente a la fecha de aprobación de

culminación de la Primera Etapa. En tal sentido, se encuentra claramente establecido, desde las Bases de la Licitación, que la determinación de la Tarifa a cobrar está sujeta al valor que adopte el Tipo de Cambio a la fecha de aprobación de las Obras de la Primera Etapa, sin que ella significara una supuesta intención de un incremento de la Tarifa expresada en Nuevos Soles.

Contestación de la demanda: Primera Pretensión Principal

146. El MTC considera que COVIPERÚ, al pretender que el Tribunal Arbitral declare que debe seguir aplicando la Tarifa vigente en tanto no se determine el incremento tarifario solicitado, pretende modificar unilateralmente el Contrato, omitiendo los procedimientos de Ley que deben seguirse para ello. Sobre el particular, señala que el Artículo 9 del Decreto Supremo N° 146-2008-EF - "Reglamento del D.L. N° 1012", establece el procedimiento para la renegociación de un contrato de APP, a través del cual se permite la modificación de los contratos de concesión previa opinión del organismo regulador correspondiente.

147. Ahora bien, en los términos planteados por el MTC, el argumento del CONCESIONARIO por el cual señala que el incremento de la tarifa fue establecido como una condición unilateral del Estado Peruano durante la fase de licitación, es incorrecto. A decir del MTC, los contratos de concesión son fruto de la negociación estructurada que surge cuando los interesados formulan consultas y observaciones a PROINVERSIÓN, modificando así las versiones preliminares del Contrato. Por ello, señala que las reglas establecidas en la versión final del Contrato son aceptadas por las partes y no representan una condición unilateral impuesta por el Estado.

148. Cuando COVIPERÚ sostiene que la real intención de las partes en el Contrato era que el CONCESIONARIO tuviera derecho a cobrar una mayor Tarifa a los usuarios una vez culminada la Primera Etapa constructiva, cuestionando lo establecido en la Cláusula 8.17 del Contrato, pretende interpretar el mismo alejándose de lo establecido en él y amparando su argumentación en documentación extraída del Libro Blanco elaborado por PROINVERSIÓN durante la etapa de Licitación. Sin embargo, el Contrato ha establecido en su Cláusula 15.3 los "Criterios de Interpretación" que se deben aplicar ante la existencia de alguna divergencia en la interpretación del mismo, debiendo

prevalecer en, primer término, el mismo Contrato y, en segundo lugar, las Bases.

De lo anterior se colige que, si se cuestiona lo establecido en la Cláusula 8.17 y se plantea que ésta tiene otro sentido distinto al que se lee de manera literal, resulta indispensable acudir a las Bases a fin de entender el verdadero sentido de dicha cláusula.

149. En ese sentido, al cuestionar la literalidad de lo señalado en la Cláusula 8.17 del Contrato, porque no refleja -según el CONCESIONARIO- lo que las partes quisieron decir, primero y antes de acudir a otro tipo de documentación, se debe buscar en las Bases del Contrato para resolver la divergencia suscitada, porque así lo acordaron las partes.

150. Las "reglas de juego" aceptadas por las partes para el cobro de la Tarifa se han establecido en la Cláusula 8.17 del Contrato, en particular, en el Literal a) y c) de la referida Cláusula. De las mismas se observa que el "incremento" de la Tarifa en Nuevos Soles solicitado por el CONCESIONARIO, solo se producirá cuando el Tipo de Cambio, a la fecha de aprobación de culminación de la Primera Etapa, sea tal que multiplicado por US\$1.50 más el IGV resulte mayor a la Tarifa vigente. No obstante, el Contrato es claro al establecer que la Tarifa correspondiente al US\$1.50 expresado en Nuevos Soles estará en función al valor del Tipo de Cambio en la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa, por lo que la Tarifa resultante podría ser mayor, menor o igual a la Tarifa vigente.

151. Como consecuencia de lo anterior, la Demandada considera que existe un riesgo del Tipo de Cambio asociado a la Tarifa, riesgo que considera que fue asignado al CONCESIONARIO, al no anclar el valor del Tipo de Cambio a una fecha específica sino a una actividad que, si bien está vinculada al CONCEDENTE, también es dependiente de una obligación del CONCESIONARIO -como es la culminación de las Obras de la Primera Etapa-, y así lo acordaron las partes al momento de suscribir el Contrato.

152. Prosigue la Demandada alegando que lo anterior también se relaciona con lo ya indicado respecto del Artículo 31 de las Bases, en donde se establece que el CONCESIONARIO asume el riesgo y ventura de su Propuesta Económica,

debiendo basar su decisión para su presentación, entre otros, en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entre otros. Esto resulta importante, toda vez que el CONCESIONARIO presenta como fundamento de su Primera Pretensión Principal las evaluaciones económicas financieras realizadas por el MTC y por la empresa Apoyo Consultoría, asesor financiero de PROINVERSIÓN durante el proceso de Licitación, indicando que en estas evaluaciones se considera que la Tarifa a la fecha de culminación de la Primera Etapa "debía incrementarse". Al respecto, la Demandada señala que las evaluaciones realizadas por el CONCEDENTE no representan ninguna intención de las partes y que ello fue así establecido en las Bases al dejar en claro que el CONCESIONARIO tenía que basar su Oferta Económica en sus propias investigaciones y exámenes, lo cual implica que debió realizar sus propias proyecciones de Tipo de Cambio y no considerar las proyecciones del CONCEDENTE.

153. El CONCESIONARIO considera que la Tarifa de S/6.30 a la culminación de la Primera Etapa (Peaje de US\$1.50 al Tipo de Cambio previsto en la modelación), indicada en la evaluación financiera realizada por el MTC, debe ser entendida como una "condición de incremento del Peaje" establecida por parte del Estado. Según indica la Demandada, esta afirmación del CONCESIONARIO no es correcta, debido a que la Tarifa de S/6.30 es resultado de multiplicar el monto de US\$1.50 por un Tipo de Cambio proyectado el que, como toda proyección, no es exacta ni puede obligar a las partes a considerarla como data cierta. Asimismo, la evaluación financiera del Estado debe ser entendida solo como un instrumento de uso exclusivo del Estado, y las proyecciones de una determinada variable, no implican una intención de voluntad de las partes.

154. Asimismo, el Artículo 31.2 de las Bases establece la limitación de responsabilidad estatal, señalando que el Gobierno del Perú no garantiza la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información escrita que se suministre en el procedimiento licitatorio. En consecuencia, ninguna de las personas, empresas o consorcios que participen en el proceso de Licitación podrá atribuir responsabilidad por el uso que pueda darse a dicha información o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en tal artículo.

155. Continúa sosteniendo que COVIPERÚ, desconociendo el Artículo 31 de las Bases, considera que las proyecciones realizadas por el MTC configuran un derecho al incremento, al arrojar un resultado positivo. Sin embargo, de las Bases, que forman parte integrante del Contrato y tienen prelación sobre cualquier otra documentación, queda claramente establecido que *"el Gobierno del Perú no garantiza la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información escrita que se suministre en el procedimiento licitatorio."*, es decir que las proyecciones realizadas no constituyen un derecho; por el contrario, las Bases han establecido que el Estado, ergo, el MTC no tiene responsabilidad alguna por la veracidad de cualquier documento, entre los que se cuentan las proyecciones realizadas al Tipo de Cambio.
156. De otro lado, el CONCESIONARIO considera como fundamento de su Primera Pretensión Principal, el informe "Esquema Económico Financiero", elaborado por Apoyo Consultoría, señalando que se preveía un incremento del Peaje a partir del quinto Año de la Concesión, que era la fecha prevista para la culminación de la Primera Etapa.
157. Al respecto, la Demandada ha señalado que el "Esquema Económico Financiero" elaborado por Apoyo Consultoría esta expresado en Dólares constantes del año 2005 y, por lo tanto, no incorpora una proyección del Tipo de Cambio, lo cual es consistente con lo establecido en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, ya que en el modelo también se está asumiendo que el riesgo cambiario asociado a la Tarifa al finalizar la Primera Etapa es asignado al CONCESIONARIO. En tal sentido, el incremento de la Tarifa dolarizada a precios constantes (o reales) del 2005 se cumple, es decir, pasa de US\$1.33 a US\$1.50, lo que no se contrapone con una reducción de la Tarifa en Nuevos Soles, ya que el incremento o reducción de la Tarifa expresada en Nuevos Soles responde al Tipo de Cambio de la fecha de aprobación de culminación de la Primera Etapa.
158. El MTC también señala que la afirmación de COVIPERÚ, en el sentido que tiene derecho a un incremento tarifario sustentándose en que los Postores presentaron sus ofertas considerando que efectivamente tendrían un incremento tarifario real a la finalización de las Obras de la Primera Etapa (o la fecha inicialmente prevista en el Contrato para ello, en caso que el CONCEDENTE incumpliera con la entrega de los terrenos), es incorrecta.

159. Ello, toda vez que el CONCESIONARIO no puede pretender conocer las "intenciones" de los Postores respecto al comportamiento del Tipo de Cambio y la Tarifa, por lo que este argumento debe ser desestimado. Además, señala que en las distintas versiones del Contrato siempre se estableció que la Tarifa a ser cobrada una vez culminada la Primera Etapa sería de US\$ 1.50 al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, en consecuencia, la "regla de juego" que tuvieron que considerar los Postores para la conversión de la Tarifa correspondiente al US\$ 1.50 a Nuevos Soles es utilizar el Tipo de Cambio de la fecha de aprobación de culminación de las Primera Etapa pudiendo darse el caso que la Tarifa se reduzca o incremente, y así fue puesto en conocimiento de los Postores en las distintas versiones del Contrato.
160. En cuanto al argumento del CONCESIONARIO referido a que durante la ejecución del Contrato los actos y documentos generados por las partes también reflejaron "indubitablemente" su entendimiento respecto a que debía producirse un aumento real y efectivo de las Tarifas a la finalización de las Obras de la Primera Etapa constructiva, señala que el CONCESIONARIO solicitó al Regulador la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato produciéndose los pronunciamientos del OSITRAN. Entre estos pronunciamientos, se encuentran la Resolución N°034-2007-CD-OSITRAN y el Informe N°021-07-GRE-GAL-OSITRAN, en los que se observa que el Regulador hizo referencia a la Tarifa en Dólares Americanos. En ese sentido, si se compara el Peaje inicial (S/4.62) que en Dólares Americanos equivale a US\$1.40 aproximadamente (al Tipo de Cambio de la suscripción del Contrato) respecto del US\$1.50, entonces, el Peaje resulta mayor en Dólares Americanos. Sin embargo, el MTC considera que debe dejarse en claro que en las resoluciones y los informes del Regulador no se observa alguna postura o intención de que la Tarifa en Nuevos Soles se incremente respecto a la Tarifa que actualmente viene cobrando COVIPERÚ.
161. Conforme a ello, el MTC concluye que las partes durante la ejecución del Contrato no han expresado su entendimiento respecto de que debía producirse un aumento de las Tarifas en Nuevos Soles a la finalización de las Obras de Primera Etapa constructiva, como lo pretende el CONCESIONARIO.

162. Por lo expuesto, la Demandada considera que ha demostrado que la Primera Pretensión Principal de COVIPERÚ, respecto a su supuesto derecho a un incremento tarifario expresado en Nuevos Soles, no se ajusta a derecho pues las partes han acordado clara y explícitamente su intención y obligación de que a la fecha de aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa se cobre la Tarifa equivalente a un Peaje de US\$1.50 convertido a Nuevos Soles al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha de aprobación lo que, dada la naturaleza del Tipo de Cambio, puede resultar en una disminución, un incremento o que registre un valor similar.

Contestación de la demanda: Primera Pretensión Alternativa

163. El MTC señala que el Contrato de Concesión no establece el derecho de COVIPERÚ a un aumento o incremento efectivo de la Tarifa que cobra a los Usuarios a la fecha de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa.
164. El concepto Derecho, en términos subjetivos, es *"la facultad que tiene un sujeto para ejecutar un acto con determinada conducta o abstenerse de ella"*. Un derecho subjetivo nace por una norma jurídica, que puede ser una ley o un contrato, a través de un acuerdo de voluntades para que pueda hacerse efectivo este derecho sobre otra persona determinada.
165. Suponer que es un derecho de COVIPERÚ el incrementar la Tarifa significa que tiene la facultad de ejercerlo o abstenerse del mismo. Sin embargo, el Contrato ha establecido en la Cláusula 8.17 una regla que el CONCESIONARIO debe cumplir. Se trata, más bien, de una obligación áestablecida en el Contrato, no teniendo este la facultad de decidir si lo aplica o no, según le convenga.
166. Resulta evidente que las partes convinieron en que el CONCESIONARIO realice el cobro de la Tarifa correspondiente al US\$1.50 al Tipo de Cambio vigente a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa. En ese sentido, el referido literal señala como una obligación que *"La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA (...)"* y no como una posibilidad de ejercer o renunciar al cobro de la Tarifa.

167. Cuando el CONCESIONARIO acude al Tribunal para que este declare que el incremento de la Tarifa es un derecho de COVIPERÚ, lo que está pidiendo es que el Tribunal proceda a crear un derecho que no ha sido pactado entre las partes, porque está ante un escenario que no lo favorece.
168. En el supuesto negado que las partes hubieran acordado que el CONCESIONARIO tiene el derecho a decidir no ejercer o renunciar a lo establecido en la Clausula 8.17, Literal c), entonces la redacción de la referida Cláusula habría utilizado las palabras "podría cobrar"; "de estimarlo conveniente cobrara"; o, "es potestad cobrar o no" en lugar de señalar "a ser cobrada".
169. En caso el Tribunal decidiera declarar como válido lo pretendido por COVIPERÚ, dicha decisión tiene como efecto una reasignación de riesgo, es decir, el CONCESIONARIO está pretendiendo que el usuario asuma el riesgo cambiario, con el argumento de que el Tipo de Cambio hace que el Peaje se reduzca y le es desfavorable.
170. Asimismo, el CONCESIONARIO señala en la fundamentación de la Primera Pretensión Alternativa que en el Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato se otorga otro derecho a su favor, distinto al indicado en el Literal c) precedente. COVIPERÚ señala que la no aplicación (o renuncia) a la Tarifa correspondiente al US\$1.50 no implica que se deje de aplicar el reajuste anual (previsto en el Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato) a la Tarifa que actualmente viene cobrando, siendo necesario que se determine el mecanismo de reajuste para este caso (en que el CONCESIONARIO opte por no aplicar la Tarifa establecida en la Cláusula 8.17, Literal c), bien sea por Acuerdo entre las partes o mediante una decisión del Regulador).
171. Señala el MTC que lo pretendido por el CONCESIONARIO resulta en una modificación del Contrato ya que, las partes no han acordado un ajuste anual a la Tarifa del Peaje vigente (S/4.62). En tal sentido, el CONCESIONARIO pretende vía proceso arbitral que se le otorgue un derecho no pactado. En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral desestime esta pretensión pues significaría una modificación contractual.

Contestación de la demanda: Segunda Pretensión Alternativa

172. Según la Cláusula 6.17 del Contrato, a través del nombramiento de una comisión de recepción de Obras por parte de OSITRAN se comprueba la culminación de las Obras que ejecuta el CONCESIONARIO. Es decir, a través del dictamen de una comisión es posible considerar que una Obra se encuentra culminada, según los parámetros y estándares técnicos establecidos en el Contrato, pudiendo proceder con su aprobación. Por tanto, según el MTC, corresponde a OSITRAN y no al Tribunal Arbitral, determinar si COVIPERÚ culminó con todas las Obras que podían realizarse hasta el 20 de setiembre de 2009, que era la fecha inicialmente prevista para la finalización de las Obras de la Primera Etapa constructiva, ya que así lo acordaron las partes en el Contrato, como se puede observar en la Cláusula 6.17 del mismo.
173. En este caso, COVIPERÚ solicitó ante OSITRAN la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato, en el sentido que se le permita cobrar la Tarifa correspondiente al US\$1.50 a partir del inicio del quinto Año de la Concesión. Lo solicitado por COVIPERÚ fue objeto de interpretación mediante las Resoluciones N° 010-2007-CD-OSITRAN, N° 034-2007-CD-OSITRAN y N° 012-2008-CD-OSITRAN.
174. La interpretación efectuada por OSITRAN de la Cláusula 5.2 del Contrato permitió a COVIPERÚ cobrar la Tarifa correspondiente al US\$1.50 a partir del inicio del quinto Año de la Concesión, siempre que haya concluido las Obras en los predios que le fueron entregados por el CONCEDENTE.
175. Sin embargo, señala el MTC que el CONCESIONARIO no cumplió con concluir las Obras en los predios entregados por el CONCEDENTE. Así, mediante Oficio N°3508-09-GS- OSITRAN, el OSITRAN verifico que el CONCESIONARIO mantenía ciertas partidas aun por ejecutar (Sistema de Riego por Goteo, Guardavías, Emboquillado de Alcantarillas, Tachas Delineadoras Bidireccionales, Postes Kilométricos y Postes Delineadores) por lo cual, en los términos del Contrato de Concesión, COVIPERÚ no cumplió con culminar al 20 de setiembre de 2009 aquellas Obras que si eran susceptibles de ser ejecutadas en los predios entregados por el CONCEDENTE.

176. Por lo tanto, la Segunda Pretensión Alternativa no debería ser materia de arbitraje y, en caso el CONCESIONARIO no tenga claridad en la aplicación de esta Cláusula debería solicitar la interpretación de OSITRAN, más aun por tratarse de un tema tarifario.
177. Cabe señalar que, a la fecha, el CONCESIONARIO no ha cumplido con culminar con el 100% de las Obras correspondientes a la Primera Etapa. Sobre el particular, con fecha 13 de agosto de 2012, ante la imposibilidad del CONCESIONARIO de ejecutar el Sistema de Riego Tecnificado correspondiente a la Primera Etapa, las partes suscribieron la Addenda N° 5 al Contrato mediante la cual se sustituyó la obligación del CONCESIONARIO de ejecutar dicho Sistema de Riego de la Primera Etapa por la construcción de un Intercambio Vial y un Puente Peatonal en Asia.

Contestación de la demanda: Tercera Pretensión Alternativa

178. El retraso en la culminación de las Obras tiene como causa definitiva la imposibilidad del CONCESIONARIO de cumplir con su obligación de concluir con el total de las Obras correspondientes a la Primera Etapa. Por un lado, las partes, de mutuo acuerdo y antes de la fecha prevista para la culminación de las Obras de la Primera Etapa, optaron por solucionar la problemática de la liberación de predios a través de la modificación de plazos de la entrega de predios y la culminación de ejecución de las Obras, mediante la suscripción de la Addenda 2 al Contrato, efectuada el 8 de abril de 2009.
179. Así, la Demandada sostiene que, con el consentimiento del CONCESIONARIO, no solo se actualizó el plazo de entrega de terrenos del CONCEDENTE sino, además, se modificó el cronograma de ejecución de Obras de obligación del CONCESIONARIO. Más aún, como queda establecido, se perfeccionó la ejecución del Contrato al adaptar la ejecución de las Obras a la disponibilidad de los terrenos del CONCEDENTE, de tal forma que el CONCESIONARIO pueda cumplir con su obligación.
180. En la Cláusula Quinta de la Adenda 2, se establece como declaración de las partes que la modificación planteada respeta *todas* las condiciones económicas

y técnicas originalmente contempladas y mantiene el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

181. Por otro lado, y a pesar de ello, la culminación de las Obras no se dio en el 2009, no debido a causas imputables al CONCEDENTE, sino que fue debido a una solicitud del CONCESIONARIO, que se inició mediante la Carta C.509.09 del 13 de octubre de 2009, a través de la cual COVIPERÚ comunicó al Regulador la imposibilidad técnica de establecer un Sistema de Riego Tecnificado en solo una porción de la Red Vial 6, cuando el Contrato consideraba la instalación de dicho Sistema en forma integral entre los Sub-Tramos 2 al 6.
182. A partir de entonces, el CONCESIONARIO solicitó al CONCEDENTE la sustitución de la inversión prevista para las labores de revegetación que se encuentran contenidas en el Estudio Definitivo de Ingeniería de la Red Vial 6, elaborado por la Asociación Alpha Consult S.A. - AYESA, por otras obras de mayor utilidad.
183. De acuerdo a los términos de la Cláusula 6.1 del Contrato, COVIPERÚ hizo suyos los Expedientes Técnicos de la Concesión, por lo que asumió a su cuenta y riesgo la ejecución del Estudio Definitivo de Ingeniería por Etapas.
184. En consideración de la imposibilidad indicada por el CONCESIONARIO para ejecutar el Sistema de Riego Tecnificado de la Primera Etapa, se procedió con la suscripción de la Addenda N° 5 el 13 de agosto de 2012, en la que se sustituyó la obligación de realizar la revegetación de la berma central y en los intercambios viales por la construcción y mantenimiento del Intercambio Vial Asia y Puente Peatonal Asia.
185. La Addenda N° 5 estableció que el CONCEDENTE entregue la totalidad de terrenos asociados a la ejecución de las Obras del Intercambio Vial y Puente Peatonal Asia hasta los noventa (90) Días Calendarios contados a partir del inicio de ejecución de estas Obras, las mismas que debían iniciarse a los treinta (30) días de suscrita la Addenda. Según el MTC hasta la fecha en que presentó su escrito de contestación de demanda, el CONCESIONARIO no había dado iniciado al proceso para la aprobación de la culminación de dichas Obras.

186. Por lo expuesto, la Demandada alega que esta pretensión debe declararse infundada toda vez que las Addendas N° 2 y N° 5 demuestran que ambas partes estuvieron de acuerdo en modificar los plazos de entrega de terrenos y ejecución de Obras. En consecuencia, no existe una demora del CONCEDENTE en entregar los predios ya que, de mutuo acuerdo, las partes ampliaron dichos plazos. Más aun, en última instancia, ha sido el propio COVIPERÚ el que se ha visto imposibilitado de ejecutar parte de su obligación, como es el Sistema de Riego Tecnificado, lo que ha llevado a que tales plazos se modifiquen a través de la Addenda N° 5.
187. Respecto a que la reducción de la Tarifa constituye un efecto del retraso del CONCEDENTE en la entrega de terrenos, ha quedado demostrado que el CONCESIONARIO, según el Contrato y la interpretación de OSITRAN, tenía la posibilidad de cobrar la Tarifa de US\$1.50 al Tipo de Cambio vigente a la fecha de aprobación originalmente contemplada para la culminación de las Obras de la Primera Etapa. Sin embargo, dado el incumplimiento del CONCESIONARIO en la construcción de las Obras en los terrenos que le fueron entregados por el CONCEDENTE hasta dicha fecha, el CONCESIONARIO por sus propios actos se vio en la imposibilidad de cobrar la Tarifa en cuestión, por lo que no corresponde compensación alguna por parte del MTC a favor del CONCESIONARIO.
188. De otro lado, el MTC señala que la postergación en la entrega de predios no solo ha generado que COVIPERÚ no se perjudique, sino que le ha permitido obtener mayores beneficios, los cuales se explican en dos hechos: primero, el retraso de las inversiones ha hecho que la rentabilidad del accionista aumente, debido a que el desembolso de efectivo para las inversiones se realizó después de lo previsto y, segundo, en caso las inversiones se hubieran culminado en la oportunidad prevista, la Tarifa en Nuevos Soles correspondiente al US\$1.50 hubiera sido menor a la Tarifa que sigue cobrando COVIPERÚ (S/.4.62). Es decir, COVIPERÚ viene cobrando una mayor Tarifa debido al retraso en la culminación de las inversiones, obteniendo beneficios adicionales.
189. Con relación al supuesto daño que se habría generado al CONCESIONARIO, señala el MTC:

- a) Mediante el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN que sustenta la Resolución N° 012-2008-CD-OSITRAN, el Regulador evaluó el efecto financiero que la postergación de las Obras tendría sobre el proyecto, para lo cual elaboró un flujo de caja del CONCESIONARIO y simuló diversos escenarios, en los que mostró el efecto que la postergación de las Obras de construcción de la Primera Etapa, y que dependen en parte de la entrega de terrenos por parte del CONCEDENTE, pueden tener sobre el valor del proyecto.

Como primer escenario, el Regulador asumió el inicio de las Obras en la fecha establecida en el Contrato (al inicio del tercer Año de la Concesión), para luego ir posponiendo dicho en un año de forma sucesiva. Como resultado de esta simulación, el Regulador evidenció que la postergación de las Obras de la Primera Etapa implican un incremento significativo en el VAN del proyecto (Concesión) a partir del cuarto año.

- b) De otro lado, tampoco es correcto que el CONCESIONARIO se haya perjudicado por la no dolarización de la Tarifa; por el contrario, ha obtenido beneficios adicionales. El CONCESIONARIO habría tenido ganancias adicionales derivadas de la diferencia entre la Tarifa de US\$1.50 que debió darse en la oportunidad prevista (Setiembre de 2009) y la Tarifa vigente (S/.4.62 más IGV) por demanda registrada de la Concesión. La no dolarización de la Tarifa habría generado sobre ganancias a favor del CONCESIONARIO, aun considerando los ajustes por inflación estipulados en el Contrato. Dicha sobre ganancia es alrededor de S/.16.6 millones expresados en Nuevos Soles para el periodo que comprendería entre setiembre de 2009 a setiembre de 2013.

190. Asimismo, según el MTC, en el supuesto negado de que se hubieran ocasionado los daños y perjuicios a COVIPERÚ derivados de la demora en la entrega de los terrenos, la Cláusula 8.20 del Contrato prevé el procedimiento para el reconocimiento de una afectación del equilibrio económico financiero y, por ende, si corresponde o no una compensación.

191. El concepto de equilibrio económico-financiero debe ser entendido dentro de los parámetros y condiciones establecidos en el propio Contrato. Ello significa que no cualquier variación en los costos y/o ingresos brutos, derivados de los retrasos en las inversiones o cualquier otra situación, que afecte al CONCEDENTE y/o CONCESIONARIO podrá ser considerado como un supuesto de desequilibrio económico-financiero que amerite una compensación. El Contrato establece de manera expresa los supuestos en los que podría darse un eventual desequilibrio económico-financiero.
192. De acuerdo a la Cláusula 8.20 del Contrato, corresponde al Regulador evaluar si una situación, enmarcada dentro de los supuestos de la referida cláusula, generó o no desequilibrio y, por ende, si amerita o no una compensación.

Contestación de la demanda: Segunda Pretensión Principal

193. El MTC refiere que no es el Tribunal Arbitral quien debiera determinar si el cobro de la Tarifa que viene realizando COVIPERÚ es correcto, ya que de acuerdo a Ley es OSITRAN el organismo competente para velar por el correcto cobro de las Tarifas de los contratos de concesión. En tal sentido, resulta necesario que el Tribunal Arbitral no pierda de vista la competencia en temas tarifarios que de acuerdo a Ley se le ha conferido a OSITRAN.
194. Al respecto, de acuerdo al Literal b) del Artículo 5 de la Ley N° 26917, constituye un objetivo del OSITRAN "[v]elar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión." asimismo, el inciso ii. del Numeral 7.1 del Artículo 7 de la mencionada Ley, establece como una de las funciones del OSITRAN "(...) velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que este contiene."
195. El Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, establece las materias susceptibles de arbitraje, señalando que "(...) Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen."

196. Por lo expuesto, queda claro que el marco normativo vigente ha establecido que es atribución o función de una entidad de derecho público, OSITRAN, velar por el cumplimiento del sistema tarifario, no siendo una materia de libre disposición de las partes, por lo que, lo solicitado en la Segunda Pretensión Principal por el CONCESIONARIO, no es materia arbitrable.

Contestación de la demanda: Tercera Pretensión Principal

197. Señala el MTC que ha quedado demostrado que las pretensiones de COVIPERÚ no son amparables, pues no se condicen con lo establecido por las partes en el Contrato, ni con el marco legal vigente, así como tampoco siguen el debido proceso contemplado en el Contrato, por lo que solicita que se condene a COVIPERÚ a asumir todos los gastos del proceso arbitral.
198. Teniendo en cuenta el marco legal y contractual, se ha podido comprobar que la demanda arbitral interpuesta por COVIPERÚ no se ajusta a derecho, toda vez que (i) el Contrato expresa la intención de las partes al establecer de manera clara la Tarifa a ser cobrada por el CONCESIONARIO a la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa constructiva; (ii) el camino natural que debe seguir COVIPERÚ, en caso el Contrato no le fuera claro, es el de la interpretación que, de acuerdo a las normas, corresponde a OSITRAN; y, (iii) el Régimen de Tarifas, de acuerdo a Ley, es de competencia del OSITRAN y, por tanto, no es materia arbitrable.

Pedido para incorporar al OSITRAN al proceso como litisconsorte necesario pasivo

199. Mediante el escrito N° 1 del 16 de abril de 2013, además de formular la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral y de contestar la demanda, amparado en el Artículo 95 del Código Procesal Civil, el MTC solicitó que se incorporara al proceso al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, OSITRAN, toda vez que, para el MTC, el resultado del presente proceso puede afectar las facultades administrativas, normativas, reguladoras y sancionadoras respecto del Contrato, las que, a decir del MTC, corresponden exclusivamente al OSITRAN. Sobre el particular, el MTC sustenta el pedido de incorporar a OSITRAN en los siguientes principales argumentos:

- (i) Conforme a la normativa que regula su competencia, OSITRAN cuenta con facultades para interpretar los contratos de concesión suscritos en el ámbito de la infraestructura de transporte, siendo que dicha facultad de interpretación debe ser ejercida por su Consejo Directivo. Al interpretar un contrato de concesión, OSITRAN no crea obligaciones o derechos, sino que acredita la existencia de los mismos en un contrato de concesión, a través de la emisión de actos administrativos declarativos vinculantes para las partes.
- (ii) Entre las funciones con que cuenta OSITRAN, se encuentra la Función Reguladora, en aplicación de la cual OSITRAN tiene la función de operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, ya sea fijando tarifas o, en caso esté prevista en un contrato, velar por el cumplimiento de los mismos. Por ello, sostiene que el régimen tarifario previsto en el Contrato debe ser regulado exclusivamente por OSITRAN.
- (iii) De acuerdo a la Constitución Política del Perú y a las leyes que regulan el arbitraje, solo son arbitrables las materias de libre disposición, por lo que la discrepancia del concesionario de un servicio público respecto del régimen tarifario, que tiene alcance general pues afecta a los usuarios de la infraestructura, no es arbitrable.

III.

TRAMITACIÓN DEL PROCESO:

- 200. Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2013, COVIPERÚ absolvió el traslado de la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral formulada por el MTC, sustentando su posición y exponiendo los argumentos por los que considera que la misma debe ser declarada improcedente o infundada. Posteriormente, mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2013, COVIPERÚ amplió sus argumentos respecto de la excepción formulada por el MTC y acompañó a dicho escrito un informe jurídico elaborado por el estudio jurídico Bullard, Falla & Ezcurra.
- 201. Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2013, COVIPERÚ absolvió el traslado de la petición del MTC para incorporar al proceso al OSITRAN en calidad de litisconsorte necesario pasivo, exponiendo los argumentos por los que, en su posición, no debía incorporarse al referido Regulador.

202. Mediante Resolución N° 6 del 3 de mayo de 2013, haciendo uso de las facultades conferidas por las partes en el Numeral 12 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral resolvió suspender el proceso hasta una fecha posterior, a ser comunicada a las partes.
203. Mediante comunicación s/n de fecha 5 de junio de 2013, el Secretario General comunica a las partes del proceso que el Consejo Superior de Arbitraje, a solicitud del Presidente del Tribunal Arbitral, acordó prorrogar el plazo para laudar en sesenta (60) días hábiles adicionales. Ello, según lo acordado por las partes en el numeral 15 del Acta de Instalación y lo dispuesto en el Artículo 55 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
204. Mediante Resolución N° 8 del 19 de junio de 2013, se resolvió disponer el levantamiento de la suspensión del proceso a partir de la fecha de emisión de la referida resolución, así como citar a las partes a la Audiencia de determinación de cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, para el día 25 de junio de 2013.
205. Mediante Resolución N° 9 del 25 de junio de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió "no ha lugar" a la solicitud de incorporación de OSITRAN efectuada por el MTC, por los fundamentos señalados a continuación:

- En un arbitraje, la participación de terceros debe darse conforme a lo previsto en el Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071, el cual dispone que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse al arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral.
- El Artículo 43 de la Constitución Política del Perú establece que el Estado es uno e indivisible, por lo que, al ser un organismo público, OSITRAN es parte del Estado Peruano.
- Si se admitiera que OSITRAN es una persona distinta al Estado Peruano, a la cual se deba extender el convenio arbitral, implicaría que la unidad y exclusividad del Estado Peruano se vería mellada y que cualquiera de los organismos públicos que de alguna manera intervenga o pudiese intervenir en la ejecución

del Contrato tendrían que ser pasibles de la extensión del convenio arbitral y llamado a incorporarse al proceso.

- Por lo señalado, no se ha configurado el supuesto previsto en el Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071, por que no se trata de extender el convenio arbitral a un tercero, ya que OSITRAN es parte del Estado Peruano y, por tanto, parte del Contrato.

Sin perjuicio de lo resuelto, el Tribunal Arbitral dejó a salvo la posibilidad de que el MTC presentara en su calidad de representante del Estado Peruano, la posición institucional de OSITRAN, si es que así lo estimaba conveniente para efectos de su defensa, lo que sería considerado por el Tribunal Arbitral al momento de laudar. Sin embargo, el Tribunal Arbitral debe dejar constancia que el MTC no presentó al proceso escrito alguno conteniendo la posición del OSITRAN.

- 206.** La Resolución N° 9 fue materia de reconsideración por la Demandada, quien sustentó sus argumentos mediante escrito presentado el 26 de junio de 2013, fundamentando su impugnación en los siguientes argumentos:

- De acuerdo a las Leyes N° 26917, "Ley de supervisión de la inversión privada en infraestructura de transporte de uso público y promoción de los servicios de transporte aéreo" y N° 27332, "Ley Marco de los Organismos Reguladores", OSITRAN es un organismo público con personería de derecho público interno y con autonomía funcional, técnica, económica y financiera, por lo que no está sujeto a mandato imperativo de ningún órgano o entidad en los temas de su competencia.
- Entre las facultades de OSITRAN se encuentra la de velar por el cumplimiento del sistema de tarifas previsto en un contrato sujeto a su ámbito de competencia. En ese sentido, considerando las pretensiones de COVIPERÚ, corresponde que OSITRAN participe del proceso para hacer valer sus derechos, conforme a las facultades con que cuenta.

207. Mediante Resolución N° 10 de fecha 25 de junio de 2013 se resolvió tener presente los argumentos expuestos por COVIPERÚ en su escrito de fecha 24 de mayo de 2013, por el cual se adjuntó el Informe jurídico del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra y se amplió la absolución del traslado de la excepción de incompetencia, concediéndose asimismo al MTC el plazo de cinco (5) días para que manifestara lo que correspondiera a su derecho respecto del referido informe legal.

208. Mediante la Resolución N° 11 de fecha 25 de junio de 2013, se proveyó el escrito presentado por COVIPERÚ el 4 de junio de 2013, por el cual solicitó se resolviera la excepción de incompetencia así como el pedido para incorporar a OSITRAN. En dicha resolución el Tribunal resolvió que COVIPERÚ debía estarse a lo dispuesto en la Resolución N° 9.

209. Con fecha 25 de junio de 2013 a horas 5:00 PM, se llevó a cabo la "Audiencia de determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral", la cual se realizó en las instalaciones del Centro con presencia de ambas partes. En la diligencia mencionada, se procedió a determinar las materias sobre las que se pronunciará el Tribunal Arbitral, siendo éstas las siguientes, sin perjuicio del derecho del Tribunal Arbitral de ajustar, reformular o prescindir pronunciarse de los mismos:

1.1 *"Determinar si corresponde declarar que COVIPERÚ tiene derecho a un aumento o incremento efectivo de la tarifa que cobra a los usuarios a la fecha de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, cuando ésta se produzca. Ello sería como consecuencia de determinar que el incremento tarifario era la común intención de las partes y que, conforme al ordenamiento, se debe declarar la primacía de lo querido sobre lo declarado. Además determinar si corresponde declarar que: (i) COVIPERÚ debe seguir aplicando la tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho; y que, (ii) COVIPERÚ tiene derecho a un incremento tarifario, es decir, a cobrar más a los usuarios, lo que deberá ser determinado ya sea mediante una Addenda al Contrato de Concesión del Tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (en adelante el Contrato de Concesión) o como resultado del ejercicio de la potestad reguladora por parte del OSITRAN.*

1.2 *En caso no se declare fundada la pretensión señalada en el numeral 1.1 precedente, determinar si corresponde declarar que el ajuste tarifario previsto en la cláusula 8.17, literal c) del Contrato de Concesión ha sido establecido por las partes como un derecho a favor de COVIPERÚ, y no como una obligación. En caso se ratifique que se trata de un derecho, determinar si corresponde reconocer que: (i) COVIPERÚ puede decidir no aplicar (o renunciar) a la aplicación de ese ajuste tarifario; (ii) Si*

COVIPERÚ decide no aplicar el citado ajuste, tiene derecho a continuar cobrando la tarifa de peaje actual, pactada en la Cláusula 8.17, literal a) del Contrato de Concesión; (iii) La no aplicación del ajuste previsto en la Cláusula 8.17, literal c) del Contrato de Concesión no implica una renuncia a aplicar el reajuste contemplado en la Cláusula 8.17, literal d), por lo que COVIPERÚ tendría derecho a aplicar dicho reajuste anual siendo necesario que se determine el mecanismo de reajuste para este caso (en que COVIPERÚ opte por no aplicar la tarifa establecida en la Cláusula 8.17, literal c) bien sea por acuerdo entre las partes o mediante una decisión del OSITRAN.

1.3 En caso no se declare fundada la pretensión señalada en el numeral 1.1 ni la pretensión señalada en el numeral 1.2 precedentes, determinar si corresponde declarar que: (i) COVIPERÚ culminó con todas las obras que podía realizar hasta el 20 de setiembre de 2009, que era la fecha inicialmente prevista para la finalización de la Primera Etapa constructiva; (ii) Considerando lo anterior, en aplicación de lo previsto en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, así como en el último párrafo de la Cláusula 6.1 modificada por la adenda 2 al Contrato de Concesión, COVIPERÚ tiene derecho al cobro de la tarifa de \$1.50 conforme a lo dispuesto en la Cláusula 8.17, literal c), aplicando el tipo de cambio vigente al 20 de setiembre de 2009 (fecha originalmente prevista para la culminación de las Obras de la Primera Etapa), debiéndose reconocer que antes de aplicar esa nueva Tarifa, COVIPERÚ deberá efectuar los respectivos reajustes hasta la actualidad, conforme a lo previsto en la Cláusula 8.17, literal d) del Contrato de Concesión.

1.4 En caso no se declare fundada la pretensión señalada en el numeral 1.1, la pretensión señalada en el numeral 1.2, ni la pretensión señalada en el numeral 1.3 precedentes, y por ende, COVIPERÚ tenga que aplicar literalmente la Cláusula 8.17, literal c), lo que implica que la nueva tarifa sería el equivalente a US\$ 1.50 al tipo de cambio vigente a la fecha de aprobación de la culminación de la primera etapa, con la consiguiente reducción de la tarifa que ello implicaría, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde: (i) declarar que el retraso en la culminación de la primera etapa constructiva (prevista en el Contrato de Concesión para el 20 de setiembre de 2009) se debe a los supuestos reiterados incumplimientos del MTC en la entrega de los predios necesarios para la ejecución de dichas obras; (ii) declarar que, por lo anterior, la reducción de tarifa antes indicada resulta en un efecto de dichos supuestos incumplimientos por lo que debe ser compensado por el MTC a favor de COVIPERÚ; (iii) ordenar que el MTC pague a favor de COVIPERÚ una compensación por los supuestos daños y perjuicios derivados de su incumplimiento en la entrega oportuna de los terrenos, específicamente respecto del daño que implicará para COVIPERÚ el percibir un menor ingreso como consecuencia de la aplicación literal del Contrato de Concesión, lo que supondrá una reducción de la tarifa que cobra COVIPERÚ a los usuarios; debiendo disponer el Tribunal Arbitral que dicha compensación deberá ser por lo menos igual a la diferencia obtenida entre: (a) los ingresos que se hubieran obtenido aplicando la tarifa correspondiente a la culminación de la primera etapa dentro de los plazos previstos en el contrato, si se hubieran entregado oportunamente los predios para la culminación de la primera etapa (esto es, aplicando el tipo de cambio vigente al 20 de setiembre de 2009, ajustado con la

fórmula de reajuste prevista en la cláusula 8.17, literal d) del Contrato de Concesión; menos, (b) los ingresos que se obtengan utilizando la tarifa correspondiente a la aplicación literal de la Cláusula 8.17, literal c); (iv) ordenar que la compensación indicada en el punto precedente, deberá ser pagada por el MTC a favor de COVIPERÚ en forma mensual, en función de los vehículos (y/o ejes) que circularon por la carretera concesionada durante el mes precedente y aplicando en dicho cálculo los ajustes ordinarios y/o extraordinarios que correspondan conforme al Contrato de Concesión; (v) que el Tribunal reconozca expresamente en su pronunciamiento, que este petitorio de compensación solamente comprende los supuestos daños que sufriría COVIPERÚ como consecuencia de verse obligado a reducir su tarifa (a pesar de que el Contrato de Concesión le ofrecía un aumento efectivo de la misma) y que el Tribunal reconozca que COVIPERÚ se reserva el derecho de reclamar compensaciones adicionales al MTC por cualquier otro daño o perjuicio que le hubieran ocasionado los reiterados incumplimientos del CONCEDENTE en la entrega de los terrenos necesarios para la ejecución de la Primera Etapa constructiva.

- 1.5 Determinar si corresponde declarar que hasta la fecha de la demanda (y hasta la fecha en que efectivamente se culmine con la Primera Etapa constructiva) COVIPERÚ ha venido aplicando correctamente la tarifa de peaje que corresponde conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión.
- 1.6 Determinar si corresponde, en caso la demanda sea declarada fundada, ordenar al MTC el pago de los costos del proceso, conforme a lo previsto en el literal e) de la Cláusula 15.14 del Contrato de Concesión."

210. Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en el Literal b) del Artículo 42 del Reglamento de Arbitraje del Centro, en la Audiencia de determinación de cuestiones materia de su pronunciamiento, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

a.

De parte de la Demandante:

- a.1. Se admitieron las pruebas ofrecidas por COVIPERÚ en el acápite VII. "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda presentado el 20 de marzo de 2013, identificados con los numerales 46.0 al 46.51, complementados mediante el escrito presentado el 1 de abril de 2013:

- El Contrato de Concesión
- Las Addendas N° 1, N° 2, N° 3, N° 4 y N° 5 al Contrato.
- El Informe N° 155-2009-MTC/25 de la Dirección General de Concesiones en Transportes, de fecha 20 de marzo de 2009.

- La Carta N° C.480.08, del 26 de mayo de 2008, dirigida por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° C.513.08 de fecha 4 de junio de 2008 enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° C.514.08, del 04 de junio de 2008, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° 578.08, de fecha 16 de junio de 2008, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° C.853.08, del 15 de agosto de 2008, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Oficio N° 1039-2008-MTC/25, del 10 de octubre de 2008, enviado por el MTC a COVIPERÚ.
- Carta N° C.1071.08 de fecha 17 de octubre de 2008, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° C.1081.08, de fecha 23 de octubre de 2008, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° C.1247.08, del 23 de diciembre de 2008, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Carta N° C.0676.2010.GT, del 18 de diciembre de 2010, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Oficio N° 021-11-GG-OSITRAN, del 22 de enero de 2011, enviado por OSITRAN a COVIPERÚ.
- Carta N° C.904.06 mediante la cual COVIPERÚ solicita a OSITRAN la interpretación de la Cláusula 5.2 del Contrato.
- Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD-OSITRAN, acompañada de su respectivo informe.
- Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN, acompañada de su respectivo Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN, acompañada de su respectivo informe.
- Carta N° C.0353.09.GT, del 17 de julio de 2009, enviada por COVIPERÚ solicitó a OSITRAN.
- Oficio N° 2709-09-GS-OSITRAN, del 21 de agosto de 2009, acompañado de la Nota N° 1038-09-GS-OSITRAN
- Carta N° C.0461.09, del 14 de setiembre de 2009, enviada por COVIPERÚ a OSITRAN.
- Oficio N° 3244-09-GS-OSITRAN, de fecha 16 de setiembre de 2009.
- Carta N° C. 472.09, de fecha 21 de setiembre de 2009, enviada por COVIPERÚ a OSITRAN.
- Carta N° C.513.09, del 15 de octubre de 2009, enviada por COVIPERÚ a OSITRAN.
- Asiento de Cuaderno de Obra N° 78, del 15 de agosto de 2009.
- Asiento de Cuaderno de Obra N° 79, de fecha 16 de agosto de 2009.
- Oficio N° 1400-2009-MTC/25, del 29 de octubre de 2009, acompañado del Oficio N° 3458-09-GS-OSITRAN y la Nota N° 1295-09-GS-OSITRAN, enviado por el MTC a COVIPERÚ.
- Carta N° C.566.09, del 25 de noviembre de 2009, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Oficio N° 1459-2009-MTC, de fecha 12 de noviembre de 2009, enviado por el MTC a COVIPERÚ.

- Oficio N° 4034-09-GS-OSITRAN, adjuntando la Nota N° 1520-09-GS-OSITRAN, del 17 de noviembre de 2009, enviado por OSITRAN a COVIPERÚ.
- Asiento del Cuaderno de Obra N° 76.
- Nota de Envío RGT N° 041-2009, dirigido al Supervisor de Obra.
- Oficio N° 3872-09-GS-OSITRAN, del 5 de noviembre de 2009, enviado por OSITRAN a COVIPERÚ.
- Asiento de Cuaderno de Obras N° 94, del 20 de septiembre de 2009.
- Asiento de Cuaderno de Obras N° 95, del 24 de septiembre de 2009.
- Oficio N° 1401-2009-MTC/25, de fecha 2 de noviembre de 2009, adjuntando el Oficio N° 3508-09-GS-OSITRAN y la Nota N° 1301-09-GS-OSITRAN, enviado por el MTC a COVIPERÚ.
- Carta C. 666.09, del 3 de diciembre de 2009, enviada por COVIPERÚ al MTC.
- Oficio N° 411-10-GS-OSITRAN, adjuntando la Nota N° 161-10-GS-OSITRAN, del 9 de febrero de 2010, enviado por OSITRAN a COVIPERÚ.
- Carta N° C.0289.2010.GT, del 25 de mayo de 2010, enviada por COVIPERÚ a OSITRAN.
- Oficio N° 2491-10-GS-OSITRAN, del 17 de junio de 2010, enviado por OSITRAN al Supervisor de Obras.
- Carta N° 216-10/CPS-RV6/JS, del 23 de agosto de 2010, enviada por el Supervisor de Obras a OSITRAN remitiendo el Informe N° 69-10/CPS-RV6.
- Acta de Recepción de las Obras de los Sub Tramos 3 y 4 de la Primera Etapa del 12 de mayo de 2011.
- Acta de Verificación del Levantamiento de Observaciones, del 23 de agosto de 2011.
- Acta de Verificación del Levantamiento de Observaciones, del 17 de octubre de 2011.
- Plan de Promoción de la Inversión Privada de la Segunda Licitación de la Concesión de la Red Vial N° 6 del Libro Blanco de la Segunda Licitación.
- Informe Esquema Económico Financiero de Apoyo Consultoría de Mayo de 2005 del Libro Blanco de la Segunda Licitación.
- Informe Técnico y Financiero para la Contraloría General de la República presentado por Proinversión y Apoyo Consultoría respecto de la versión final del contrato.
- Oficio N° 153-2002-MTC/15.02 del MTC, de fecha 4 de febrero de 2002 del Libro Blanco de la Primera Licitación, al cual hace referencia expresamente el Plan de Promoción de la Segunda Licitación.

a.2 Se admitieron las pruebas ofrecidas por COVIPERÚ en el PRIMER OTROSI DECIMOS de su escrito de absolución de traslado de excepción de incompetencia, presentado el 29 de abril de 2013, identificadas con los numerales 1 al 4:

- La demanda presentada por COVIPERÚ en el proceso.
- El escrito de excepciones del MTC.
- Resolución N° 14 recaída en el Expediente N°147-2011 sobre anulación de laudo arbitral interpuesto por el MTC contra COVIPERÚ, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00232-2012-PA/TC.

a.3 Se admitieron las pruebas ofrecidas por COVIPERÚ en el SEGUNDO OTROSI DECIMOS de su escrito de absolucón de traslado de solicitud de incorporación de OSITRAN presentado el 29 de abril de 2013:

- Resolución N° 11 de fecha 31 de agosto de 2009 en el caso arbitral N°1530-162-2008.
- Resolución N° 14 recaída en el Expediente N°147-2011 sobre anulación de laudo arbitral interpuesto por el MTC contra COVIPERÚ, emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00232-2012-PA/TC.

a.4 Con relación a los informes ofrecidos por COVIPERÚ en el numeral 46.52 del acápite VII. "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda, el Tribunal Arbitral otorgó a COVIPERÚ un plazo de 10 días hábiles para su presentación. COVIPERÚ presentó dichos informes, los que fueron admitidos como medios probatorios mediante la Resolución N° 17 del 30 de julio de 2013, siendo estos, los siguientes:

- Informe jurídico de fecha 3 de julio de 2013, elaborado por el Dr. Rómulo Morales Hervías.
- Informe jurídico de fecha 3 de julio de 2013, elaborado por el Estudio Bullard, Falla & Ezcurra.
- Informe "Evaluación del ajuste del peaje al término de la primera etapa de la concesión del Tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica", de fecha 7 de junio de 2013, elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

a.5 Con relación a la prueba ofrecida por COVIPERÚ en el PRIMER OTROSI DECIMOS de su escrito de ampliación de la absolucón del traslado de la excepción de incompetencia presentado el 24 de mayo de 2013, el Tribunal Arbitral dejó en suspenso la admisión de la misma, a efectos de que el MTC cumpliera con la absolucón conferida mediante

a Resolución N° 10. Este medio probatorio fue posteriormente admitido a trámite mediante la Resolución N° 17 del 30 de julio de 2013, siendo este el Informe de fecha 22 de mayo de 2013 elaborado por el Estudio Bullard, Falla & Ezcurra.

b. De parte de la Demandada:

Se admitieron las pruebas ofrecidas por el MTC en la página 28 del escrito de excepción de incompetencia, contestación de demanda y solicitud de incorporación de OSITRAN, acápite "MEDIOS PROBATORIOS", presentado con fecha 16 de abril de 2013, identificados con los numerales 1 y 2, así como las pruebas ofrecidas en la página 39 y 40, acápite III "MEDIOS PROBATORIOS" del escrito antes mencionado, identificadas con los numerales del 1 al 6:

- El Contrato
- Las Addendas al Contrato.
- Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD-OSITRAN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 034-2007-CD-OSITRAN.
- Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN.
- Oficio N° 2709-09-GS-OSITRAN acompañado de la Nota N° 1038-09-GS-OSITRAN.

c. Pruebas de Oficio:

El Tribunal Arbitral dispuso la realización de una inspección ocular en los diversos sectores del tramo vial materia de controversia, la cual se llevó a cabo el día 12 de julio de 2013 con la presencia del Tribunal Arbitral y de ambas partes.

211. Finalmente, en la misma diligencia, el Tribunal Arbitral informó a las partes que se pronunciaría sobre la excepción planteada por el MTC antes de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje del Centro.

212. Mediante Resolución N° 12 del 4 de julio de 2013, se resolvió poner en conocimiento de COVIPERÚ el escrito presentado por el MTC el 26 de junio de 2013, por el cual formuló Reconsideración contra la Resolución N° 9.

213. Mediante Resolución N° 13 del 4 de julio de 2013, se resolvió solicitar a COVIPERÚ que se haga cargo de los gastos necesarios para la actuación de la inspección dispuesta por el Tribunal como prueba de oficio.
214. Mediante Resolución N° 14 del 16 de julio de 2013, atendiendo a lo informado por COVIPERÚ en su escrito del 11 de julio de 2013, se resolvió tener presente la designación del Ingeniero Oscar Tapia Flores como el representante de COVIPERÚ durante la inspección dispuesta por el Tribunal Arbitral.
215. Mediante Resolución N° 15 del 16 de julio de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió tener presentes, con conocimiento de la parte contraria, de los informes presentados por COVIPERÚ mediante escrito de fecha 11 de julio de 2013.
216. Con fecha 22 de julio de 2013, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 16, por la cual se declaró infundada la impugnación efectuada por el MTC en contra de la Resolución N° 9. La Resolución N° 16 se sustentó en los siguientes argumentos:

- No son materia de cuestionamiento de este incidente las funciones y atribuciones de OSITRAN, sino la procedencia o no de su incorporación al proceso.
- El Contrato fue suscrito entre el Estado de la República del Perú (el CONCEDENTE), actuando a través del MTC y COVIPERÚ. Asimismo, la Cláusula 15.11 del Contrato establece que, para efectos de la aplicación de la Sección XV referida a la solución de controversias, cuando se haga referencia a las "Partes", el término comprenderá indistintamente a la Sociedad Concesionaria y al CONCEDENTE. Por lo tanto, al celebrar el Contrato y al aceptar el sometimiento de las controversias a arbitraje, el Estado Peruano nombró como su representante únicamente al MTC, por lo que las partes de cualquier controversia deben ser el Estado Peruano, representado por el MTC y el CONCESIONARIO.
- Como se señaló en la resolución materia de impugnación, el supuesto previsto en el Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071 es de aplicación cuando se pretende la incorporación de terceros al arbitraje, lo que no ocurre en este caso, ya

que el OSITRAN no es un tercero, pues forma parte del Estado Peruano y por ende puede actuar a través del MTC.

217. Mediante Resolución N° 17 del 30 de julio de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió admitir a trámite como pruebas los informes presentados por COVIPERÚ mediante los escritos de fecha 24 de mayo y 11 de julio de 2013, otorgar a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles a efectos que presenten sus alegaciones y conclusiones finales y, asimismo, las citó a la Audiencia de Informes Orales para el 19 de agosto de 2013.
218. Mediante Resolución N° 18 del 5 de agosto de 2013, se resolvió tener presente, con conocimiento de la parte contraria, el escrito presentado por el MTC con fecha 31 de julio de 2013, respecto de los informes presentados por COVIPERÚ el 11 de julio de 2013.
219. Mediante Resolución N° 19 del 6 de agosto de 2013, atendiendo a lo solicitado por COVIPERÚ en su escrito del 5 de agosto de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió ampliar en cinco (5) días hábiles adicionales el plazo otorgado a las partes para la presentación de sus alegaciones y conclusiones finales y, asimismo, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el 22 de agosto de 2013 a las 10:00 horas, en el local institucional del Centro.
220. Con fecha 14 de agosto de 2013, COVIPERÚ presentó por escrito sus alegatos. Por su parte, el MTC hizo lo mismo mediante escrito presentado el 15 de agosto de 2013.
221. El 22 de agosto de 2013, a horas 10:00 AM, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la que ambas partes expusieron sus argumentos y respondieron a las consultas y preguntas del Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad y como consta en el Acta respectiva, las partes ratificaron haber tenido oportunidad para exponer sus respectivas posiciones y ejercer su derecho de defensa durante el desarrollo del arbitraje, sin tener ningún reclamo sobre el particular.
222. En el mismo acto, el Tribunal Arbitral procedió al cierre de la instrucción y fijó en 38 días hábiles el plazo para laudar.

IV.

CONSIDERANDO:

Primero: Conforme a lo dispuesto en la Audiencia de determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral del 25 de junio de 2013, el Tribunal Arbitral señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 40 del Reglamento de Arbitraje del Centro, se pronunciaría sobre la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral formulada por el MTC de manera previa al pronunciamiento sobre el fondo de la controversia materia de este proceso arbitral.

Por lo tanto, corresponde que el Tribunal proceda a evaluar los argumentos al respecto presentados por las partes y, únicamente si desestima la excepción formulada, procederá a evaluar las pretensiones planteadas por COVIPERÚ en el presente proceso.

Segundo: Que, conforme puede apreciarse de los escritos presentados por el MTC, éste sustenta la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral en los siguientes fundamentos:

(i) La Demandada considera que, de acuerdo al Artículo 7 de la Ley N° 26917, la competencia para interpretar el Contrato es únicamente del OSITRAN, quien debe ejercerla por medio de su Consejo Directivo.

(ii) Agrega que, tratándose en este caso de cuestiones referidas al régimen tarifario del Contrato, sólo OSITRAN puede conocer las mismas.

(iii) De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1071 que regula el arbitraje, sólo pueden ser materias arbitrables aquellas de libre disposición de las partes, por lo que no puede arbitrarse aquellas materias de competencia del OSITRAN, las que son ejercidas por medio de las facultades de *ius imperium* del Estado; y,

(iv) La Cláusula de solución de controversias excluye del arbitraje aquellas materias reservadas al OSITRAN, en

especial las relativas al régimen tarifario regulado por dicho organismo supervisor, por lo que la materia de este proceso no es arbitrable.

Tercero: Que, mediante escritos de fecha 29 de abril y 24 de mayo de 2013, COVIPERÚ absolvió el traslado de la excepción formulada por el MTC, solicitando que la misma sea declarada infundada, por los siguientes argumentos:

- La interpretación del Contrato en la vía arbitral sí es posible, pues así lo establecen la Constitución Política del Perú en su Artículo 63, al disponer que el Estado puede someter a un Tribunal Arbitral las controversias derivadas de una relación contractual; la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por el Decreto Legislativo N° 757, la que dispone en su Artículo 48 que, en sus relaciones con particulares el Estado podrá someter a arbitraje todas las controversias referidas a sus bienes u obligaciones; así como el Artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-69-PCM, el cual señala que el Estado podrá someter a arbitraje las controversias de carácter patrimonial derivadas de los contratos de concesión que suscriba.

- La interpretación en la vía arbitral no solo es posible porque así lo establecen la Constitución y las leyes aplicables en materia de concesiones, sino por el hecho de que las partes fueron quienes acordaron los términos del Contrato, incluyendo el régimen tarifario del mismo. Por lo tanto, si las partes pudieron acordar los términos del Contrato son ellas quienes, en primer término, se encuentran facultadas para interpretarlo y determinar qué es lo que acordaron y, si no fuera ello posible, se encuentran facultadas a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato.

- Conforme a lo antes señalado, COVIPERÚ reconoce la facultad de OSITRAN de interpretar el Contrato, así como las facultades que tiene para ejercer la Función Reguladora en la materia tarifaria que se encuentre bajo su ámbito, pero señala que esa facultad no es exclusiva pues, de otro modo, no hubiera sido posible que las partes acordaran el régimen tarifario incluido en el Contrato, ni que pudieran ellas mismas solucionar las controversias que pudieran surgir, ya sea mediante Trato Directo, estableciendo una

interpretación de las partes, o aquella que se realice en aplicación del mecanismo de solución de controversias previsto en el Contrato.

- La función reguladora de OSITRAN, en los casos en los que existe un régimen tarifario acordado en un contrato de concesión por las partes del mismo, se limita a lo establecido en el contrato y a aquellas interpretaciones a las que las partes pudieran arribar, ya sea directamente o mediante un arbitraje, conforme a lo previsto en el Contrato. En ese orden de ideas, señala que reconoce plenamente la facultad de OSITRAN de interpretar el Contrato y de ejercer la función reguladora en materia tarifaria; pero esas facultades deben ejercerse dentro de lo previsto en el Contrato, o de las interpretaciones que efectúen las partes. En tal sentido, esa competencia no puede desconocer ni hacer exigibles los derechos que el Contrato otorga a COVIPERÚ.

- Finalmente, COVIPERÚ señala que no solicita al Tribunal Arbitral que determine el monto de la Tarifa sino que, en vía de interpretación del Contrato, reconozca los derechos que reclama como suyos. COVIPERÚ ha señalado expresamente que de reconocerse que tiene el derecho que reclama, el monto de la Tarifa solo podrá ser determinado por acuerdo entre las partes, como ocurrió al suscribir el Contrato, o por OSITRAN, en ejercicio de sus facultades en materia tarifaria.

Cuarto: De los fundamentos en los que el MTC soporta su excepción, este Tribunal considera que, como primera medida, corresponde que analice detalladamente cuales son las materias que han sido presentadas a arbitraje, con la finalidad de establecer la procedencia o no de la excepción planteada por el MTC.

Sobre el particular y basándose en los Puntos Controvertidos establecidos oportunamente por este Tribunal, cabe señalar que:

- (i) La Primera Pretensión Principal consiste en un pedido para que el Tribunal Arbitral declare si COVIPERÚ tiene o no determinado derecho derivado del Contrato, para lo que debería analizar cuál fue la intención de las partes al suscribir el Contrato. Sin perjuicio de que luego el Tribunal analice en detalle el contenido de ese

derecho. De lo señalado se desprende que **el pedido de la parte accionante está referido a la interpretación del Contrato.**

Al respecto conviene destacar que, en relación al derecho que COVIPERÚ solicita le sea reconocido, en su demanda **expresamente se ha indicado que no forma parte de este proceso arbitral la fijación o revisión de alguna tarifa.** En efecto, desde la presentación de su demanda, COVIPERÚ expresamente ha reconocido que dicha materia, además de no formar parte de sus pretensiones, no es de competencia de este Tribunal Arbitral y que solamente podrá ser establecida mediante una modificación al Contrato o a través de un procedimiento regulatorio seguido ante el OSITRAN.

(ii) La Primera Pretensión Alternativa consiste en determinar si el ajuste tarifario previsto en la Cláusula 8.17 Literal c) del Contrato es un derecho de COVIPERÚ y no una obligación y, en caso ser un derecho, determinar si COVIPERÚ puede renunciar al mismo.

En este caso claramente se aprecia que también nos encontramos ante una **interpretación del Contrato**, pues de otro modo no podría determinarse cuál fue la intención al establecer el pacto previsto en la Cláusula 8.17 Literal c) del Contrato. También corresponde tener en consideración que COVIPERÚ ha señalado expresamente que, en el caso del ajuste contemplado en la Cláusula 8.17 Literal d) del Contrato, el nuevo mecanismo de reajuste tendría que ser determinado por las partes o por el OSITRAN. Es decir, en su misma pretensión ha excluido la posibilidad de que sea el Tribunal quien determine esa fórmula de reajuste.

(iii) La Segunda Pretensión Alternativa consiste en que se declare que COVIPERÚ, conforme a la Cláusula 5.2 del Contrato y basándose en los hechos presentados como soporte de esta pretensión, tiene derecho al cobro de la Tarifa de \$1.50 prevista en la Cláusula 8.17 Literal c) del Contrato, aplicando el Tipo de Cambio del 20 de septiembre de 2009. Conforme se desarrolla en esta pretensión, **el tema en debate es si COVIPERÚ cumplió a dicha fecha con**

determinadas obligaciones que le permitirían aplicar cierto derecho que el Contrato le otorga.

Se trata de un petitorio que persigue que el Tribunal se pronuncie respecto de si se habrían cumplido o no las condiciones que el Contrato prevé para poder ejercer un derecho o, lo que es lo mismo, un pronunciamiento o declaración respecto del cumplimiento de obligaciones contractuales y los efectos que de ello se derivaría para las partes.

Esta pretensión también implica la interpretación del Contrato, pues supone que el Tribunal Arbitral analice si COVIPERÚ tiene o no el derecho que ha invocado, conforme a lo previsto en el Contrato. Esto únicamente puede determinarse en la vía de interpretación contractual.

(iv)

La Tercera Pretensión Alternativa consiste en que el Tribunal evalúe si existió un incumplimiento del MTC en su obligación de entregar los predios necesarios para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa y, de acreditarse, determinar los alcances de la responsabilidad e indemnización que correspondería al MTC por daños y perjuicios .

Se trata, por consiguiente, de un **pronunciamiento respecto de la existencia o no de un incumplimiento contractual y las consecuencias que ello traería para la parte Demandada.**

(v)

La Segunda Pretensión Principal consiste en que se declare que COVIPERÚ ha venido aplicando correctamente la Tarifa que, conforme al Contrato, correspondía cobrar a los Usuarios. Se trata de una pretensión que persigue una declaración de certeza respecto de la condición en que se encontraría el cumplimiento de determinadas obligaciones previstas en el Contrato, lo que también conlleva a la **interpretación al Contrato y a la evaluación de si una de las partes ha cumplido o no con obligaciones a su cargo.**

(vi)

Finalmente, la Tercera Pretensión Principal consiste en un petitorio para que se condene al MTC por los

costos y costas de este proceso arbitral, Este es un derecho que la legislación aplicable otorga a cualquier parte en un proceso arbitral por lo que consideramos que la competencia del Tribunal al respecto no puede ser cuestionada.

De lo resumido hasta el momento puede concluirse que las pretensiones planteadas en este proceso versan sobre la interpretación del Contrato y sobre el cumplimiento o no del mismo y las consecuencias que de ello se derivarían (en los casos sometidos a conocimiento del Tribunal). Incluso la excepción propuesta por el MTC, así como sus fundamentos, confirman este resumen pues en ellos se indica que (i) la interpretación del Contrato es competencia de OSITRAN, por lo que este Tribunal no puede pronunciarse al respecto; (ii) el tema subyacente respecto de la interpretación o determinación de cumplimiento (o incumplimiento) es el tarifario, lo que también sería competencia exclusiva de OSITRAN, por lo que este Tribunal no tendría competencia; y (iii) los derechos que pretende atribuirse el CONCESIONARIO no son de libre disposición, por lo que tampoco sería posible que este Tribunal se pronuncie sobre ellos, ya que estarían legalmente excluidos del ámbito arbitral.

Cabe destacar que el MTC no ha cuestionado la competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse respecto de los supuestos daños y perjuicios que habría causado a COVIPERÚ (Tercera Pretensión Alternativa a la Primera Pretensión Principal), cuestión de naturaleza indemnizatoria o civil. Por ello es que el análisis que debe realizar el Tribunal estará referido a las materias indicadas en el párrafo precedente.

Quinto: De lo anterior, el Tribunal considera que, en primer lugar, es pertinente establecer qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje según nuestra legislación aplicable. Al respecto, el numeral 1) del Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 establece que: "*Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*";

Tomando en cuenta la norma recién transcrita, este Tribunal considera que una controversia relativa a cómo debe interpretarse un contrato es una materia de

libre disposición para las partes de dicho contrato¹ pues, en principio debe ser ejercida por estas mismas², sin perjuicio de que, en caso de controversia, las partes puedan derivar válidamente tal competencia a otros que también la tengan, ya sea en aplicación de las reglas que las propias partes hubieran construido para esa finalidad (árbitros) o porque se trate de aquellos a quienes la legislación les hubiera atribuido esa competencia (jueces).

Lo anterior se demuestra con la posibilidad, reconocida expresamente por nuestra Constitución en su Artículo 62, que las partes de un contrato puedan válidamente acordar que la solución de sus diferencias pueda también ser conducida mediante un arbitraje³. Ciertamente si sus diferencias son respecto de la interpretación del contrato, ello implica que es posible que la solución a las mismas pueda ser obtenida como resultado de un proceso arbitral.

Sexto: En este caso concreto, las Cláusulas 15.12 y 15.13 del Contrato expresamente prevén que las **diferencias que eventualmente surgieran entre las partes respecto de la interpretación del Contrato pueden ser resueltas mediante el Trato Directo (es decir, por acuerdo entre las partes) o mediante arbitraje**, lo que implica un expreso reconocimiento al carácter disponible de la interpretación contractual:

¹“(…) la interpretación de un contrato es materia disponible entre las partes: ellas pueden concordar en que la cláusula de su contrato debe interpretarse según un determinado significado, aun cuando la aplicación de las normas interpretativas podrá justificar un significado diferente.” Cita de Vincenzo Roppo realizada por Alejandro Manayalle C. en el artículo de la Revista de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC (Vol. 3, N°12, Primavera 2006): El Arbitraje en las concesiones: Un mecanismo sin contenido?.p. 71.

² Tal lógica la podemos ver reconocida en el propio Contrato, toda vez que el numeral 15.12 de éste se establece que ante controversias en relación a la interpretación del mismo, se debe tratar en primer lugar que las partes lleguen a un acuerdo mediante a un trato directo y, si ello no acontece, recién podrán ir al arbitraje.

³“Se debe considerar que en caso la interpretación efectuada por ambas partes sea concordante, ese deberá ser el único sentido en el que deba entenderse la estipulación interpretada. De no llegar a un acuerdo, las partes deberán someterse al mecanismo de solución de controversias previsto en los contratos de concesión, lo cual está conformado por el arbitraje.” En: MANAYALLE C., Alejandro en el artículo de la Revista de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC (Vol. 3, N°12, Primavera 2006): El Arbitraje en las concesiones: Un mecanismo sin contenido? .p. 72.

“15.12.- Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas), serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

(...)

En caso las Partes, dentro del plazo de trato directo, no resolvieran el conflicto o incertidumbre suscitada, deberán definirlo como un conflicto o incertidumbre de carácter técnico o no-técnico, según sea el caso. Los conflictos o incertidumbres técnicas (cada una, una “Controversia Técnica”) serán resueltos conforme al procedimiento estipulado en la Cláusula 15.13.a. Los conflictos o incertidumbres que no sean de carácter técnico (cada una, una “Controversia No-Técnica”) serán resueltos conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 15.13.b (...).

Arbitraje

15.13.- Modalidades de procedimientos arbitrales:

b. Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho (...) (resaltado y subrayado agregado)”

Séptimo: Al respecto conviene recordar que la interpretación del contenido de un contrato implica identificar con precisión los alcances (o delimitar, más no crear) los derechos y obligaciones de las partes. Sobre el particular, Bullard⁴ señala:

“Tradicionalmente se suele entender a la interpretación contractual como la labor destinada a encontrar el sentido de un término o la condición acordada por las partes. Bajo tal perspectiva, las partes tendrían claro al momento de contratar qué es lo que querían, pero por alguna razón esa voluntad no quedó clara en la declaración contractual. (...). Ante esta circunstancia, surgida de una discrepancia sobre el sentido, el contrato requiere de alguien, distinto a las partes (usualmente un juez o un árbitro), nos diga qué es lo que las partes acordaron. Esta suerte de reconstrucción o redescubrimiento de lo que las partes dijeron (o quisieron decir) se asemeja a encontrar el eslabón

⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo. “De acuerdo que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual”, en Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina, T.III. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007. Pp1711-1712.

perdido entre voluntad y declaración. El intérprete es entonces un mero descubridor de algo oculto, enterrado en el texto ambiguo del contrato, pero que existía al momento de contratar.”

Respecto a en qué consiste la interpretación de un contrato, Barchi⁵ sostiene:

“La interpretación es la operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como voluntad común de una determinada regulación contractual. Como señala Bianca «la interpretación es la operación que determina el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual».”

Por lo tanto, si las partes de manera inicial pudieron delimitar esto libremente vía un contrato (o la modificación al que ya tenían, lo que siempre implica una relación jurídica con contenido patrimonial, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1351 del Código Civil⁶, siendo que el objeto de un contrato válido versará siempre sobre temas de libre disposición de las partes), no debería existir inconveniente para que, en caso exista una interpretación discordante entre las partes, aquellas dispongan libremente también que dichos temas sean interpretados y resueltos en la vía arbitral. Aplicado ello a ese caso concreto, esto supone reconocer que en el caso del Contrato los derechos y obligaciones derivados de la fórmula tarifaria fueron establecidos convencionalmente y a través del Contrato. No fueron resultado del ejercicio de la función regulatoria (evidentemente no disponible) del OSITRAN. A pesar de ello, incluso en este caso, COVIPERÚ ha cuidado de excluir de sus petitorios el pronunciamiento sobre los montos de las tarifas, limitándolos a la interpretación y reconocimiento de los derechos que, en su opinión, le habrían sido otorgados mediante el Contrato.

De lo anterior debemos concluir que, conforme a lo expresamente previsto en el Contrato, este Tribunal resulta competente para conocer materias relacionadas con su interpretación.

Octavo: El hecho de que la legislación aplicable también otorgue a OSITRAN la facultad o competencia para realizar interpretaciones del Contrato no puede ser

⁵BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. La interpretación del Contrato en el Código Civil peruano de 1984, en Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina, T.III. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007. Pp 1767-1768.

⁶Artículo 1351.-El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

entendido como una competencia que extrae (o expropia) las facultades constitucionalmente otorgadas a las partes para ser ellas quienes, en primer lugar, puedan resolver sus diferencias respecto de la interpretación de un contrato. Ello tampoco puede ser entendido en el sentido que, al atribuirse esa competencia a OSITRAN, ello implique que un Tribunal Arbitral no pueda realizar también interpretaciones al Contrato.

Sostener lo contrario implicaría que la Cláusula 15.12 del Contrato, en la que expresamente se indica que la interpretación del mismo es materia arbitrable, carecería de todo efecto, lo que sería contrario a todas las reglas de interpretación contractual conocidas, según las cuales al analizar cualquier contrato el intérprete siempre debe buscar que sus opciones o alternativas de interpretación permitan extraer u obtener efectos de lo establecido en el contrato. En efecto, siguiendo lo planteado por el MTC, ello obligaría a sostener que la estipulación contractual que prevé el arbitraje como el foro competente para atender conflictos o incertidumbres derivados de la interpretación del Contrato, incluida expresamente en la citada Cláusula 15.12 del Contrato, no sería capaz de producir efecto alguno.

Noveno: Además de lo anterior, este Tribunal considera que no puede dejar de tomar en cuenta que detrás de este proceso arbitral existe una inversión privada que, atendiendo a la promoción realizada por el propio Estado Peruano a fin de que optara por realizarse en Perú, ha confiado en el ofrecimiento de poder acceder a mecanismos de solución de conflictos neutrales, como es un proceso arbitral, que deben ser entendidos como una garantía a favor de los inversionistas.

Décimo: Sin embargo, a pesar de que lo anterior sería suficiente, en vista de que en la relación jurídica que estamos analizando interviene como parte el Estado Peruano (representado por el MTC), quien otorga a una persona jurídica la ejecución y explotación de determinada obra de infraestructura pública⁷, el Tribunal considera necesario profundizar en aplicar los criterios de libre disponibilidad antes indicados al caso concreto.

⁷De conformidad con lo establecido en el Artículo 3 del Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo No060-96-PCM.

Al respecto, el último párrafo del Artículo 63 de la Constitución Política del Perú establece expresamente que:

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

A su turno, el segundo párrafo del Artículo 17 del Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM, establece que:

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

Asimismo, el Artículo 48 de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 757, establece:

"En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional o internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual" (resaltado y subrayado agregado)

De una interpretación sistemática de las normas antes citadas, podemos señalar válidamente que existen relaciones contractuales que no son de derecho privado, como por ejemplo la concesión que está sometida principalmente a derecho público⁸ y que, sin perjuicio de ello, es posible que las controversias que surjan en relación a ellas sean sometidas a arbitraje. En otras palabras, nuestro ordenamiento permite, de manera general, que se sometan a arbitraje las materias contractuales del Estado Peruano, lo cual incluye la interpretación del Contrato, aunque no se rijan por el derecho

⁸ Lo cual podemos ver expresamente indicado en las definiciones establecidas en el numeral 1.5 del Contrato.

privado.

Undécimo: Ahora bien, en cuanto a la naturaleza patrimonial de la materia del presente proceso (y, con ello, su libre disponibilidad y arbitrabilidad), es necesario distinguir la actuación que puede tener el Estado en el ejercicio de su poder de imperio (*ius imperium*) de aquellas en las que actúa como un sujeto titular de derechos y obligaciones.

Cuando actúa bajo su *ius imperium*, el Estado ejerce las facultades que le corresponden justamente por el hecho de ser el Estado y responde a aquellos actos que solo pueden ser ejercidos por él. Se trata de los actos de gobierno, los que son indelegables y que deben ser ejercidos en cumplimiento y dentro de los límites que establece la Constitución. Un claro ejemplo de este tipo de actos es la decisión de convocar a los inversionistas privados para que concursen en un proceso de promoción de la inversión privada para la entrega en concesión de determinada infraestructura. Evidentemente, el único facultado para llevar a cabo este tipo de actos es el Estado, pues ningún particular podría ejercer algún tipo de acto de gobierno de esta naturaleza. Toda vez que se trata de una decisión adoptada única y exclusivamente en ejercicio del *ius imperium* del Estado, nadie podría cuestionar una decisión de este tipo en la vía arbitral, como tampoco podría cuestionarse por la misma vía una convocatoria a un proceso electoral o la política económica que adopte el Estado.

Duodécimo: Por el otro lado se encuentran aquellas actuaciones en las que el Estado actúa como un individuo más, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones. Un claro ejemplo de ello se presenta cuando el Estado suscribe un contrato con un particular. En este contrato, ambas partes tendrán una serie de derechos y obligaciones que deberán ejercer y cumplir de acuerdo al ordenamiento jurídico aplicable y dentro de aquello que han pactado. Así, cuando el Estado suscribe libre y voluntariamente un contrato, está asumiendo derechos y obligaciones en el marco de la relación jurídica patrimonial de la cual ha aceptado formar parte. En este punto es importante tener presente que el Artículo 1351 del Código Civil define un contrato como "*el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*". Por lo tanto, siendo una actuación en el marco de una relación jurídica patrimonial aceptada voluntariamente y no el ejercicio de las

potestades de *ius imperium*, es válido que el Estado acuerde cómo se solucionarán las controversias que puedan originarse en la ejecución de este acuerdo de voluntades, pudiendo válidamente pactar que sean las partes quienes busquen una primera solución y, en caso no se llegara a un acuerdo, se pueda recurrir al arbitraje.

Dicho lo anterior, debe tenerse presente que, de la evaluación realizada en el Considerando Cuarto de este Laudo, se ha concluido que las pretensiones de COVIPERÚ se encuentran todas ellas vinculadas única y exclusivamente a la interpretación del Contrato o a determinar si se cumplieron las condiciones acordadas para que COVIPERÚ pudiera acceder a un derecho que le otorga el Contrato. Es decir, este proceso tiene por finalidad resolver una controversia de naturaleza contractual y, por tanto, versa sobre materias de libre disposición de las partes, sobre las cuales estas mismas partes ya dispusieron y regularon al celebrar el Contrato. No será parte de este proceso, y así ha sido expresamente señalado por COVIPERÚ en su demanda, el análisis de la cuantía que debería tener la Tarifa en caso se declarasen fundadas las pretensiones de COVIPERÚ. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral no asumirá la función de determinar el nuevo monto que correspondería cobrar a los Usuarios.

En caso este Colegiado concluyera que COVIPERÚ sí tiene el derecho que reclama como suyo, serán las partes las que deberán disponer, fruto de las negociaciones y análisis que realicen, el monto en que corresponda incrementar la Tarifa, del mismo modo en que pactaron originalmente los términos y condiciones del Contrato, incluyendo el régimen tarifario. Si las partes no llegaran a un consenso, entonces correspondería que recurran al OSITRAN para que éste determine el nuevo monto de la Tarifa. De ninguna manera corresponde a este Tribunal determinar – de ampararse alguna pretensión en ese sentido – en cuánto correspondería incrementar la Tarifa.

Un claro ejemplo de cómo el Estado cuando es parte de un contrato de concesión puede renegociar con un inversionista privado el monto de una tarifa (y con ello, disponer de ese aspecto, confirmando que los derechos involucrados son arbitrables) lo encontramos en el caso del Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Ancón – Huacho –

Pativilca de la Carretera Panamericana Norte⁹. En dicho contrato de concesión el MTC, en su calidad de CONCEDENTE y el inversionista Norvial S.A. acordaron el régimen tarifario aplicable; sin embargo, posteriormente decidieron modificarlo como consta en la Addenda N° 1¹⁰ al referido contrato. Este antecedente demuestra cómo las partes de un contrato de concesión pueden acordar la modificación del régimen tarifario aplicable, tal y como habían hecho previamente en la suscripción del contrato correspondiente. Desde esta perspectiva, el reclamo de COVIPERÚ persigue activar un derecho que le habría sido contractualmente otorgado por el Estado (que lo tendría a éste último como el obligado) y no puede considerarse que dicho reclamo pretenda ocupar un espacio que corresponda al ámbito del *ius imperium* del Estado.

Décimo Tercero: Respecto de la competencia del OSITRAN para realizar interpretaciones de los contratos de concesión debemos señalar que esta deriva de lo previsto en el literal e) del inciso 7.1 del Artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transportes Aéreos, en donde se establece:

"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."

La norma transcrita, según el MTC, supondría que OSITRAN sería la única entidad facultada a realizar una interpretación válida y vinculante del referido contrato.

Frente a ello, es pertinente indicar que este Colegiado no desconoce la facultad de interpretar el Contrato que ostenta OSITRAN; sin embargo, se debe tener presente que lo establecido en el Contrato es lo que rige en las relaciones entre las partes (CONCEDENTE y CONCESIONARIO), según lo establece la definición establecida en el punto 1.5 de tal Contrato¹¹.

⁹ Ver contrato en <http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/CONT-NORVIAL/CONT-NORVIAL.pdf>

¹⁰ Ver Addenda N° 1 en la web de OSITRAN:

<http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/ADDENDAI-NORVIAL/ADDENDAI-NORVIAL.pdf>

¹¹ Contrato: Es el Contrato incluyendo sus anexos celebrado entre EL CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA, el mismo que rige las relaciones entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el Estado

En tal sentido, si se desconoce la posibilidad de que se interprete el Contrato en la vía arbitral, estaríamos desconociendo lo establecido en el propio Contrato, así como la facultad que tienen las partes para que ellas mismas interpreten el contrato que las vincula, con lo cual se desnaturalizaría su carácter contractual¹²

Incluso el Tribunal Arbitral considera necesario destacar que la posición del MTC implicaría que nunca podría ser objeto de arbitraje la interpretación del Contrato, en vista que OSITRAN sería el único autorizado para ella, lo que incluso podría llevar a la conclusión que, como en cualquier tema sometido a la decisión de un Tribunal Arbitral éste debe realizar una labor de interpretación respecto de los alcances y efectos del respectivo contrato, ningún conflicto o incertidumbre derivado del Contrato de Concesión permitiría recurrir al mecanismo de solución de controversias acordado por las partes pues, en todos y cada uno de esos casos, correspondería que fuera OSITRAN quien realice la respectiva interpretación.

Décimo Cuarto: Además, se debe tener presente que los contratos deben ejecutarse según lo pactado de común acuerdo por las partes (Artículo 1362 del Código Civil), siendo que si una de las partes considera que lo declarado no representa lo realmente querido, deberá probarlo a fin de que prime eso último (Artículo 1361 del Código Civil). En este caso, el MTC, que actúa en representación del Estado, aceptó que en caso de controversias respecto a la interpretación del Contrato, las mismas sean resueltas en la vía arbitral. Por lo tanto, si dicha entidad pretende que se desconozca tal acuerdo deberá probar que no hubo coincidencia en tal punto del Contrato, lo cual no ha sido acreditado en el proceso.

de la República del Perú representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, durante la vigencia de la concesión del Tramo Vial Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur-R01S."

¹²"Si se aceptara que solo Ositran puede interpretar los contratos de concesión de una manera distinta a la expresada por concesionario y concedente, se desnaturalizaría el carácter contractual de la relación. Y es, justamente, en función de dicha naturaleza contractual que las discrepancias son arbitrables. "En: MANAYALLE C., Alejandro en el artículo de la Revista de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas- UPC (Vol. 3, N° 12, Primavera 2006): El Arbitraje en las concesiones: Un mecanismo sin contenido? p. 73.

Al respecto, cabe señalar que el hecho de que determinada materia pueda ser sometida a arbitraje porque así lo permitan las normas constitucionales y legales, no es suficiente para que una controversia sea conocida en el ámbito arbitral. Para ello es necesario que las partes acuerden someter sus controversias a arbitraje, pues si no existe un acuerdo plasmado en una cláusula arbitral, las controversias tendrían que ser resueltas bajo otros mecanismos dispuestos por ley. Así, las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje serán las que se establezcan en el convenio arbitral que ambas partes acuerden (en este caso, el Estado y un inversionista privado), siendo que para el caso concreto en el Contrato las partes han establecido mecanismos de solución de controversias, los cuales incluyen expresamente a las controversias que surjan en relación a la interpretación del Contrato.

En este orden de ideas, podemos afirmar que la facultad de interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transporte no es exclusiva de OSITRAN, sino que existe la posibilidad válida de que las partes resuelvan directamente (por acuerdo entre ellas) esa diferencia, como que pacten que tal materia se ventile en la vía arbitral, tal como ha sucedido en el caso materia de análisis.

Décimo Quinto: Al respecto, es necesario tener en cuenta que tal acuerdo de las partes ha sido válidamente establecido en el convenio arbitral contenido en la Sección XV del Contrato. Sobre el particular, debe tenerse en consideración que conforme se establece en el Artículo 34 del Reglamento General de OSITRAN aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2001-PCM¹³ que se encontraba vigente en el momento de suscripción del Contrato, OSITRAN era el organismo encargado de emitir opinión previa a la celebración del Contrato

¹³Artículo 34°.- Opinión Previa y Supervisión de los contratos.

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la INFRAESTRUCTURA. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la INFRAESTRUCTURA, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como a las demás materias de competencia del OSITRAN.

respecto de los mecanismos de solución de controversias. Sin embargo, el MTC no ha demostrado ni alegado en el proceso que la opinión de OSITRAN fuera contraria a la suscripción del convenio arbitral en los términos que han sido pactados. Es más, incluso en caso que existiera una opinión contraria, como quiera que la opinión de OSITRAN no es legalmente definida como una favorable, ella no habría impedido que las partes celebren el Contrato en los términos vigentes, ratificando con ello la arbitrabilidad de esta controversia.

Décimo Sexto: En cuanto al argumento del MTC en el sentido que el Tribunal Arbitral estaría atribuyéndose competencia para conocer sobre materia tarifaria, lo que sería competencia exclusiva del OSITRAN, debemos señalar que, como se ha desarrollado en Considerandos precedentes, no es materia de este proceso el que el Tribunal Arbitral determine cuál es la Tarifa que debe cobrar COVIPERÚ a sus Usuarios o el monto del incremento que le correspondería, si es que se amparasen las pretensiones de COVIPERÚ. Por el contrario, ha quedado definido por este Tribunal que este proceso tiene por finalidad única y exclusivamente la interpretación del Contrato, a fin de determinar si COVIPERÚ es titular de alguno de los derechos que reclama en cada una de sus pretensiones.

Décimo Séptimo: A pesar de que queda claro de sus pretensiones que COVIPERÚ no solicita que el Tribunal Arbitral declare cuál debe ser el nuevo monto que le correspondería cobrar a sus Usuarios, este Colegiado considera pertinente dejar en claro que su competencia no podría ser extendida para determinar el monto del incremento cuyo reconocimiento reclama COVIPERÚ.

En efecto, la competencia de este Tribunal está dada para analizar y determinar qué derechos le corresponden a COVIPERÚ de acuerdo al Contrato, siendo que las partes deberán ser las que dispongan cuál es la Tarifa que COVIPERÚ debiera cobrar desde la culminación de la Primera Etapa (en caso luego del análisis correspondiente se concluyera que COVIPERÚ tiene tal derecho) y si en caso esta no pudiera ser determinada por acuerdo de las partes, deberá hacerlo OSITRAN en ejercicio de las facultades conferidas por ley. Esto es reconocido también por la doctrina y, sobre el particular, Gaspar

Ariño Ortiz¹⁴ señala:

(...) ¿cuál es el juicio posible de un tribunal en la cuestión tarifaria? La respuesta es esta: se traduce en la tutela judicial de los derechos económicos de los gestores (o de los usuarios) del servicio público. El juez puede apreciar – y medir – el grado de insuficiencia (o de exceso) de las tarifas aprobadas y puede ordenar la aplicación de las medidas correctoras necesarias para restaurar el equilibrio económico del contrato, en defensa del interés privado y de la justicia interpartes. El poder revisor de los jueces se ejerce así sobre el equilibrio económico del servicio (aspecto contractual de la tarifa) pero no sobre la medida en sí misma – la cuantía de la tarifa o su estructura – que no puede revisar (aspecto político de la tarifa).

Por las razones desarrolladas en los Considerandos previos, este Tribunal concluye que la facultad de interpretar el Contrato no es exclusiva de OSITRAN pues, en primer término, son las propias partes del Contrato las llamadas a interpretarlo y, si con ello no fuera posible arribar a un consenso, tienen la potestad constitucional, legal y contractual de recurrir a la vía arbitral para que en ella se realice la interpretación del Contrato y, con ello, se ponga fin a la respectiva controversia.

Décimo Octavo: Asimismo, siendo una controversia referida a la interpretación de un supuesto derecho de naturaleza patrimonial, es válido, conforme al marco legal que regula el arbitraje, que las partes puedan recurrir a este mecanismo, al ser una materia de libre disponibilidad y, por tanto, arbitrable. Si las partes fueron capaces de acordar libremente los términos del Contrato, que por definición es un acuerdo de voluntades referidas a la disposición de derechos de carácter patrimonial, y en el Contrato se incorporarán acuerdos específicos relativos al régimen tarifario del mismo, es también válido que ellas puedan disponer de él, ya sea que lo hagan directamente al interpretar de manera conjunta cómo debe entenderse el régimen tarifario, o que recurran al mecanismo de solución de controversias pactado, es decir, al arbitraje.

Como se ha indicado, en este proceso no se discutirá ninguna de las facultades inherentes al Estado y que, por tanto, no podrían ser ventiladas en la vía arbitral. Este proceso analizará si COVIPERÚ es o no titular del derecho que reclama como suyo de acuerdo a lo contenido en el Contrato siendo que, en caso se declarasen procedentes las pretensiones de la parte Demandante,

¹⁴ARIÑO ORTIZ Gaspar, Lecciones de Administración (y Políticas Públicas), Fundación de estudios de regulación, Madrid, 2011, primera edición, pp. 710 – 711.

corresponderá a las partes del Contrato o a OSITRAN que determinen el régimen tarifario que deberá regularlo. No es por tanto, la discusión en vía arbitral el nuevo monto que correspondería a la Tarifa, sino la determinación, vía interpretación del Contrato, de los derechos que atañen a una de las partes.

Por tales razones, corresponde declarar infundada la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral formulada por el CONCEDENTE.

Décimo Noveno: Siendo este Tribunal competente para conocer del fondo de la controversia, corresponde que proceda a analizar las pretensiones de COVIPERÚ, a fin de determinar la procedencia de las mismas. Al respecto, el Tribunal Arbitral señala que procederá a analizar la Primera Pretensión Principal de la demanda; si la misma fuera declarada improcedente o infundada, continuará con el análisis de la Primera Pretensión Alternativa; si la misma fuera declarada improcedente o infundada, se analizará la Segunda Pretensión Alternativa y luego, de ser el caso, la Tercera Pretensión Alternativa para, finalmente, pronunciarse respecto de la Segunda y Tercera Pretensiones Principales de COVIPERÚ.

Vigésimo: El 25 de junio de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de determinación de cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, en la que se fijaron los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento por este Colegiado.

En cuanto a la Primera Pretensión Principal, se determinó el siguiente punto controvertido:

Determinar si corresponde declarar que COVIPERÚ tiene derecho a un aumento o incremento efectivo de la tarifa que cobra a los usuarios a la fecha de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa, cuando ésta se produzca. Ello sería como consecuencia de determinar que el incremento tarifario era la común intención de las partes y que, conforme al ordenamiento, se debe declarar la primacía de lo querido sobre lo declarado. Además determinar si corresponde declarar que: (i) COVIPERÚ debe seguir aplicando la tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho; y que, (ii) COVIPERÚ tiene derecho a un incremento tarifario, es decir, a cobrar más a los usuarios, lo que deberá ser determinado ya sea mediante una Addenda al Contrato de Concesión del Tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (en adelante el Contrato de Concesión) o como resultado del ejercicio de la potestad reguladora por parte del OSITRAN.

A su vez, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de ajustar, reformular o prescindir pronunciarse, motivadamente, a su entera discreción de los puntos controvertidos establecidos en la referida Audiencia, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales, o para facilitar la resolución de la controversia al momento de dictar el laudo. En tal sentido, en atención a la complejidad de la materia de la Primera Pretensión Principal y con la finalidad de facilitar la resolución de la misma, el Tribunal Arbitral ha decidido invertir el orden de redacción de este punto controvertido, el cual mantiene los mismos elementos a ser evaluados. Este punto controvertido queda establecido de acuerdo a lo siguiente:

Determinar si la intención de las partes fue el otorgar a COVIPERÚ el derecho a incrementar la Tarifa desde la fecha de aprobación de la Primera Etapa y, si en tal consideración, debe declararse que la intención de las partes debe primar sobre lo pactado en el Contrato.

Si como consecuencia del análisis anterior, se determinara que COVIPERÚ tiene derecho al incremento de la Tarifa, corresponderá determinar si debe declararse que:

- (i) COVIPERÚ debe seguir aplicando la tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho; y que,*
- (ii) Si el monto del incremento debe ser determinado ya sea mediante una Addenda al Contrato de Concesión del Tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica o como resultado del ejercicio de la potestad reguladora por parte del OSITRAN.*

Vigésimo Primero: En relación a la Primera Pretensión Principal, la Demandante ha expuesto que:

• El Contrato fue ofrecido en la Licitación, celebrado en su oportunidad y viene siendo ejecutado partiendo de la premisa de que, una vez culminadas las Obras de la Primera Etapa, el CONCESIONARIO tendrá derecho a realizar un efectivo y real incremento de sus Tarifas.

• La Cláusula 8.17 del Contrato contiene la regulación de las Tarifas a cobrar a los Usuarios. El Literal a) de la misma establece que hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, COVIPERÚ puede cobrar la Tarifa Máxima de S/. 4.62 por Peaje, más IGV y otros aportes de Ley. De acuerdo al

procedimiento de redondeo previsto en el Contrato, dicha Tarifa final cobrada asciende a S/.5.50.

• Para determinar la Tarifa aplicable a partir de la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, el Literal c) de la Cláusula 8.17 ha previsto que COVIPERÚ se encuentra autorizada a cobrar, a partir de dicho evento, un Peaje máximo de US\$ 1.50 al tipo de cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) de la referida cláusula, más el IGV y otros aportes de ley. Sin embargo, debido a la variación del tipo de cambio, la situación actual difiere de lo querido por las partes, pues la Tarifa que tendría que cobrar actualmente, habiendo culminado la Primera Etapa, asciende a S/.5.00. Es decir, a pesar de que las partes expresaron en diversas oportunidades su intención de que al fin de la Primera Etapa se produjera un incremento en la Tarifa, en la realidad ocurriría una reducción de la misma, lo que implica un efecto exactamente contrario al querido por las partes.

• Conforme a los Artículos 1361 y 1362 del Código Civil, los contratos deben interpretarse y ejecutarse conforme a la común intención de las partes y, el Artículo 1361 del Código Civil admite la posibilidad de que la declaración expresada en un contrato no responda a la voluntad común de las partes, y en ese caso, quien niegue esa coincidencia, debe probarla.

• Según COVIPERÚ, la real intención de las partes era que el CONCESIONARIO tuviera derecho a cobrar una mayor Tarifa a los Usuarios, una vez culminada la Primera Etapa. Esa intención real de las partes es la que debe ser tutelada por el Tribunal Arbitral.

• La posición de COVIPERÚ es que lo expresado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato no coincide con la voluntad común de las partes pues, como se ha indicado, esta era que se produjese un incremento tarifario luego de la aprobación de la culminación de la Primera Etapa y no una disminución, como ocurriría de aplicar literalmente la cláusula antes señalada.

• El Estado Peruano ofreció a los interesados en el Contrato un incremento real y efectivo de Tarifas a la finalización de las Obras correspondientes a la Primera Etapa. Refiere que ello constituye un elemento sustancial para acreditar la discrepancia

que señala existe entre lo querido por las partes y lo declarado en el texto de la Cláusula 8.17, Literal c) del Contrato.

- Para probar que la real intención de las partes era que se produjera un incremento de la Tarifa al culminar la Primera Etapa, sustenta su posición en una serie de argumentos y documentos con los que sostiene se acredita que, antes y durante la ejecución del Contrato, la intención de las partes era que se produjera dicho incremento.

Vigésimo Segundo: Por su parte, la Demandada ha señalado que:

- El Contrato es claro al establecer la Tarifa a ser cobrada a la fecha de aprobación de la culminación de la Primera Etapa; según el Literal c) de la Cláusula 8.17, dicha Tarifa sería de US\$ 1.50, al tipo de cambio de esa fecha, por lo que no puede sostenerse que exista otra interpretación.

- De ninguna manera se colige que existió o existe una intención del Estado Peruano de que la Tarifa expresada en Nuevos Soles debía incrementarse a la fecha de aprobación de las Obras de la Primera Etapa.

- Si hubiera alguna divergencia en la interpretación del Contrato, deberá seguirse el orden de prelación previsto en la Cláusula 15.3 del mismo, esto es, en primer lugar deberá observarse lo dispuesto en el Contrato para, sólo en segundo lugar, aplicar lo previsto en las bases. Por lo tanto, no es válido que COVIPERÚ sustente sus pretensiones en los documentos empleados por PROINVERSIÓN durante la Licitación.

- Las bases establecieron que el Estado Peruano no era responsable por la información puesta a disposición de los postores, por lo que COVIPERÚ no puede sustentar que la intención del Estado era otorgar un incremento de la Tarifa.

- La evaluación financiera del Estado debe ser entendida solo como un instrumento de uso exclusivo del Estado y las proyecciones de una determinada variable, no implican una intención de voluntad de las partes.

- Al pretender que el Tribunal Arbitral declare que debe seguir aplicando la Tarifa vigente en tanto no se determine el incremento tarifario solicitado, COVIPERÚ pretende modificar unilateralmente el Contrato.
- El riesgo del Tipo de Cambio asociado a la Tarifa fue asignado al CONCESIONARIO, al no anclar el valor del Tipo de Cambio a una fecha específica y así lo acordaron las partes al momento de suscribir el Contrato.
- El "Esquema Económico Financiero" elaborado por Apoyo Consultoría está expresado en Dólares constantes del año 2005 y, por lo tanto, no incorpora una proyección del Tipo de Cambio, lo cual es consistente con lo establecido en el Literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, ya que en el modelo también se está asumiendo que el riesgo cambiario asociado a la Tarifa al finalizar la Primera Etapa es asignado al CONCESIONARIO. En tal sentido, el incremento de la Tarifa dolarizada a precios constantes (o reales) del 2005 se cumple, es decir, pasa de US\$1.33 a US\$ 1.50, lo que no se contrapone con una reducción de la Tarifa en Nuevos Soles, ya que el incremento o reducción de la Tarifa expresada en Nuevos Soles responde al Tipo de Cambio de la fecha de aprobación de culminación de la Primera Etapa.
- Respecto de las interpretaciones de OSITRAN al Contrato, no se observa alguna postura o intención de que la Tarifa en Nuevos Soles se incremente respecto a la Tarifa que actualmente viene cobrando COVIPERÚ.

Vigésimo Tercero: La Cláusula 8.17 del Contrato que origina el presente proceso establece lo siguiente:

8.17.- *El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en los Estudios Técnicos que regulan las Tarifas que estará autorizada a cobrar la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la Explotación del Área de la Concesión, conforme lo siguiente:*

a) *A partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, y hasta la aprobación de la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA podrá cobrar por concepto de Tarifa máxima: S/. 4.62 por Peaje más IGV y otros aportes de ley.*

Aprobada la culminación de las Obras de la Primera Etapa, la SOCIEDAD CONCESIONARIA cobrará la Tarifa señalada en el Inciso c) del presente artículo.

b) (...)

c) La Tarifa a ser cobrada por la SOCIEDAD CONCESIONARIA, a la fecha de aprobación de culminación de las Obras de la Primera Etapa, está compuesta por un Peaje máximo de Un y 50/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1,50), al Tipo de Cambio vigente a dicha fecha, reajustado de acuerdo a la fórmula señalada en el Literal d) siguiente, más el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, dentro de los cuales no se incluyen los aportes por regulación.

d) Los Peajes, a partir de la aprobación de la culminación de las obras de la Primera Etapa, podrán ser reajustados en forma ordinaria por la SOCIEDAD CONCESIONARIA. El reajuste ordinario se podrá realizar cada doce (12) meses a partir de la puesta en vigencia de la Tarifa establecida en el Literal c) de la presente cláusula, y se llevará a cabo de acuerdo al siguiente método de ajuste de Tarifas:

$$\text{Peaje} = \left[(\text{US\$}1,50 * 50\%) \times \left(\frac{\text{CPI}_i}{\text{CPI}_0} \right) \times \text{TC}_i \right] + \left[(\text{US\$}1,50 * 50\%) \times \left(\frac{\text{IPC}_i}{\text{IPC}_0} \right) \times \text{TC}_0 \right]$$

Peaje es el monto a cobrar en Nuevos Soles, sin incluir el Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, para vehículos livianos o por eje para vehículos pesados.

i es el mes anterior al que se realiza el ajuste tarifario.

0 es el mes de finalización de las obras de la Primera Etapa

CPI es el Índice de Precios al Consumidor (Consumer Price Index) de los Estados Unidos de América, publicado por el Departamento de Estadísticas Laborales (The Bureau of Labour Statistics). Para el mes *i* de ajuste se utilizará el CPI publicado para el mes anterior. En caso de no haber sido publicado se utilizará el del mes precedente.

TC es el Tipo de Cambio, definido en la cláusula primera del presente Contrato.

IPC es el Índice de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

En la eventualidad de que se produzca una variación de más del 10% desde el último reajuste ordinario, el REGULADOR a solicitud de la SOCIEDAD CONCESIONARIA, procederá a realizar un reajuste extraordinario en el cual el Peaje será fijado incorporando a la fórmula anterior, en el primer componente, el tipo de cambio del día en que se produzca el reajuste extraordinario.

Para determinar la Tarifa a cobrar, a los Peajes mencionados en esta cláusula deberá sumarse el importe correspondiente al Impuesto General a las Ventas (IGV) y otros aportes de ley, que no incluyen los aportes por regulación, y el resultado se deberá redondear a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente.

Vigésimo Cuarto: De lo expuesto por las partes respecto a la Primera Pretensión Principal, queda claro que ambas mantienen posiciones distintas respecto de cómo debe interpretarse el Contrato.

Para COVIPERÚ, la intención de las partes al celebrar el Contrato fue que se le otorgara un incremento efectivo de la Tarifa como consecuencia de culminar la Primera Etapa; es decir, que la aplicación de lo previsto en Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato debía producir el efecto de generar un incremento real en la Tarifa, por lo que no resulta posible la aplicación literal del referido pacto, pues tendría como efecto la disminución de la Tarifa.

Por su parte, el MTC sostiene que la voluntad de las partes fue que el CONCESIONARIO aplicara la Tarifa de US\$ 1.50 del Literal c) de la Cláusula 8.17 según el Tipo de Cambio de la fecha de aprobación de la Primera Etapa, independientemente de cuál fuera el valor de la Tarifa resultante de la conversión monetaria. Es decir, el MTC considera que la referida estipulación debe aplicarse literalmente, sin considerar el efecto que produzca.

Vigésimo Quinto: El Tribunal considera que este enunciado de las diferentes posiciones de las partes, también confirma lo previamente expresado respecto de que esta controversia es una relativa a la interpretación del Contrato y no está referida a la determinación por este Tribunal de una Tarifa. De acuerdo a lo antes indicado, el punto en discusión es el alcance de un derecho atribuido por el Contrato a una de las partes, derecho que podría o no existir, lo que también confirma la disponibilidad del mismo y su condición patrimonial pues, desde el punto de vista formal, el Contrato sería válido tanto en caso que el derecho en cuestión existiera conforme lo interpreta la Demandante como en el caso que resulte exacta la interpretación de la Demandada.

Por ello, la primera tarea que deberá desarrollar el Tribunal es la de interpretar los alcances de lo establecido en el Contrato respecto del derecho que tendría el CONCESIONARIO el que, según las partes, podría implicar un derecho a un incremento o solamente un derecho a aplicar lo que resulte, sin interesar el monto concreto que debería cobrarse.

Vigésimo Sexto: En ese sentido, considerando la naturaleza contractual que corresponde al Contrato, así como el hecho que no existen reglas específicas

en la legislación vigente que, para el caso de los contratos de concesión, desarrollen lo relativo a la coincidencia o discrepancia entre lo declarado y lo querido, este Tribunal considera que debe comenzar su análisis de este aspecto a partir de lo establecido en el Artículo 1361 del Código Civil, en donde se dispone que:

"Artículo 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."

Como puede apreciarse, la regla general prevista en el Código Civil dispone que lo señalado (lo "expresado" o, en otros términos, lo "declarado") por las partes en un contrato es lo que éstas deben cumplir. Si bien la norma citada reconoce que lo declarado y lo querido (la voluntad común de las partes) pueden ser dos cosas distintas, opta claramente por privilegiar lo declarado mediante la aplicación de una presunción, según la cual lo declarado en el texto del contrato debe ser considerado como lo querido por las partes.

El uso de la técnica de la presunción se realiza con el propósito de brindar certeza en las transacciones que se realicen mediante contratos, de forma que cualquier operador jurídico pueda confiar, en base a lo señalado en la norma transcrita, en lo que aparece declarado en el contrato. En efecto, de establecerse la regla contraria, esto es que lo declarado no representa lo querido (o la voluntad común de las partes) se produciría incertidumbre y poca confianza respecto de lo previsto en el contrato lo que, sin duda, ocasionaría que la contratación no fuera fluida y que el contrato no pueda ser empleado con eficiencia para el movimiento económico general.

Vigésimo Séptimo: Sin embargo, la presunción empleada por el legislador no es una absoluta o *iure et de iure*. La lectura de la norma transcrita revela inmediatamente que se trata de una presunción relativa o *iuris tantum*; es decir, se trata de un supuesto que el derecho admite en principio, pero que el mismo sistema jurídico acepta que puede ser contradicho o, en otros términos, que la presunción puede ser quebrada. Esta es la única forma en que puede interpretarse lo previsto en el segundo párrafo del Artículo 1361 al señalar que

“..quien niegue esa coincidencia [entre lo querido y lo declarado] debe probarla.”

Sobre el particular, Fernando Vidal Ramírez, respecto del referido Artículo 1361, señala lo siguiente:

“El artículo 1361 tiene mayor significación hermenéutica y guarda perfecta consonancia con el criterio adoptado por el Código Civil en el artículo 168, al establecer que «los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato corresponde a la voluntad común y quien niegue esa coincidencia debe probarla». Como puede apreciarse, confirma la posición objetivista en el sentido adoptado por el Código y refuerza la presunción de que «lo expresado» es correlativo a la voluntad interna, esto es, a la intención de las partes, introduciendo una presunción que, aunque iuris tantum, favorece a la parte que recibe la declaración, pues quien niega la coincidencia de voluntades debe probarla, ya que de lo contrario subsiste «lo expresado»”¹⁵

La inclusión de esta regla en nuestro sistema jurídico debe ser destacada porque implica que en nuestro ordenamiento se reconoce expresamente la posibilidad de que exista conflicto entre lo declarado y lo querido por las partes.

De Diego, citado por Compagnucci, señala lo siguiente respecto a la falta de coincidencia entre lo declarado y lo querido:

“La declaración de voluntad que constituye la sustancia del acto jurídico, de ordinario traduce la fidelidad, la voluntad interna del agente, pero, a veces no ocurre esto, porque hay casos de discordancia entre voluntad real interna y declarada en el acto jurídico”¹⁶

Vigésimo Octavo: La eventual discrepancia entre lo declarado y lo querido, en consecuencia, no es una materia menor que pueda resultar indiferente al derecho. A pesar de que la regla inicial siempre será que se presume la coincidencia entre ambos, el derecho Peruano ha considerado la posibilidad de la falta de sincronía entre lo declarado y lo querido y, en ese orden de ideas, ha establecido que es la real intención de las partes (o lo querido), la que debe ser considerada en la medida que tal falta de sincronía logre ser acreditada.

¹⁵ VIDAL RAMIREZ, Fernando. "La Interpretación del Contrato en el derecho peruano", en Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina, T.III. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007. Pp 1650 - 1651

¹⁶ DE DIEGO, citado por Rubén H. Compagnucci De Caso, en El negocio jurídico, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 162

Esto último resulta de vital importancia pues el hecho que nuestro sistema legal acepte que la presunción a favor de la declaración puede ser quebrada, solamente puede ser entendido como un reconocimiento de que en esos casos, cuando se pruebe que lo querido va en sentido distinto a lo declarado, el ordenamiento legal Peruano prefiere y protege a lo realmente querido, que será lo que debe primar sobre lo declarado.

En efecto, si el legislador hubiera optado por la primacía absoluta de lo declarado, debiera haber establecido una presunción también absoluta (*iure et de iure*) para proteger a la declaración, cerrando toda posibilidad de sustentar un reclamo o derecho amparados en lo realmente querido por quienes celebraron un contrato. En este escenario, en donde solamente lo declarado tendría validez y obligatoriedad, la voluntad (o común intención) no tendría relevancia y jamás podría ser empleada como sustento para una pretensión.

Sin embargo, de lo anteriormente desarrollado queda claro para este Tribunal que esa no es la opción contenida en nuestro sistema jurídico, ya que en él expresamente se ha establecido que la presunción a favor de lo declarado es una de naturaleza relativa por lo que, en la eventualidad de una falta de concordancia entre lo declarado y lo querido, será esto último lo que deba prevalecer, siempre que pueda ser acreditada tal discordancia.

Vigésimo Noveno: Por estas razones, es que el Tribunal reconoce como legalmente posible que puedan haber conflictos entre lo declarado y lo querido y que, en ese escenario, de lograrse demostrar que fue lo realmente querido, corresponderá que se le ampare y privilegie, debiendo primar y ser aplicado por encima (y sin que surta efecto) lo declarado.

Ahora bien, habiendo establecido que nuestro sistema legal admite este tipo de controversias, así como que también indica (con carácter mandatorio o imperativo) cuál es la solución que un Tribunal (arbitral o judicial) debe adoptar en una situación como la señalada (declarar la primacía de lo querido), corresponde que este Colegiado establezca cuáles son los elementos a considerar para, en un caso concreto, concluir que en efecto se ha acreditado lo realmente querido, lo que permitiría que un Tribunal pueda señalar que aquello es lo que debe primar y, en consecuencia, inaplicar lo declarado. En pocas palabras, resulta necesario indagar respecto de que es necesario

observar para identificar lo realmente querido, a fin de luego pasar a ver si esto ha sido demostrado en el caso concreto.

Al respecto, Lohmann sostiene:

*"(...), la determinación de la intención se apreciará teniendo en cuenta el comportamiento de los agentes y el de los terceros que pudieran haber influido en su facultad de decisión. También deben considerarse los acontecimientos que pueden determinar celebrar o no un negocio, o celebrarlo en condiciones distintas de las inicialmente previstas"*¹⁷

En ese mismo orden de ideas, Fernández Cruz sostiene:

*"Toda referencia a la común intención de las partes, importa entonces, no sólo el análisis del comportamiento de las mismas, tanto anterior como posterior a la celebración del contrato, sino también la valoración de las declaraciones y lo que éstas significan dentro del contexto en el cual vinieron dadas, en razón a que están referidas a la individualización de los intereses de las partes, dado que es precisamente esta común intención la que le da características propias a cada contrato en su etapa de celebración y será la que determine la vida futura del mismo en su etapa de ejecución"*¹⁸

Trigésimo: Conforme señala la doctrina, la reconstrucción de lo realmente querido por las partes (la declaración de voluntad común) no debe limitarse a la lectura literal del texto contractual. Al contrario, cuando alguna de las partes cuestiona el sentido de lo querido, resulta necesario atender las conductas de las partes antes, durante y después de la celebración del contrato, así como el contexto en que se emitió dicha declaración de voluntad común, lo que permitirá encontrar cual ha sido el interés de las partes que debió encontrarse comprendido, como declaración de voluntad común, en la declaración o cláusula contractual cuya aplicación literal es cuestionada.

Atender a las conductas de las partes (antes, durante y posteriores a la celebración del contrato) implica analizar los actos individuales de cada una de ellas, que van más allá del momento en que éstas emitieron sus respectivas oferta y aceptación para dar origen al consentimiento. Implica, respecto de quien desarrolla cada acto, observar la responsabilidad que asume por dicho

¹⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Op. Cit. P.202.

¹⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano, en AA.VV., Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Selección, traducción y notas de Leysser León, Segunda Edición, Ara Editores, Lima, 2004, pp. 820.

acto que realiza, así como la confianza que provoca en terceros, a partir de ese acto. Respecto de quien recibe la declaración supone exigirle una capacidad de entendimiento determinada, de forma que, razonable y lógicamente, solamente pueda entender en el sentido adecuado la conducta que observa o, dicho en otras palabras, no pueda atribuir efectos o entendimientos que resulten no congruentes con la conducta observada.

Al respecto, Guillermo Borda señala que:

“En conclusión: el juez debe ocuparse de investigar, no lo que el declarante ha querido en su interior – eso sería imposible- sino lo que su declaración, tomada en su conjunto, autoriza a creer que ha querido- Por declaración de voluntad no debe entenderse tan sólo la expresión verbal o escrita, sino también el proceder, actos o signos y aún el silencio, en ciertos casos; en una palabra, la conducta externa que permita inferir a la otra parte la existencia de una voluntad de obligarse.”¹⁹

Trigésimo Primero: De otro lado, también resulta necesario que se analice la finalidad perseguida por las partes con dicha declaración o cuál era el resultado práctico que las partes pretendían obtener de ella. En efecto, conforme a la regla que contiene nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 1361 del Código Civil, según la cual puede llegarse a privilegiar lo querido sobre lo declarado, resulta esencial identificar el propósito práctico que perseguían las partes con la declaración materia de análisis. En la medida que ese propósito pueda ser identificado será posible compararlo con los efectos que se producen como consecuencia de distintas interpretaciones de la declaración evaluada y, en base a ello, medir la idoneidad de la misma respecto de aquello que realmente motivó a las partes.

Sobre este propósito o efecto perseguido por las partes, que debe ser evaluado en este caso por el Tribunal, Lohmann señala lo siguiente:

“La más elemental necesidad de seguridad jurídica impone al intérprete, pues, la obligación de analizar las declaraciones no solo por las intenciones o los motivos que las inspiraron, sino en conjunción con el propósito práctico que con ellas se pretendía obtener y que se deduce de una cierta declaración y su contexto.

Con arreglo a este espíritu, cuando las palabras o signos utilizados para la expresión (o incluso la declaración tácita) parecieran contrarios, no a

¹⁹ BORDA, Guillermo. Manual de Contratos, Décimo Sexta Edición. Editorial Perrot.

la intención oculta sino al propósito evidente del agente, prevalecerá una interpretación vinculada a este propósito antes que sobre las palabras o signos utilizados, porque los efectos jurídicos se vinculan no a las intenciones sino al resultado que con ellas se quiso obtener. Pues no ha de olvidarse que el negocio jurídico, por propia definición, es un medio para regular intereses sociales, familiares y patrimoniales, incidiendo por su resultado, no por las íntimas intenciones, sobre la realidad social y jurídica preexistente. La intención, en tal virtud, ha de ser vista bajo esta óptica: intención de un resultado, que no es otra cosa que hacer conocer, sacar de sí, y dar vida independiente a un propósito que frecuentemente es equivalente a compromiso.²⁰

Trigésimo Segundo: Tal como lo hemos señalado previamente, la situación sobre la que se pide a este Colegiado se pronuncie, no es la regla. Es la situación excepcional. Por ello es que también el Tribunal parte de la premisa de que existe coincidencia entre lo declarado y querido, por lo que será necesario que la Demandante logre probar los elementos que han antes sido resumidos y que, en opinión de este Colegiado, son indispensables para considerar tal situación excepcional, esto es que lo querido no coincide con lo declarado y que por tanto lo primero debe primar sobre lo segundo. Será necesario, por consiguiente, comprobar si la Demandante ha probado que realmente los actos realizados por las partes revelan de manera indudable lo que ellas querían y que esto no coincide con lo que han declarado y, a su vez, que ha acreditado cuál era la finalidad práctica perseguida y si el efecto que se atribuye a la declaración es idóneo para ese propósito.

Trigésimo Tercero: Previamente a analizar sus conductas y si éstas han sido probadas en este proceso, el Tribunal considera necesario recordar lo dispuesto en el Artículo 1362 del Código Civil, en donde se dispone que:

"Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

Esta disposición legal resulta de primera importancia pues, de un lado, establece obligaciones concretas y exigibles recíprocamente entre las partes y, de otro lado, señala que dichas obligaciones son exigibles antes, durante y después de la celebración del contrato (es decir, durante su ejecución). La aplicación del principio general de la buena fe a la materia contractual supone la introducción de específicos deberes de conducta que tienen que ser

²⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, El negocio jurídico, Primera Edición, Studium Ediciones, Lima, 1986, pp. 201-202

cumplidos por las partes en todo el proceso relacionado con un contrato, comenzando desde su negociación, pasando por su celebración y finalizando con su ejecución. Esto implica que cada uno de sus actos debe alinearse con dicho principio y, por ende, debe existir congruencia entre dichos actos y las declaraciones que las partes hubieran realizado.

Bajo esta premisa, como también señalamos anteriormente respecto de la responsabilidad y confianza que genera quien realiza una conducta, la aplicación del principio de la buena fe también obliga a considerar que los actos de las partes previos a la celebración del contrato, sin duda deben ser considerados dentro del análisis que debe realizarse en este caso. En efecto, dichos actos marcan el sentido respecto del propósito perseguido y la idoneidad de la posterior declaración con dichas conductas.

Trigésimo Cuarto: Además, una actuación de acuerdo a la buena fe y la común intención de las partes, también tiene como consecuencia que los actos de cada una de las partes posteriores a la celebración del contrato deban encontrarse alineados y ser congruentes con los actos que realizaron en forma previa y durante la celebración del contrato. Por consiguiente, también será necesario observar los actos de cada parte con posterioridad a la celebración del Contrato para determinar si ellos reflejan lo que realmente querían y, finalmente, medir de esta manera la idoneidad de la declaración materia de análisis con relación a tales actos.

Entonces, en este caso concreto, a fin de determinar qué era lo realmente querido por las partes al establecer la declaración contenida en el pacto previsto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, para con ello determinar si la *declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes*, resulta necesario que este Tribunal analice las conductas de las partes previas, durante y después de la celebración del Contrato para, en base a ellas, determinar cuál era su real intención respecto de la declaración cuestionada. Esta será el primero de los elementos que deberá ser acreditado para que el Tribunal pueda considerar que COVIPERÚ ha logrado o no quebrar la presunción de común intención en la declaración prevista en el Artículo 1631 del Código Civil.

Trigésimo Quinto: Con la finalidad de determinar la voluntad de las partes, se evaluarán entonces tanto los argumentos como los medios probatorios presentados por éstas en el proceso. En lo que respecta a la Demandante, los medios probatorios que presenta se dividen en (i) los que demostrarían la voluntad de las partes antes de la suscripción del Contrato (conformados principalmente por los documentos elaborados por o para PROINVERSIÓN) y (ii) los que demostraría la voluntad de las partes durante la ejecución del Contrato (pronunciamientos del Consejo Directivo de OSITRAN). En lo que respecta a la Demandada, los medios probatorios ofrecidos consisten principalmente en las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de OSITRAN, que también son empleadas por COVIPERÚ como sustento de sus pretensiones.

Sin embargo, de manera previa al análisis de los medios probatorios que sustentan las posiciones de las partes, resulta pertinente que el Tribunal se pronuncie respecto de determinados aspectos que han sido alegados por las partes o que el propio Tribunal considera que deben ser revisados en forma previa.

Estos aspectos son (i) los criterios de interpretación del Contrato, previstos en la Cláusula 15.3 del mismo; (ii) la limitación de responsabilidad contenida en las Bases, así como la asignación del riesgo por la Oferta o Propuesta Económica previsto en las Bases y, finalmente, (iii) determinar si los documentos emitidos por y/o para PROINVERSIÓN antes de la suscripción del Contrato, así como los emitidos por OSITRAN en su ejecución, son documentos que puedan o no reflejar la voluntad del CONCEDENTE.

Trigésimo Sexto: En cuanto a los criterios de interpretación previstos en el Contrato, el CONCEDENTE ha señalado que, ante la duda de cómo debe interpretarse una estipulación contractual, debe regir lo previsto en la Cláusula 15.3 del Contrato, y no deben emplearse o considerarse documentos emitidos por o para PROINVERSIÓN durante la etapa de Licitación, previa a la suscripción del Contrato. Al respecto, la referida Cláusula 15.3 del Contrato señala que:

Criterios de Interpretación

15.3.- 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.*

Como ha señalado este Colegiado en Considerandos precedentes, la Primera Pretensión Principal (así como sus pretensiones alternativas) y la Segunda y Terceras Pretensiones Principales de la demanda tienen por finalidad e implican petitorios de interpretación del Contrato. Además, en lo que respecta a la Primera Pretensión Principal, nos encontramos con una alegación de discrepancia entre lo querido y declarado, que exige del intérprete realizar una labor diferente a la que aplicaría en otros casos (como cuando se alega que existen dos cláusulas o declaraciones contradictorias entre sí, o cuando se alegan diferentes interpretaciones a causa de la oscuridad de una cláusula). En efecto, en este caso corresponderá identificar si quien alega esa diferencia ha podido demostrar que era lo realmente querido, a partir de las conductas de las partes y del propósito práctico que perseguían con la Cláusula en cuestión.

La Cláusula 15.3 del Contrato establece criterios de interpretación que, sin duda, deben ser empleados por el intérprete, en caso que las circunstancias del caso concreto así los requieran. En ese sentido, el Tribunal considera que la citada Cláusula 15.3 del Contrato está construida para brindar soluciones y orientar al intérprete en casos de contradicción entre cláusulas o a falta de claridad en ellas. Por eso es que entiende en primer término que la indicada Cláusula, implícitamente, se refiere a la necesidad de la interpretación sistemática (cuando indica que debe revisarse, en primer lugar, el Contrato debiéndose comprender a todo el acto jurídico) así como a la prioridad de documentos en caso exista, nuevamente, contradicción entre ellos. La interpretación sistemática, que obliga al intérprete, en este caso al Tribunal, a considerar la Cláusula bajo análisis en conjunto y en relación a todo el Contrato, es un criterio que este Tribunal utiliza en todo su desarrollo por lo que, desde esta perspectiva, este Tribunal no advierte que la Cláusula 15.3 impida considerar materias como las contenidas en la Pretensión bajo análisis, todo lo contrario, el Tribunal emplea esa regla de interpretación sistemática en su estudio y pronunciamiento.

Trigésimo Séptimo: De otro lado, en lo relativo a la prioridad o prelación de documentos, como se ha indicado, ésta supone la existencia de una contradicción en declaraciones contenidas en diversos documentos, elemento

que no está presente en esta controversia, por lo que el Tribunal considera que en el análisis de este caso no incurre en omisión o desconocimiento de los alcances de la indicada Cláusula 15.3 del Contrato.

De otro lado, la mencionada Cláusula 15.3 del Contrato no puede ser planteada o entendida como una limitación o prohibición a emplear otros criterios de interpretación establecidos en el Derecho ni como un mecanismo para bloquear un reclamo basado en otros conceptos, como es la eventual falta de sincronía entre lo declarado y lo querido, que están expresamente reconocidos en nuestra legislación. En efecto, no puede sostenerse que el criterio de interpretación o prelación establecido en la Cláusula 15.3 del Contrato elimina la posibilidad, que reconoce nuestro Ordenamiento Jurídico, de la eventual existencia de una discrepancia entre lo declarado y lo querido, así como la eventualidad de que alguna de las partes (en caso considere que esa situación se presenta en un caso concreto) pueda decidir hacer exigible ese derecho y acudir a un proceso como este en busca de tutela jurisdiccional efectiva. Una limitación como la señalada debiera ser expresa al menos, para poder analizar si es posible considerarla existente y oponible entre las partes.

Como se ha indicado, este proceso tiene por finalidad determinar cuál fue la real intención de las partes al suscribir el Contrato de Concesión en lo referido al pacto previsto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del mismo, pues la parte demandante sostiene que lo previsto en ella no refleja la intención común de las partes. En ese sentido, si la voluntad (lo querido) por las partes solo puede constar de los diversos actos de las partes (antes, durante y después de la celebración del Contrato) y del propósito práctico perseguido por ellas, efectivamente es posible acudir a los documentos emitidos en el marco de la Licitación de la que deriva el Contrato, a los actos que se produjeron y rodearon la celebración del mismo así como aquellos que reflejen las conductas de las partes durante la etapa de ejecución, dentro de los que se encuentra la documentación aportada por las partes y producida tanto por PROINVERSIÓN como por OSITRAN, sin que ello implique vulnerar o desconocer los criterios de interpretación previstos en la Cláusula 15.3 del Contrato.

En este orden de ideas, cabe advertir que la propia Demandada ha presentado al proceso medios probatorios vinculados a pronunciamientos de OSITRAN,

que, al igual que los aportados por la Demandante, serán considerados por el Tribunal para arribar a una decisión, lo cual de ninguna forma afecta lo dispuesto en la citada cláusula contractual.

Trigésimo Octavo: De otro lado, se ha indicado que la existencia de ciertas reglas sobre responsabilidad establecidas en el Numeral 31 de las Bases, específicamente (a) aquella mediante la que los postores declaraban asumir toda la responsabilidad y riesgos por sus ofertas económicas y, de otro lado, (b) aquella por la que el Estado Peruano no garantizaba nada respecto de la información que proporcionaba durante la Licitación, deberían ocasionar que no sea necesario indagar si existe o no sincronía entre lo declarado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato y lo realmente querido por las partes, dado que referidas reglas ocasionarían (i) que cualquier resultado económico respecto de la Tarifa deba considerarse incluido en la oferta económica del CONCESIONARIO y, por lo anterior, de su única responsabilidad y riesgo, así como que (ii) sea imposible extraer cualquier efecto o sentido de todo y cualquier documento preparado y/o entregado por Estado Peruano con ocasión de la respectiva Licitación.

Por estas alegaciones es que, como ha sido indicado previamente, el Tribunal considera necesario revisar estos temas, antes de evaluar las pruebas de las partes pues, de ser exacta alguna de esas alegaciones, carecería de sentido el análisis posterior.

Trigésimo Noveno: Para dicho propósito, en primer lugar, es necesario observar lo dispuesto en el Artículo 31²¹ de las referidas Bases, el que dispone lo siguiente:

"Artículo 31.- Limitaciones de responsabilidad.

31.1.- La presentación de la Oferta Económica será a riesgo y ventura del Oferente, Postor o Participante Precalificado.

Todos los Participantes Precalificados deberán basar su decisión de presentar o no la Oferta Económica en sus propias investigaciones, exámenes, inspecciones, visitas, entrevistas, etc.

²¹ Transcripción de lo señalado por el MTC en su escrito de fecha 30 de abril de 2013.

31.2.- *El Gobierno del Perú, o cualquier dependencia de éste, PROINVERSIÓN, su Dirección Ejecutiva, el Comité, el MTC y sus asesores, no garantizan la totalidad, integridad, fiabilidad o veracidad de la información escrita que se suministre en el procedimiento licitatorio. En consecuencia, ninguna de las personas que participan en el proceso podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información, o por cualquier inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa no expresamente contemplada en este numeral."*

En relación a la responsabilidad de los postores, y en este caso de la Demandante, sobre su oferta económica, resulta aplicable lo previsto en el citado Numeral 31.1 de las Bases, según el cual dicha oferta es a riesgo y ventura de quien la hace. En opinión de la Demandada, la aplicación del citado Numeral ocasiona que el CONCESIONARIO no pueda pretender que se le reconozca un derecho (al incremento real y efectivo de la Tarifa) que no estaría comprendido o excedería los alcances de su oferta económica. Entendemos que la Demandada sostiene que, al efectuar su oferta económica, la hoy Demandante efectuó su propio análisis y tomó su propia decisión respecto de qué plantear y, en consecuencia, dentro de esa oferta también estaba incluido lo relativo a las condiciones previstas en el Contrato para la Tarifa. De este modo, a decir del MTC, existiría una estrecha relación entre la Oferta Económica y la Tarifa a cobrarse, por lo que aquello que suceda con la Tarifa debe también entender a costo, riesgo y ventura de la Demandante.

Cuadragésimo: Para emitir pronunciamiento sobre este aspecto, es necesario determinar que conceptos estaban comprendidos dentro de la oferta económica, pues ello permitirá al Tribunal definir los alcances de la citada regla sobre la preparación de la misma.

A dicho efecto, es necesario recurrir a la transcripción efectuada por COVIPERÚ del Artículo 64 de las Bases, modificado por Circular N°4 contenida en su escrito de fecha 10 de julio de 2013 en el cuaderno cautelar, la misma que no ha sido cuestionada por la Demandada:

Artículo 64.- Factor de Competencia

El Comité seleccionará como Mejor Oferta Económica, la del Participante Precalificado que haya obtenido el mayor puntaje en la

aplicación de la fórmula señalada en el Artículo 63. Para tal efecto, el Participante Precalificado en su Oferta Económica, deberá señalar la Retribución que se obliga a pagar al Concedente la que deberá ser necesariamente igual o mayor a la Retribución Referencial que comunicará PROINVERSIÓN conforme se señala en el Artículo 63".

La retribución será un porcentaje (%) sobre los ingresos mensuales de la Sociedad Concesionaria que obtenga por concepto de recaudación del Peaje (no incluye IGV). El pago de dicha retribución, será independiente del aporte que corresponde efectuar al OSITRAN u otras entidades estatales, de acuerdo a la legislación aplicable

De la transcripción anterior queda claro que la oferta económica en la Licitación que dio origen al Contrato consistía en un porcentaje de los ingresos del CONCESIONARIO que debía ser pagado a la Demandada y que, también conforme a las reglas de la Licitación, resultaría ganador de la misma aquel postor que ofreciera al Estado Peruano el porcentaje más alto. Conforme a ello, la oferta económica de los postores era un porcentaje de sus futuros ingresos, porcentaje que dichos postores debían definir independientemente del monto real de los ingresos que éstos efectivamente recibieran. Es decir, sea cual sea el monto total de ingresos, a él se le aplicaría dicho porcentaje y el resultante sería el monto a pagar al CONCEDENTE.

De lo anterior, queda claro para este Colegiado que cada postor era el único, directo y exclusivo responsable del porcentaje que, como oferta económica, propusiera al CONCEDENTE. Sin embargo, de ello no puede extraerse en forma directa que esa responsabilidad también pueda extenderse hasta los derechos (y sus alcances) que el propio Contrato eventualmente otorgará al CONCESIONARIO para, a partir de ello, concluir que la responsabilidad por la oferta económica incluso podría ocasionar la inaplicación de dichos derechos.

En otras palabras, si el Contrato establecía, como en efecto lo hace, que el CONCESIONARIO tenía derecho a cobrar determinada suma por Tarifa a partir de la fecha en que comenzara la explotación de la Concesión, el que dicho CONCESIONARIO fuera responsable de su oferta (y por ende del porcentaje que como retribución pagará al CONCEDENTE) no implica que el citado derecho no pueda ser reclamado, si eventualmente no hubiera sido reconocido. La responsabilidad por la oferta económica debe ser entendida en forma directa con ella y, por ende, vinculada a la obligación de pago que por ella asume el CONCESIONARIO a favor del CONCEDENTE. No puede ser

extendida para afirmar que, al ser la oferta responsabilidad de quien la hizo, con ello también el postor asume el riesgo de la eventual existencia o no de algún derecho vinculado a sus ingresos que le sería otorgado por el Contrato.

Cuadragésimo Primero: Precisamente en este caso se está pretendiendo que el Tribunal se pronuncie respecto de si existe o no determinado derecho que, de ser real, existiría desde la celebración del Contrato y, por esa razón, dicho derecho no depende de la oferta económica planteada ni viceversa. Esto se comprueba al observar que, ya sea que este Tribunal rechace o ampare esta pretensión, las condiciones planteadas en la oferta económica (el porcentaje de los ingresos ofrecidos al CONCEDENTE) deberán aplicarse de la misma manera, con indiferencia de la decisión que aquí se adopte.

Por estas razones, el Tribunal considera que la responsabilidad del CONCESIONARIO sobre su oferta económica no elimina ni limita los eventuales derechos respecto de los ingresos derivados de esta Concesión que el Contrato podría atribuirle. En tal sentido, en este proceso no está en discusión la oferta económica (porcentaje de los ingresos ofrecidos al CONCEDENTE) por lo que debe descartarse el argumento planteado.

Cuadragésimo Segundo: Ahora bien, respecto a la limitación de responsabilidad del Estado Peruano por los documentos puestos a disposición de los interesados en la Licitación, el MTC señala que los documentos emitidos por y/o para PROINVERSIÓN (i) eran para uso exclusivo del Estado; (ii) que las proyecciones respecto de ingresos y/o incrementos y/o tipos de cambio no otorgan derecho alguno a COVIPERÚ, y (iii) que las proyecciones carecen de todo valor porque en el Numeral 31.2 de la Bases se estableció que el Estado Peruano no tiene responsabilidad alguna por la veracidad de cualquier documento, entre los que se encontrarían las proyecciones realizadas respecto del Tipo de Cambio.

En relación a este aspecto, el Tribunal considera necesario detallar cuáles son los documentos que han sido presentados en este proceso para, según la Demandante, acreditar las conductas del CONCEDENTE que demostrarían la real intención de las partes en relación al pacto que es materia de análisis, y que para la Demandada carecerían de todo valor en base a la aplicación del Numeral 31.2 de las Bases:

- Documento 1: El Oficio N° 153-2002-MTC/15.02 del 4 de febrero de 2002 (Folio 000199 del Libro Blanco de la Primera Licitación) mediante el cual el MTC, en su calidad de futuro CONCEDENTE, remitió a PROINVERSIÓN (en ese entonces COPRI) la simulación financiera que mostraba que el proyecto era viable económicamente.
- Documento 2: Plan de Promoción (Folio 0128 del Libro Blanco) aprobado por PROINVERSIÓN (en ese entonces COPRI), en el que se señaló expresamente que la Segunda Licitación se estructuraba sobre la base de la simulación financiera remitida mediante el Oficio N° 153-2002-MTC/15.02 del MTC antes aludido.
- Documento 3: Informe "Esquema Económico Financiero" de Apoyo Consultoría, asesor de PROINVERSIÓN de Mayo de 2005 (Folio 0253 del Libro Blanco de la Segunda Licitación) que preveía un incremento de la Tarifa al quinto Año de la Concesión.
- Documento 4: Informe Técnico y Financiero para la Contraloría General de la República presentado por PROINVERSIÓN y Apoyo Consultoría respecto de la versión final del Contrato. (Folios 0309 y 0340 del Libro Blanco de la Segunda Licitación).
- Documento 5: Las proyecciones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) incorporadas en el Marco Macroeconómico Multianual publicado en el diario oficial "El Peruano", correspondiente a los años 2004 al 2009.
- Documento 6: Las "Encuestas de Expectativas Macroeconómicas" publicadas por el Banco Central de Reserva.

Cuadragésimo Tercero: Respecto del Documento 1, debemos destacar que su existencia y validez no han sido cuestionadas por la Demandada pues, además, se trata de un documento público emitido por el CONCEDENTE por ser materia de las competencias que legalmente le corresponden y, dentro de los pasos previos que requería PROINVERSIÓN (en ese entonces COPRI) resultaba un insumo fundamental a fin de que ésta institución pudiera decidir si era viable el proyecto de Concesión bajo el esquema autosostenible, es decir, un proyecto donde la inversión la hace el privado y la recuperación de la misma proviene de los ingresos del proyecto.

El Tribunal considera que la limitación de responsabilidad introducida en el Numeral 31.2 de las Bases persigue, de un lado, proteger al Estado Peruano respecto de cualquier inexactitud en la información que hubiera suministrado a los postores durante la licitación, de lo que resulta necesario concluir que (i) no se trata de una estipulación que elimine o considere inexistentes dichos actos pues, todo lo contrario, en el caso del Documento 1 este sirvió de base para la posterior aprobación del Plan de Promoción de la Licitación y (ii) como toda estipulación de limitación de responsabilidad, no es absoluta pues se encuentra limitada por lo previsto en el primer párrafo del Artículo 1328 del Código Civil, según el cual:

"Artículo 1328.- Nulidad de estipulaciones sobre irresponsabilidad.

Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga."

Conforme a ello, en el caso del Documento 1 (i) estamos ante un documento público, cuya validez y eficacia no ha sido cuestionadas; (ii) ha sido empleado para provocar decisiones del propio Estado, como lo ha sido la aprobación del Plan de Promoción; (iii) en este caso la Demandante lo ofrece como prueba de la conducta de la Demandada que demostraría la real intención de las partes al momento de estipular lo pactado en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, por lo que este Tribunal concluye que la valoración de esta prueba no está limitada o excluida por el Numeral 31.2 de las Bases.

Admitir lo contrario nos llevaría a una situación carente de sustento jurídico, cual es que el Documento 1 vale para el Estado Peruano, cuando soporta sus decisiones, pero no vale para el mismo Estado Peruano cuando su contraparte pretende emplearlo para demostrar los derechos que afirma le otorga el Contrato.

Cuadragésimo Cuarto: Este mismo razonamiento resulta aplicable a los Documentos 2, 3 y 4 antes citados, con el adicional de que, en el caso del Documento 4, se trata de aquel empleado por PROINVERSIÓN a fin de obtener la no observación u objeción de la Contraloría que, conforme a lo previsto en la Ley

N° 27785, resulta legalmente indispensable para que pueda realizarse la Licitación.

Es decir, el Documento 4 permitió que la Licitación que originó el Contrato pudiera desarrollarse y culminarse y ese fue el uso concreto que el Estado Peruano le dio.

Cuadragésimo Quinto: De otro lado, en lo que corresponde (i) al Documento 5, se trata de un documento público, aprobado en diferentes sesiones del Consejo de Ministros como se observa en la primera página de cada uno de los que han sido presentados como prueba por la Demandante, y (ii) al Documento 6, también se trata de un documento público que incluso se muestra como información disponible en la respectiva página web del Banco Central de Reserva del Perú (<http://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/notas-de-estudio.html>). En tal sentido, no se trata de información producida por el Estado Peruano para la Licitación ni mucho menos información que, bajo ese parámetro, hubiera sido distribuida a los postores, sino que se trata de información generada por el Estado Peruano para ser divulgada con carácter general, por lo que no le resulta aplicable lo previsto en el Numeral 31.2 de las Bases.

En consecuencia, este Tribunal considera que no son atendibles los argumentos planteados por el MTC en relación a la aplicación del Numeral 31.2 de las Bases respecto de los documentos ofrecidos como prueba por la Demandante y, por ello, este Tribunal los considerará al resolver.

Cuadragésimo Sexto: Efectuado el análisis antes desarrollado, corresponde que el Tribunal analice si las pruebas ofrecidas por la Demandante demuestran cuál era la real intención de las partes respecto del derecho que tendría el CONCESIONARIO a partir de la finalización de la Primera Etapa (o de la fecha inicialmente prevista para ello).

Al respecto, corresponde determinar si los documentos emitidos por y/o para PROINVERSIÓN antes de la suscripción del Contrato, son documentos que puedan o no reflejar la conducta del Estado Peruano como CONCEDENTE, este Tribunal considera que los mismos sí deben ser considerados en ese sentido pues PROINVERSIÓN (desde que era COPRI) era y es el órgano especializado del propio Estado Peruano para el diseño y estructuración de la

Concesión, lo que incluía la elaboración de las bases para las respectivas licitaciones y los proyectos de Contrato, hasta la firma del mismo.

De otro lado, corresponde determinar igualmente si los documentos emitidos por OSITRAN después de la celebración del Contrato, consistentes en interpretaciones del Contrato realizadas en ejercicio de la competencia que legalmente le corresponde, también deben ser entendidos como conductas del Estado Peruano. Sobre este particular, el Tribunal considera que las decisiones de este órgano competente y especializado deben ser interpretadas como conductas del Estado Peruano posteriores a la celebración del Contrato y, desde esa perspectiva, deben ser consideradas para establecer la real intención de las partes respecto de lo declarado en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.

Las conclusiones precedentes, además de basarse en las leyes que regulan las competencias de PROINVERSION y de OSITRAN, también se amparan en lo previsto en el Artículo 43 de la Constitución Política del Perú, según el cual el Estado es uno e indivisible.

Corresponde, en consecuencia, que este Tribunal revise las pruebas presentadas por la Demandante, que como se ha indicado precedentemente reflejan la conducta de la Demandada, para determinar si es posible extraer de ellas cual era la real intención de las partes respecto del citado literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato.

Cuadragésimo Séptimo: En ese sentido y como ya ha sido señalado, COVIPERÚ para sustentar que la intención de ambas partes era el permitir al CONCESIONARIO el incremento de la Tarifa como efecto de la culminación de la Primera Etapa, ha presentado el denominado "Esquema Económico Financiero", que corresponde al Libro Blanco de la Concesión y que fuera elaborado por Apoyo Consultoría en mayo de 2005 (Anexo 50 de la demanda), es decir, cuatro meses antes de la suscripción del Contrato en septiembre de 2005.

En la página 5 de este documento se detallan las "Principales Variables del Esquema de la Concesión". Una de estas variables es el "perfil de ingresos" sobre el que se indica:

Perfil de ingresos: Los ingresos tarifarios de la concesión serán iguales al tráfico real remunerado por una tarifa garantizada.

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none">• Tarifa garantizada (US\$/ eje cobrable) | <ul style="list-style-type: none">• Actual = 1.12• Inicial = 1.33+IGV = 1.58 (+41%)• 5to año = 1.50+IGV = 1.79 (+13%) |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Las tarifas se cobran en soles. La tarifa objetivo se ajusta anualmente por los factores de inflación USA y Perú.

Como puede apreciarse de lo señalado para el "perfil de ingresos" que se planteaba como parte del Esquema Económico Financiero previsto para la Concesión, se esperaba que la Tarifa pasara de \$1.33 previstos para ser aplicados en el momento "inicial" de la Concesión, a \$1.50 en el quinto Año de la Concesión. El Tribunal considera de gran importancia los porcentajes positivos colocados entre paréntesis al costado de la Tarifa inicial y de la Tarifa que se preveía aplicar a partir del quinto Año de la Concesión. En primer lugar, el expreso señalamiento por el Estado Peruano de que se trata de un porcentaje positivo (+x%) no admite duda respecto de que se proyectaba un incremento. No es posible afirmar, en base a este documento elaborado por el propio Estado Peruano, que éste consideraba como una posibilidad que se produjese una reducción de Tarifa a partir del quinto año de la Concesión. En segundo lugar, en el mismo cuadro se precisa, también de manera expresa, que "las tarifas se cobran en soles" por lo que el sentido de proyectar un incremento positivo en Dólares Americanos tiene que ser entendido en forma sistemática con dicha expresión, a fin de que ambas puedan producir efectos, conforme a las reglas de interpretación. Esta consideración es relevante por cuanto el CONCEDENTE ha señalado que sería suficiente un incremento en Dólares Americanos, sin interesar el real impacto que tuviera en Nuevos Soles, y eso no es lo que se desprende de este documento en donde, todo lo contrario, se reconoce que se cobra en Nuevos Soles y se espera un incremento que debería, para realmente ser consistente, producirse en ambas monedas (tanto en Dólares Americanos como en Nuevos Soles).

Más adelante el Tribunal retomará el tema respecto de por qué se preveía el incremento para el quinto Año de la Concesión, sobre el que por ahora solamente debe indicarse que se explica porque ese era el momento en que

debía haberse culminado la Primera Etapa constructiva, conforme a lo previsto en el Contrato.

Cuadragésimo Octavo: Siguiendo con la evaluación de las pruebas presentadas por la Demandante, el Tribunal considera también de primera importancia el Oficio No.153-2002-MTC/15.02, suscrito por el Vice-Ministro de Transporte, de fecha 1 de febrero de 2002, mediante el cual el MTC remite a PROINVERSION (en ese entonces COPRI) las simulaciones financieras del proyecto que finalmente culminó con la celebración del Contrato (Anexo 52 de la Demanda), que forma parte del Libro Blanco de este proyecto. En la Ayuda Memoria que forma parte de ese Oficio se aprecia con claridad, en el Folio 000202²², que el CONCEDENTE esperaba que se terminara la construcción de la Primera Etapa en el mes de junio de 2005, mientras que en el Folio 000203²³, al tratar lo relativo a la Tarifa de Peaje, se indica que la Tarifa base de US\$1.50 comenzaría a aplicarse en junio de 2005 y que el monto de la misma, considerando que se cobra en Nuevos Soles tal como se explicaba en el documento anterior, fuera de:

"Tarifa Inicio con REDONDEO

6.30"

El Tribunal destaca que este documento guarda concordancia con el anterior, en el sentido que al fin de la Primera Etapa el CONCESIONARIO tendría derecho a incrementar la Tarifa. Además, también coincide en que el incremento se produciría tanto en Dólares Americanos como en Nuevos Soles. Incluso en el referido documento se llega a proyectar el monto de la respectiva Tarifa en Nuevos Soles.

En opinión del Tribunal este documento refleja claramente el entendimiento del Estado Peruano en relación a lo estipulado en el literal c) de la Cláusula 8,17 del Contrato y sólo puede entenderse en el sentido que dicho pacto fue introducido para asegurar que el CONCESIONARIO tuviera derecho a un efectivo y real incremento de la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa. El Tribunal no encuentra argumento alguno, bajo cualquiera de los métodos de interpretación jurídica que están a su alcance, para derivar de este documento

²² La numeración empleada es la que aparece del documento presentado por COVIPERU y que corresponde al Libro Blanco de este proyecto.

²³ Igual que la cita anterior.

y del analizado previamente, que el CONCEDENTE (y menos aún el CONCESIONARIO) estuvieran dispuestos a que se produjera una reducción de la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa.

Cuadragésimo Noveno: En relación a lo recién concluido por el Tribunal, resulta relevante volver al documento denominado "Esquema Económico Financiero", que corresponde al Libro Blanco de la Concesión y que fuera elaborado por Apoyo Consultoría en mayo de 2005 (Anexo 50 de la Demanda), pues en él también se encuentran diferentes conceptos claramente alineados con lo antes señalado. Así, por ejemplo, en sus conclusiones contenidas en su página 14 se observa que, bajo el título de "Garantías de CONCEDENTE" se contempló lo siguiente:

"Garantías de Concedente:

- *Bajo riesgo de incumplimiento por parte del Estado*
- ***Tarifa:*** *Los incrementos establecidos en el contrato de concesión no pueden ser afectados por ninguna entidad pública.*
- *Tráfico: Casi improbable que se active dado que el tráfico garantizado (que asegura el repago del financiamiento) es menor en 15% al tráfico histórico." (subrayado y énfasis agregados)"*

Nuevamente se evidencia que el modelo organizado por el Estado Peruano consideraba únicamente un incremento de Tarifa, sosteniendo como fortaleza del proyecto el que dichos incrementos no pueden ser afectados por cualquier entidad pública. Evidentemente al considerar que existirían "incrementos" es imposible sostener que en realidad se esperaba que la Tarifa se mantuviera en su mismo nivel o, peor aún, que ésta pudiera reducirse. Además, como en el propio documento en cuestión se proyectaba y ha sido mencionado por el Tribunal, los incrementos en cuestión no pueden ser otros que los establecidos en el "perfil de ingresos" analizado en párrafos anteriores, los que además coinciden con lo señalado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato. En consecuencia, este Tribunal considera que aquí también se ratifica, con otra declaración o conducta del Estado Peruano, que el CONCESIONARIO tendría derecho a incrementos de Tarifa. El Tribunal no puede dejar de destacar que en este documento el Estado Peruano destaca como fortaleza del proyecto el que ninguna entidad pública afectaría dichos incrementos, lo que no se condice con el argumento planteado en este proceso arbitral por la Demandada referido a que debe aplicarse literalmente lo declarado, aun cuando sea

contradictorio con lo querido y produzca el efecto exactamente contrario al deseado.

Quincuagésimo: Adicionalmente, en este mismo documento denominado "Esquema Económico Financiero" se indica, en su página 16, que:

Riesgo de Mercado

- *Crecimiento de demanda: Riesgo asumido por el inversionista. Mitigado mediante un esquema de inversiones "Bases" que considera tasas de crecimiento conservadoras. Posibilidad de ajustar dichas inversiones en función al crecimiento real del tráfico.*
- **Incremento de tarifas:** *Riesgo que debe ser superado al inicio de la concesión. Al momento de obtener financiamiento este riesgo se encontrará casi totalmente mitigado (hay un **incremento adicional poco significativo luego de inaugurar las obras**)*
- (...)

Como puede apreciarse, existe una referencia expresa a que existirá un incremento lo que, como ya hemos señalado, no puede ser entendido en forma alguna como una posible reducción de la Tarifa. De otro lado, es importante destacar que el riesgo relacionado con dicho incremento es considerado por el Estado Peruano como uno que debe ser superado al inicio de la Concesión. La explicación para ello es que, tan pronto ésta entre en vigencia, debía también entrar en vigencia la fórmula tarifaria pactada por las partes y, en aplicación de lo señalado previamente, las partes debían encontrarse en un escenario en donde las Tarifas no eran susceptibles de ser afectadas por cualquier entidad pública. Es decir, el Contrato debía convertirse en el mecanismo de protección del CONCESIONARIO por lo que el riesgo del incremento de Tarifas, entendido como la posibilidad de que éste no se produzca, quedaba inmediatamente superado.

Lo anterior también acredita como las partes perseguían asegurar los derechos del CONCESIONARIO los que comprendían, como se indica en la sección recién transcrita "un incremento adicional luego de inaugurar las obras". Si bien no se señala que se trata de las obras de la Primera Etapa, la Cláusula 8.17 del Contrato sólo ha previsto una variación de Tarifas (incluida en el literal c. de la Cláusula 8.17) con ocasión de las referidas a dicha Etapa. El Contrato no prevé ajuste para la Segunda o Tercera Etapa, por lo que debe entenderse que, al hacer referencia a la inauguración de obras, se refiere a las de la Primera

Etapa. Esto concuerda con lo señalado en las páginas 5 y 14 antes analizadas de este mismo documento, en las que se señaló la variación de la Tarifa de US\$ 1.33 a US\$1.50 con oportunidad de la culminación de la Primera Etapa.

Quincuagésimo Primero: A continuación el Tribunal procederá a analizar el documento denominado "Informe para la Contraloría Segunda Licitación" (Anexo 51 de la demanda) elaborado por PROINVERSIÓN y Apoyo Consultoría presentado a la Contraloría General de la República. Como hemos indicado, este Informe es legalmente exigido para permitir, con la no objeción u observación de la Contraloría, que la Licitación pueda desarrollarse y culminar con la celebración del Contrato. En tal sentido, este documento resulta de la mayor importancia. Al respecto, debemos destacar que en la página 1 de la sección Anexos del citado Informe se indica lo siguiente:



ProInversión

Ingresos



Sobre la base de los tráficos registrados en el peaje de Chilca hasta el mes de mayo de 2005 y las estimaciones realizadas por la Ing. Sara Baella para los puntos de Clarita y San José, se ha calculado los ingresos de la concesión tomando en cuenta la proyección de ejes cobrables y la tarifa garantizada.

Tarifa (US\$/ eje cobrable)

- Actual = 1.12
- Inicial = 1.33 + IGV = 1.58 (+41%)
- 5to año = 1.50 + IGV = 1.79 (+13%)

→ Tarifa definitiva que será cobrada al entregar las obras de la primera etapa

Se cobra en pesos y es ajustada anualmente por los factores de inflación USA y Perú

INGRESOS TARIFARIOS DE LA RED VIAL Nro. 6

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 10	Año 15	Año 20	Año 25	Año 30
IMO	13 977	14 257	14 542	14 833	15 129	10 704	10 442	20 362	22 481	24 021
Chilca	6 800	6 935	7 075	7 216	7 361	8 127	8 972	9 908	10 937	12 076
Clarita	4 160	4 243	4 328	4 415	4 503	4 672	5 189	5 660	6 189	7 308
San José	3 017	3 077	3 130	3 202	3 268	3 000	3 961	4 305	4 853	5 368
Ejes Cobrables (millones)	10.7	10.8	11.1	11.4	11.8	12.0	14.1	15.6	17.2	19.0
Chilca	4.8	4.8	5.0	5.1	5.2	6.8	8.4	7.0	7.8	8.6
Clarita	3.1	3.2	3.3	3.3	3.4	3.7	4.1	4.6	5.0	5.6
San José	2.7	2.8	2.9	2.9	3.0	3.3	3.8	4.0	4.4	4.9
Tarifa (US\$ constantes)	1.33	1.33	1.33	1.33	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5
Ingresos (US\$ millones)	14.2	14.8	14.8	15.1	17.4	18.2	21.2	23.4	25.8	28.5

En este documento pueden apreciarse los siguientes hechos relevantes para efectos del presente proceso (i) de un lado, con los porcentajes positivos colocados entre paréntesis al costado de la Tarifa inicial y de la Tarifa que se preveía aplicar a partir del quinto año, se reconoce expresamente que existiría

un incremento en la Tarifa. El expreso señalamiento por el Estado Peruano de que se trata de un porcentaje positivo (+x%) no admite duda respecto de que se proyectaba un incremento. No es posible afirmar, en base a este documento elaborado por el propio Estado Peruano, que éste consideraba como una posibilidad que se produjese una reducción de Tarifa a partir del quinto año de la Concesión; (ii) de otro lado, en el mismo cuadro se precisa, también expresamente, que "las tarifas se cobran en soles" por lo que el sentido de proyectar un incremento positivo en Dólares Americanos tiene que ser entendido en forma sistemática con dicha expresión.

Esta declaración contradice aquella otra, esgrimida en este proceso por el CONCEDENTE, en función de la cual sería suficiente un incremento en Dólares Americanos, sin interesar el real impacto que tuviera en Nuevos Soles, pues no es eso lo que se desprende de este documento, en donde expresamente se reconoce que se cobra en Nuevos Soles y se espera un incremento que, para ser consistente, tendría efectos en ambas monedas (tanto en Dólares Americanos como en Nuevos Soles).

Quincuagésimo Segundo: Resumiendo lo señalado hasta el momento, el Tribunal encuentra que el Estado Peruano fue consistente en todos sus actos y conductas previos a la celebración del Contrato pues, como hemos indicado, en todos ellos reconoció que el CONCESIONARIO tendría derecho a un incremento real y efectivo de la Tarifa. Lo anterior no se trató de una afirmación aislada o que pudiera haber sido descontextualizada. Todo lo contrario, se aprecia que en reiteradas oportunidades se había previsto la referida variación positiva de la Tarifa.

Quincuagésimo Tercero: En este momento corresponde que el Tribunal revise las alegaciones planteadas por la Demandada respecto de los documentos resumidos hasta el momento. En relación al documento denominado "Esquema Económico Financiero" elaborado por Apoyo Consultoría, el MTC señala que el mismo *"está expresado en Dólares constantes del año 2005 y, por tanto, no incorpora una proyección de Tipo de Cambio, lo cual es consistente con lo establecido en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, ya que el modelo también está asumiendo que el riesgo cambiario asociado a la Tarifa al finalizar la Primera Etapa es asignado al Concesionario. En tal sentido, el incremento de la Tarifa dolarizada a precios constantes (o reales) del 2005 se cumple, es*

decir, pasa de US\$1.33 a US\$1.50, lo que no se contrapone con una reducción de la Tarifa expresada en Nuevos Soles, ya que el incremento o reducción de la Tarifa expresada en Nuevo Soles responde al Tipo de Cambio de la fecha de aprobación de culminación de la Primera Etapa.”

En cuanto a la afirmación consistente en que los valores del documento “Esquema Económico Financiero” están expresados en dólares constantes del año 2005, este Colegiado considera necesario reiterar que este proceso tiene por finalidad, respecto de la Primera Pretensión Principal que es materia de análisis, determinar si la real intención de las partes respecto de lo declarado en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato era en el sentido de que el CONCESIONARIO tuviera derecho a un incremento real y efectivo de la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa. Al respecto el documento mencionado también expresamente incorpora la mención a que la Tarifa se cobrará en Nuevos Soles y, por ende, la interpretación sistemática del mismo solamente permite concluir que lo realmente esperado por las partes (o considerando que el documento le corresponde, lo esperado por el CONCEDENTE) era que el incremento en cuestión se produjera tanto en Nuevos Soles como en Dólares Americanos, por lo que la referencia a que el documento considerase dólares constantes en nada desvirtúa lo señalado por el Tribunal. El hecho que los valores estén expresado en dólares constantes, lejos de desvirtuar lo anterior, lo confirma. En efecto, asumiendo que el tipo de cambio permanezca constante, ¿cuál sería el efecto de incrementar la Tarifa en Dólares Americanos, considerando que la misma se cobre en Nuevos Soles?. Consideramos que el único efecto posible es que se cobre más en Nuevos Soles o, lo que es lo mismo, que el CONCESIONARIO reciba más Nuevos Soles.

Respecto al argumento referido a que el CONCESIONARIO asumió el riesgo por el Tipo de Cambio, el CONCEDENTE no ha presentado prueba alguna que confirme que dicho riesgo fue asignado de esa forma. Todo lo contrario, en el documento denominado “Informe para la Contraloría” preparado por PROINVERSIÓN y Apoyo Consultoría, presentado como el Anexo 51 de la Demanda, se observa que contiene la sección denominada “IV. Esquema de Asignación de Riesgos” en el que expresamente se considera que el riesgo cambiario ha sido asignado en forma compartida, es decir, que correspondía tanto al CONCEDENTE como al CONCESIONARIO. La razón para asignar de

esta forma el riesgo cambiario ha sido explicada por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico quien, en su informe del 7 de junio de 2013 presentado por la Demandante con su escrito No.9 del 11 de julio de 2013, señala que:

“El esquema financiero y regulatorio de la concesión fue construido bajo la premisa que el riesgo cambiario no tenía mayor impacto sobre el Concesionario y que sería compartido por el Concedente y el Concesionario, como se evidencia en diversos hechos asociados al proceso previo al otorgamiento de la Buena Pro y al propio Contrato de Concesión, así como en las proyecciones oficiales y en las expectativas del sector privado sobre el tipo de cambio.”

La razón de considerar que el riesgo cambiario no tendría impacto derivaba de las proyecciones (públicas y privadas) sobre su evolución y, en opinión nuevamente del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, esto quedaba acreditado cuando en el documento denominado “Informe para la Contraloría” preparado por PROINVERSION y Apoyo Consultoría:

“...se analizan en una tabla los riesgos que tienen mayor impacto sobre el Concesionario, distinguiendo entre alto y bajo impacto (folios 0290 y 0291 del Libro Blanco), El tipo de cambio no aparece en la relación de variables críticas, por lo que se concluye que su variación no se consideró que generaría impactos sobre el Concesionario.”

Quincuagésimo Cuarto: Como consecuencia de lo anterior, queda claro para el Tribunal que el riesgo cambiario no aparece expresamente asignado al CONCESIONARIO, en el Contrato o en cualquier otro documento relacionado con la Licitación. También que no era considerado como relevante o mayor por las partes, de un lado porque el Contrato en teoría garantizaría los derechos del CONCESIONARIO sobre las Tarifas y a su incremento, y de otro, porque el propio Estado lo consideraba un riesgo compartido entre las partes.

En opinión del Tribunal a pesar de que se hubiera asignado por completo el riesgo cambiario al CONCESIONARIO, lo que como hemos indicado no ocurre en este Contrato, ese criterio debería haberse aplicado de forma tal que no hiciera imposible o ineficaz el derecho que, por otro lado, se otorgaba al

CONCESIONARIO a recibir un incremento real y efectivo de la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa. Es decir, que en ese hipotético escenario, igual hubiera sido necesario entender que dicha asignación debería ser aplicada de forma tal que (i) en ningún caso el CONCESIONARIO debería verse expuesto a una reducción de la Tarifa, (ii) si no que el monto final resultante, que derivaría de la aplicación del tipo de cambio que correspondiera, no le era asegurado por el CONCEDENTE, sino que dependía del tipo de cambio de la fecha aplicable. En ese escenario, (iii) si se hubiera producido lo que las partes claramente no advirtieron a la fecha en que celebraron el Contrato, esto es la posibilidad de que el Dólar Americano se deprecie, esto en ningún caso podría implicar una reducción de la Tarifa aplicable.

Quincuagésimo Quinto: Finalmente, en cuanto al extremo del argumento del CONCEDENTE referido a que sí se ha producido un incremento al pasar de US\$1.33 a US\$1.50, por lo que resulta indiferente si ello tiene un efecto de reducción en la Tarifa que se cobra en Nuevos Soles, ya hemos señalado previamente que los actos del CONCEDENTE previos a la celebración del Contrato comprendían expresamente un reconocimiento de que la Tarifa sería aplicada en Nuevos Soles y en ninguno de esos documentos se considera la posibilidad de que suba en Dólares Americanos y, simultáneamente, se reduzca en Nuevos Soles. Por eso es que el Tribunal concluye que lo querido por las partes era que el incremento positivo que se preveía fuera tanto en Dólares Americanos como en Nuevos Soles. Por lo tanto, únicamente existirá un incremento real y efectivo de la Tarifa en la medida que el monto final a cobrar al Usuario en Nuevos Soles sea incrementado.

Quincuagésimo Sexto: Por todo lo expuesto hasta el momento, el Tribunal considera que se ha acreditado con la conducta del CONCEDENTE que éste solamente consideraba que se produciría un incremento real y efectivo de la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa constructiva. Con esto se cumple con una de las condiciones que, según el Tribunal, resulta necesario verificar para que sea posible concluir que existe discrepancia entre lo declarado y lo querido.

Quincuagésimo Séptimo: Sin perjuicio de ello, toda vez que la Demandante también lo ha planteado, corresponde que el Tribunal Arbitral evalúe cuál fue el comportamiento que tuvo el Estado Peruano durante la ejecución del Contrato.

Esto permitirá identificar si hay coherencia o contradicción respecto de la conclusión previa de este Colegiado, en el sentido de que las conductas previas del Estado Peruano están alineadas con lo señalado por la Demandante.

Para acreditar el comportamiento del CONCEDENTE durante la ejecución del Contrato, COVIPERÚ ha presentado como medios probatorios los siguientes documentos: (i) Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD-OSITRAN y el Informe N° 002-07-GRE-GAL-OSITRAN (Anexo 20); (ii) Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN y el Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN (Anexo 21); y, (iii) Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN y el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN (Anexo 22).

Quincuagésimo Octavo: Señala COVIPERÚ que estos documentos fueron emitidos por OSITRAN a raíz de un pedido de interpretación contractual efectuado al OSITRAN por la Demandante y referido a la Cláusula 5.2 del Contrato. Este pedido fue resuelto por el Regulador mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD-OSITRAN, que se sustentó en el Informe N° 002-07-GRE-GAL-OSITRAN; dicha resolución fue materia de un pedido de aclaración por el CONCESIONARIO, habiendo sido resuelto mediante la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN sustentada en el Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN. Finalmente existió un recurso reconsideración, que fue resuelto por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2008-CD-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

Al respecto, este Tribunal señala que, si bien las referidas Resoluciones no versan sobre la interpretación del Literal c) de la Cláusula 8.17 (si COVIPERÚ tiene derecho o no a un incremento real y efectivo de la Tarifa), sí contemplan una materia vinculada toda vez que se interpretó la oportunidad a partir de la cual COVIPERÚ tendría derecho a aplicar la referida Tarifa en función a la entrega de terrenos (o incumplimiento en la entrega) por parte del CONCEDENTE, por lo que el análisis y las decisiones que se tomaron al respecto coadyuva a la resolución de la controversia que motiva este proceso.

Quincuagésimo Noveno: En cuanto a la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN, en el penúltimo párrafo de la parte considerativa se indica:

“Que, cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, sólo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes;” (subrayado y énfasis agregado)

De este enunciado se desprende un hecho importante: OSITRAN señaló que la Tarifa prevista en el Literal c) de la Cláusula 8.17 solo podría ser aplicada por COVIPERÚ una vez culminadas las obras correspondientes, a fin de proteger los intereses de los Usuarios, de modo tal que éstos pagarían una mayor tarifa por concepto de peajes sólo en la medida que COVIPERÚ hubiera puesto a su disposición mayores obras. Nótese que en esta Resolución el Consejo Directivo de OSITRAN señala expresamente que la realización de las obras correspondientes (o la culminación de la Primera Etapa en otros términos) ocasionará el pago de una mayor tarifa por concepto de peajes. El Tribunal considera que esta afirmación de OSITRAN descarta de plano la posibilidad de que, luego de finalizada la Primera Etapa constructiva, se cobre una menor Tarifa por concepto de peajes.

Sexagésimo: El Informe N° 021-07-GRE-GAL-OSITRAN en que se sustenta la referida Resolución contiene un análisis idéntico al antes señalado. En efecto, en este Informe se indica:

“5.23. (...)”

Cabe señalar que de acuerdo al segundo párrafo de la Cláusula 5.2, el CONCEDENTE podrá realizar entregas parciales de los bienes, no estableciéndose la obligación de la entrega de predios en un único acto formal, con lo que adicionalmente se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, sólo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes.

5.24 *Por último, debemos señalar que el ajuste del nivel tarifario ésta directamente correlacionado al cumplimiento de las inversiones realizadas pues la tarifa representa tanto la recuperación del monto invertido como la rentabilidad proyectada en la oferta formulada por el concesionario. En ese sentido, un incremento tarifario sin materialización de obras equivale a una transferencia de utilidades marginales lo cual podría alterar en caso extremo el equilibrio económico financiero de la concesión.” (subrayado y énfasis agregado)*

Como puede apreciarse, OSITRAN no solo reitera que los Usuarios solo deberán pagar una mayor Tarifa cuando las obras sean terminadas, vincula directamente el incremento tarifario con las inversiones que realice COVIPERÚ. Así, de dicho informe se concluye tanto que los Usuarios deberán pagar una tarifa reajustada una vez se culminen las obras de la Primera Etapa, como que el reajuste de la Tarifa implicará un incremento, como expresamente se ha contemplado en el Numeral 5.24 antes citado.

Como se ha señalado en párrafos precedentes del presente Considerando, la Resolución N° 034-2007-CD-OSITRAN fue materia de reconsideración por parte de COVIPERÚ. La impugnación efectuada fue resuelta mediante la Resolución N° 012-2008-CD-OSITRAN, con la que se dio por agotada la vía administrativa y en la que se señala lo siguiente en el punto 3 del Artículo 4 de la parte resolutive:

*"3° Corresponderá al regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución de obras únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, **para efectos de la aplicación del incremento tarifario**, de acuerdo a los supuestos establecidos en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión."*

Como puede apreciarse, el Consejo Directivo de OSITRAN señaló nuevamente que se tenía previsto el incremento de la Tarifa. Es importante tener presente que no se habla de una variación de la Tarifa, mucho menos de su reducción, sino que se reconoce expresamente que habrá un incremento de la Tarifa.

Como se ha señalado anteriormente, la Resolución N° 012-2008-CD-OSITRAN fue sustentada en el Informe N° 007-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN elaborado conjuntamente por las Gerencias de Regulación, Supervisión y Legal de OSITRAN. Este informe también reitera lo antes señalado, como se aprecia a continuación:

VI CONCLUSIONES

(...)

6.4 *Corresponderá al regulador verificar el cumplimiento del calendario de ejecución de obras únicamente respecto de los predios o terrenos recibidos, para efectos de la aplicación del **incremento tarifario**, de acuerdo a los supuestos establecidos*

en el décimo párrafo de la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión."

Sexagésimo Primero: Respecto a los documentos emitidos por OSITRAN (Resoluciones del Consejo Directivo e Informes de sus Gerencias), el CONCEDENTE ha señalado que, si se compara el Peaje inicial (S/.4.62) que en Dólares equivale a US\$1.40 aproximadamente al Tipo de Cambio de la suscripción del Contrato respecto del US\$1.50, entonces el Peaje resulta mayor en Dólares. Además agrega que en las Resoluciones y los Informes del Regulador no se observa ninguna postura o intención de que la Tarifa en Nuevos Soles se incremente.

Sobre el particular, este Colegiado ya se ha pronunciado en Considerandos precedentes señalando que, para que se produzca un incremento de la Tarifa, no es suficiente que sólo se produzca un incremento nominal del valor en Dólares Americanos, sino que se necesitará que el efecto del incremento se refleje también en el monto que se cobra a los Usuarios, monto que conforme a lo establecido por el Contrato debe ser en Nuevos Soles. No puede decirse ni establecerse que ha habido un incremento de la Tarifa si continúa cobrándose lo mismo; tampoco si se reduce la Tarifa.

Además, en todas las Resoluciones e Informes de OSITRAN, los distintos órganos y gerencias unánimemente destacan la necesidad de proteger los intereses de los usuarios asegurando que, antes del incremento, debieran ejecutarse las obras involucradas. Lo que sostiene el MTC no guarda coherencia con este punto que reiteradamente es citado por el Regulador. En efecto, si la afirmación del MTC fuera correcta, de forma que lo importante fuera el incremento nominal en Dólares Americanos con indiferencia del resultado real en Nuevos Soles, no se explicaría la preocupación del Regulador por los usuarios, la que únicamente se explica porque éstos realmente tendrían que pagar una mayor Tarifa.

Por lo tanto, este Tribunal considera que deben desestimarse el argumento antes indicado del MTC.

Sexagésimo Segundo: Como conclusión de la revisión de los actos de OSITRAN, que son posteriores a la celebración del Contrato, en ellos también se

encuentra el mismo criterio identificado en los actos realizados en forma previa a la celebración del Contrato y que consiste en reconocer que debía producirse un incremento real de la Tarifa que, conforme a los criterios reguladores que aplica OSITRAN, se explica por los mayores servicios (y Obras) que el CONCESIONARIO pone a disposición de los Usuarios.

Sexagésimo Tercero: Conforme a lo señalado previamente por el Tribunal, corresponde ahora analizar la presencia del segundo elemento considerado necesario para concluir que en este caso existe una contradicción entre lo querido y lo declarado que, según lo que ha sido detallado, corresponde al resultado o propósito práctico perseguido por las partes.

En relación a este segundo aspecto, el Tribunal considera que debe identificar si existe alguna razón derivada del contexto en que las partes actuaron y celebraron el Contrato que explique porque emplearon Dólares Americanos y porque asumieron una perspectiva de incremento. De otro lado, también debe identificar si existe alguna razón por la cual el Contrato, así como los distintos actos o documentos del CONCEDENTE, vinculan la realización de ese ajuste con el quinto año de la Concesión o la finalización de la Primera Etapa constructiva.

Sexagésimo Cuarto: Respecto de los dos primeros temas, esto es, por qué se emplearon Dólares Americanos y se asumió una perspectiva de crecimiento, en el contexto en el que las partes actuaron, el Tribunal destaca la información contenida en el Marco Macroeconómico Multianual para los periodos 2004-2006, 2005-2007, 2006-2008 y 2007-2009 presentados como pruebas por el CONCESIONARIO en este proceso. Como se ha indicado previamente, cada uno de ellos fue en su oportunidad aprobado en las correspondientes sesiones del Consejo de Ministros y contienen la visión y proyecciones del propio Estado Peruano en relación a los principales indicadores macroeconómicos de la economía peruana, entre los que se encuentra la evolución del tipo de cambio. En cada uno de los mencionados, la posición oficial del Estado Peruano, aprobado por el Consejo de Ministros, era que se proyectaba un incremento del tipo de cambio. Es decir, que el Dólar Americano continuaría apreciándose y que el Nuevo Sol continuaría depreciándose.

Estas mismas conclusiones son las que aparecen en las encuestas sobre expectativas del sector privado que realiza el Banco Central de Reserva y a las que nos referimos previamente.

De lo anterior solamente puede concluirse que el contexto económico-financiero (también histórico y social) presente al momento en que las partes estructuraron y celebraron el Contrato, era uno en el que tanto el Estado Peruano como los particulares consideraban que el Dólar Americano continuaría apreciándose y el Nuevo Sol continuaría depreciándose.

De ello es que se explica porque en el Contrato se decidió incluir una Tarifa en Dólares Americanos. En efecto, no se trata de un acto derivado del azar o sin sustento. Todo lo contrario, se explica claramente del contexto en que se estructuró y celebró la transacción así como de por qué se llegó a considerar que el riesgo cambiario no era significativo: porque se consideró que emplear el Dólar Americano era el mecanismo que permitiría cumplir con esos conceptos así como lograr lo esperado que, como ha sido señalado, consistía en que el CONCESIONARIO concretara su derecho a tener un efectivo y real incremento de Tarifa a la finalización de la Primera Etapa, tanto Dólares Americanos como en Nuevos Soles. En otras palabras, todo lo anterior se debe a que, en el contexto en que actuaron las partes, el Dólar Americano era la moneda fuerte o dura, que permitía con su uso concretar el objetivo de que este riesgo no afecte al CONCESIONARIO, mientras que el Nuevo Sol era la moneda débil por lo que, de emplearla, no se cumpliría el objetivo señalado.

Cabe agregar que la parte Demandada no ha presentado prueba alguna que desvirtúe lo señalado o que acredite que alguna de las partes (o, incluso, algún y cualquier operador económico) hubiera considerado que el esquema señalado podía ocasionar (y era esperable o se buscaba) una reducción de la Tarifa.

Sexagésimo Quinto: La característica de la Concesión como una autofinanciada y basada en el esquema de financiamiento denominado "Project Finance" también agrega elementos del contexto muy relevantes para entender los comportamientos del CONCEDENTE, revelados en las pruebas presentadas por la Demandante.

En efecto, en este caso estamos ante una Concesión en la que el CONCESIONARIO debe realizar importantes inversiones, con sus propios recursos o con el endeudamiento que el asuma, que se concretarán en las Obras correspondientes a la Primera Etapa constructiva. Para lograr el adecuado funcionamiento del proyecto, no solamente sería necesario contar con la titularidad sobre los ingresos que se obtengan de la explotación de la Concesión si no, además y con carácter fundamental, saber que los riesgos que asume el CONCESIONARIO pueden ser eficazmente administrados.

Para ese propósito, es necesario que el CONCESIONARIO conozca cuáles son sus derechos, para circunscribirlo al tema de análisis, respecto de las Tarifas, dado que ellas son su fuente de ingresos y lo que permitirá pagar su financiamiento y la operación para, finalmente, obtener un retorno para su inversión.

Conforme a lo anterior, el Tribunal considera que sería imposible que un inversionista asumiera un proyecto con esas características si uno de los riesgos que debiera enfrentar fuera la más absoluta inseguridad respecto de cuál será el monto de la Tarifa que aplicará o si podrá realizar el derecho a incrementar que contractualmente se le otorga. En otras palabras, el uso del Dólar Americano en la estructuración de este proyecto, en un contexto donde actores públicos y privados únicamente advierten la apreciación del Dólar Americano y la devaluación del Nuevo Sol, se explica como un mecanismo para asegurar que el derecho al incremento de la Tarifa fuera eficazmente obtenido por el CONCESIONARIO.

Sexagésimo Sexto: De otro lado, es necesario analizar si existe alguna razón por la que se vinculó ese derecho al incremento de la Tarifa con la finalización de la Primera Etapa constructiva. Sobre este aspecto, el Tribunal considera que es el propio Estado Peruano, actuando a través del Regulador (OSITRAN) quien ha correctamente resumido las razones al indicar, en la Resolución del Consejo Directivo No.034-2007-OSITRAN que con ello:

“...se protege el interés de los usuarios al pagar éstos una mayor tarifa por concepto de peajes, sólo en el caso que efectivamente el CONCESIONARIO hubiese realizado las obras correspondientes...”

Esta misma expresión es literalmente repetida en el Informe No.021-07-GRE-GAL-OSITRAN, que sustenta la indicada Resolución del Consejo Directivo.

Es decir, la razón para vincular el incremento real y efectivo de la Tarifa con la finalización de la Primera Etapa era para cumplir con la regla regulatoria según la cual corresponde cobrar más por los mayores servicios (u obras) que se ofrezcan. Por ende, como primera alternativa, una vez culminadas las Obras de la Primera Etapa constructiva, se brindaría a los usuarios mayores obras y servicios, por lo que el CONCESIONARIO tendría derecho a cobrar más.

Sexagésimo Séptimo: A partir de lo analizado hasta el momento, este Tribunal también ha llegado a la convicción de que se ha acreditado la presencia del segundo de los elementos necesarios para comprobar cuál era la real intención de las partes sobre la materia controvertida. En ese sentido, el Tribunal considera que del contexto en que las partes actuaron (en el que privados y públicos identificaban al Dólar Americano como una moneda fuerte y cuyo tipo de cambio, en relación al Nuevo Sol, continuaría incrementándose) es posible extraer el propósito práctico perseguido por las partes: la inclusión de las Tarifas en Dólares Americanos cumplía el propósito de dar una suerte de garantía al CONCESIONARIO respecto del derecho a incrementar real y efectivamente la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa constructiva.

Esta conclusión, además, está perfectamente alineada con la regla de permitir que se cobre más por los mayores servicios y obras que el CONCESIONARIO ofrece, de lo que también queda demostrado que la real intención de las partes era que la Demandante tuviera un efectivo y real incremento de la Tarifa (y jamás una reducción de ella) a la finalización de la Primera Etapa constructiva, que consistía en el incremento real de la Tarifa, así como en el reajuste periódico por inflación, para que ésta Tarifa pueda mantener su valor adquisitivo, desde septiembre de 2009.

En tal sentido, producto de la evaluación probatoria efectuada por el Tribunal, corresponde considerar probada cuál fue la real intención de las partes, así como reconocer que no existe sincronía o, en este caso concreto, que existe una contradicción entre lo querido y lo declarado en el literal c) de la Cláusula 8,17 del Contrato, lo que obliga al Tribunal a resolver amparando la Primera Pretensión Principal del CONCESIONARIO.

Sexagésimo Octavo: Complementariamente a dicha conclusión, a fin de abundar en los alcances de ella, es necesario retomar lo señalado previamente respecto que el incremento real y efectivo de la Tarifa debía producirse a la finalización de la Primera Etapa constructiva pues, como se comprueba de la revisión del Contrato, en rigor ese no era el único escenario que el contemplaba.

Al respecto, el CONCESIONARIO ha señalado y ello fluye de las pruebas analizadas por este Tribunal aludidas previamente, que este incremento correspondía a la fecha inicialmente prevista para la culminación de la Primera Etapa. El CONCESIONARIO también señala que esa fecha inicialmente prevista luego tuvo que ser pospuesta debido al incumplimiento del CONCEDENTE en entregarle los predios necesarios para la construcción de la ya señalada Primera Etapa.

Respecto a la fecha inicialmente prevista para la culminación de la Primera Etapa, corresponde remitirnos al Anexo II del Contrato, el cual señala:

"Primera Etapa:

*Se ejecutará dentro de los dos (2) años posteriores a la entrega de los predios necesarios, pero **en ningún caso el inicio de las Obras para esta etapa podrá ser antes del inicio del tercer Año de la Concesión**, según lo señalado en las Cláusula 5.2 y el presente anexo, y comprende la realización de las siguientes obras: (...)"*

Estando a lo señalado, queda claro que las obras de la Primera Etapa debían culminarse en el plazo de dos años desde que se entregaran los predios correspondientes; sin embargo, en ningún caso el inicio podía darse antes del tercer Año de la Concesión.

Considerando que el Contrato se suscribió el 20 de septiembre de 2005 y la definición de "Año de la Concesión" prevista en el Contrato, el tercer Año de la Concesión se iniciaba el 21 de septiembre de 2007, momento recién a partir del cual podía darse inicio al cómputo del plazo de 2 años para la culminación de las obras. Es decir, la Primera Etapa debía culminar el 20 de septiembre de 2009, es decir, al inicio del quinto Año de la Concesión.

Como hemos señalado en otros Considerandos y en los párrafos precedentes, el Esquema Económico Financiero de la Concesión contemplaba que la Tarifa

a ser cobrada pasaría de \$1.33 a \$1.50 en el referido quinto Año de la Concesión. Conforme a ello, se aprecia que se había contemplado un incremento de la Tarifa que debía coincidir con la culminación de las obras de la Primera Etapa.

Sexagésimo Noveno: Ahora bien, también el Tribunal debe reconocer que el Contrato no considera a la finalización de la Primera Etapa constructiva como el único gatillo o disparador para la aplicación del derecho al incremento real y efectivo de la Tarifa que cobra el CONCESIONARIO. En efecto, en la Cláusula 5.2 del Contrato también se prevé que el citado derecho era susceptible de ser ejercido por el CONCESIONARIO (i) en la fecha inicialmente prevista para la finalización de la Primera Etapa constructiva (20 de setiembre de 2009, conforme lo hemos analizado en el Considerando precedente), y (ii) lo que aplicaría en caso que el MTC incumpliera con su obligación de entregar los terrenos necesarios para dichas Obras.

Lo anterior significa que el CONCESIONARIO también tenía el derecho de aplicar el incremento real y efectivo de la Tarifa a partir del 20 de setiembre de 2009 (la fecha inicialmente prevista para la finalización de la Primera Etapa constructiva) lo que solamente sería posible en la medida que, previamente, el MTC hubiera incumplido con su obligación de entregar los terrenos necesarios para la ejecución de las respectivas Obras.

Septuagésimo: Al respecto es necesario advertir que, entre las pruebas presentadas por el CONCESIONARIO, se encuentra el Informe No.155-2009-MTC/25, preparado por el Asesor Legal de la Dirección General de Concesiones en Transportes del MTC, de fecha 20 de marzo de 2009, en el que expresamente se reconoce que se había incumplido con la entrega de terrenos necesarios para las Obras, a la fecha antes indicada. En efecto, del Contrato quedaba claro que el MTC debía cumplir con entregar el 80% de los terrenos a los 540 días de celebrado el Contrato, lo que vencía el 14 de marzo de 2007, así como que contaba con 180 días más para cumplir con la entrega del 20% (veinte por ciento) restantes, lo que debió ocurrir el 10 de setiembre de 2007.

Sin embargo, en el Informe antes indicado que, como hemos señalado es casi dos años después del vencimiento del último de los plazos indicados, la propia Dirección General de Concesiones en Transporte reconocía que los niveles de

avance en la entrega de terrenos se encontraban, al 20 de marzo de 2009, en porcentajes que fluctuaban entre el 65.79% y el 23.50% del total de terrenos requeridos. Es decir, muy por debajo de los que ya debían haberse entregado dos años antes.

En nuestra opinión, este Informe de la Dirección General de Concesiones en Transportes tiene efectos de un reconocimiento del incumplimiento en que ya había incurrido y que, conforme a lo señalado, debió ocasionar que le resultara aplicable al CONCESIONARIO el supuesto de hacer efectivo el incremento real y efectivo de la Tarifa a partir del 20 de setiembre de 2009.

Septuagésimo Primero: De lo anterior, el Tribunal concluye que una de las principales razones por las que se ha producido un retraso en la aplicación del incremento efectivo y real de la Tarifa, conforme era la intención real de las partes, es debido al incumplimiento del CONCEDENTE en su obligación de entregar los terrenos necesarios para las Obras. Estos incumplimientos han sido reiterados y constantes, a pesar de la disposición del CONCESIONARIO para, por ejemplo, recibir terrenos que correspondían a la Segunda Etapa constructiva que ya estaban a disposición del CONCEDENTE y de aceptar que Obras de la Primera Etapa pasen a la Segunda Etapa, en vista del importante retraso del CONCEDENTE en la entrega de los terrenos correspondientes.

Por eso es que en la Addenda N° 2 al Contrato se establecieron con precisión que Obras eran las susceptibles de ser culminadas a la fecha inicialmente prevista para la finalización de la Primera Etapa (20 de setiembre de 2009) por lo que el derecho del CONCESIONARIO al incremento, igual se mantenía vinculado a dicha fecha y dependía de que hubiera cumplido con esta disposición.

Septuagésimo Segundo: Según el MTC el CONCESIONARIO no cumplió con concluir las Obras previstas en la Addenda N° 2 para ser culminadas al 20 de setiembre de 2009 en los predios entregados por el CONCEDENTE. Así, menciona que mediante Oficio N°3508-09-GS-OSITRAN, éste verifico que el CONCESIONARIO mantenía ciertas partidas aun por ejecutar (Sistema de Riego por Goteo, Guardavías, Emboquillado de Alcantarillas, Tachas Delineadoras Bidireccionales, Postes Kilométricos y Postes Delineadores).

Según COVIPERÚ lo que ha sucedido es que el Estado Peruano, actuando a través del Regulador y del MTC, ha evitado confirmar la culminación de dichas Obras. Como prueba de esa afirmación ha presentado:

- I Oficio No.1459-2009-MTC del 12 de noviembre de 2009, presentado como Anexo No.32 de su demanda, con el que demuestra que la ubicación de los postes kilométricos recién fue definida en esa fecha por el MTC. Es decir, no era posible afirmar que al 20 de setiembre de 2009 COVIPERÚ no cumplió con instalarlos pues requería de un acto de su acreedor, en este caso el MTC, como era la determinación de la ubicación de los mismos, a fin de poder ubicarlos.

E

- I Oficio No.4034-09-GS-OSITRAN, con el que se adjunta la Nota No.1520-09-GS-OSITRAN del 17 de noviembre de 2009, a través de los cuales OSITRAN le indica a COVIPERÚ la ubicación en la que deberá instalar los guardavías. Es decir, con este documento COVIPERÚ demuestra que al 20 de setiembre de 2009 no era posible instalar los guardavías pues faltaba un acto del Estado Peruano, esta vez actuado a través del propio OSITRAN, en donde indicara el lugar donde debían ser instalados los referidos guardavías. Por ende, al 20 de setiembre de 2009, no era exigible esa instalación a COVIPERÚ.

E

- I Oficio No.3872-09-GS-OSITRAN del 28 de octubre de 2009 con el que OSITRAN indica a COVIPERÚ que acepta que es imposible de implementarse el sistema de riego tecnificado en la berma central de la nueva autopista, señalando que se requiere de un acuerdo con el CONCEDENTE para establecer los plazos y consideraciones necesarias para la elaboración del diseño del citado sistema, así como su aprobación e implementación en obra. De ello resulta claro que el sistema de riego no era susceptible de ser ejecutado por COVIPERÚ al 20 de setiembre

E

de 2009 y que para su instalación posterior se requería de actos del CONCEDENTE y del CONCESIONARIO.

Cabe señalar que, según el MTC, la ausencia del sistema de riego tecnificado se ha prolongado y es imputable al CONCESIONARIO hasta que, el 13 de agosto de 2012 se celebró la Addenda No.5 al Contrato, mediante la cual se sustituyó la obligación del CONCESIONARIO de ejecutar dicho Sistema de Riego de la Primera Etapa por la construcción de un Intercambio Vial y un Puente Peatonal en Asia. Según el CONCEDENTE ese cambio se debió a la imposibilidad del CONCESIONARIO para realizar las Obras de dicho sistema de riego tecnificado.

Sin embargo, ello no es coherente con lo señalado por OSITRAN en el Oficio No.3872-09-GS-OSITRAN antes citado en donde, sin imputar responsabilidad por ese concepto al CONCESIONARIO, concluye que no es posible ejecutar ese sistema y que se requería de un acuerdo entre CONCEDENTE y CONCESIONARIA sobre esa materia. Es decir, no era algo cuya ejecución dependiera únicamente de COVIPERU.

Septuagésimo Tercero: De lo anterior este Tribunal concluye que efectivamente el retraso en la certificación de la finalización de las Obras que eran efectivamente susceptibles de ser culminadas al 20 de setiembre de 2009, ha sido generado por el Estado Peruano al exigir al CONCESIONARIO actividades para las que se requería actos del CONCEDENTE. Ninguna de ellas correspondía ser observada y, por ende, no resulta amparable ni adecuado a la buena fe en la ejecución de los contratos que se hayan opuesto observaciones al CONCESIONARIO que, más bien, se originaban en actos o definiciones previas del CONCEDENTE.

Este Tribunal no puede pasar por alto las circunstancias anotadas que, en la práctica, han conducido a que el CONCESIONARIO vea diferido en el tiempo la aplicación de su derecho al incremento real y efectivo de la Tarifa el que, como consecuencia de lo expuesto, pudo y debió ser aplicado al 20 de setiembre de 2009, pero fue bloqueado por el CONCEDENTE.

Septuagésimo Cuarto: A continuación corresponde que el Tribunal Arbitral detalle los elementos que conforman el derecho del CONCESIONARIO al incremento que es reconocido con este Laudo.

En efecto, al concluir que la intención real de las partes era la de otorgar al CONCESIONARIO un derecho a un aumento real y efectivo de la Tarifa, el Tribunal debe reconocer los alcances de dicho derecho. De no efectuar este detalle, el pronunciamiento del Tribunal estaría incompleto pues no permitiría la debida identificación del derecho en cuestión.

En tal sentido, el primer elemento que forma parte del indicado derecho es que el Contrato prevé que se reconozca e introduzca la inflación acumulada, tanto en Dólares Americanos como en Nuevos Soles, en las proporciones previstas en el literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato en donde, además, se prevé que COVIPERÚ debe aplicar ese derecho simultáneamente con el incremento de la Tarifa, es decir, a la finalización de la Primera Etapa constructiva. A dicho efecto deberán considerar que el periodo a reconocer es el comprendido desde la fecha de finalización real de la Primera Etapa. Conforme a lo previsto en el Contrato, COVIPERÚ es acreedora de este derecho y el Estado Peruano es el deudor contractual del mismo, por lo que a éste último le corresponde la obligación de asegurar y proveer dicho ajuste.

En segundo elemento que forma parte de ese derecho es que, conforme al citado literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, la Demandante podrá realizar reajustes ordinarios de la Tarifa cada doce (12) meses, que deberán ser computados a partir de la fecha en que efectivamente fue finalizada la Primera Etapa, en función de la inflación acumulada en ese periodo de doce (12) meses, tanto en Dólares Americanos como en Nuevos Soles, en las mismas proporciones que preveía el Contrato. En este caso y salvo que las partes con posterioridad a este Laudo acuerden otra cosa, ello implicará que el CONCESIONARIO deberá estar en condiciones de realizar dicho ajuste ordinario (a la Tarifa que en ese momento esté aplicando) cada doce (12) meses contados desde la finalización real de la Primera Etapa y que corresponde al CONCEDENTE la obligación de asegurar y proveer dicho ajuste.

El tercer elemento integrante de este derecho es que, conforme lo dispone el penúltimo párrafo del literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, el CONCESIONARIO podrá realizar reajustes extraordinarios a la Tarifa, cuando se produzca una variación de más del 10% desde el último reajuste ordinario, quedando también el CONCEDENTE en la obligación de asegurar y proveer dicho ajuste.

El cuarto elemento que conforma el derecho reconocido al CONCESIONARIO es que, conforme se prevé en el último párrafo del literal d) de la Cláusula 8.17 del Contrato, el CONCESIONARIO podrá a redondear, a los diez (10) céntimos más próximos o a la menor moneda fraccionaria vigente, la Tarifa que corresponda aplicar.

Este Colegiado destaca que lo indicado en los párrafos precedentes es lo que las partes han establecido en el Contrato, independientemente de cuál sea el monto final del incremento que, como hemos indicado, solamente puede ser definido por acuerdo entre ellas o por OSITRAN. En tal sentido forman parte del derecho reconocido por este Colegiado y deben aplicarse, salvo que sean modificadas por acuerdo de las partes.

Septuagésimo Quinto: Por los argumentos señalados en los Considerandos precedentes y efectuado el análisis de los medios probatorios ofrecidos por COVIPERÚ para acreditar que la real intención del Estado Peruano (y de las partes) este Tribunal Arbitral ha creado convicción en el sentido que la intención de las partes fue otorgar a COVIPERÚ el derecho a incrementar, en forma real y efectiva, la Tarifa que viene aplicando.

En ese sentido, siendo que la declaración contenida en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato no guarda concordancia y discrepa con lo realmente querido, la aplicación literal de dicha estipulación resulta contraria a la real voluntad que tuvieron las partes. En efecto, mientras que todos los actos analizados acreditan que la intención era la de provocar un incremento real en la Tarifa, la aplicación literal de la declaración llevaría al escenario exactamente opuesto y, por ende, no deseado.

Por esta razón, corresponde que el Tribunal declare la primacía de lo querido por las partes (incremento real y efectivo de la Tarifa) sobre aquello que

declararon en el Contrato, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del Artículo 1361 del Código Civil²⁴ y, en consecuencia, debe declararse que COVIPERÚ tiene derecho al incremento real y efectivo de la Tarifa a la terminación de las obras de la Primera Etapa constructiva.

Por lo tanto, habiendo efectuado el análisis de la primera parte del punto controvertido referido a la Primera Pretensión Principal, corresponde que el Tribunal continúe con el análisis de los demás aspectos materia del referido punto controvertido.

Septuagésimo Sexto: De acuerdo a lo señalado en el Considerando Vigésimo precedente, corresponde que el Tribunal resuelva si:

- (i) *COVIPERÚ debe seguir aplicando la tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho; y que,*
- (ii) *Si el monto del incremento debe ser determinado ya sea mediante una Addenda al Contrato de Concesión del Tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica o como resultado del ejercicio de la potestad reguladora por parte del OSITRAN.*

En cuanto a si COVIPERÚ debe seguir aplicando la Tarifa actual en tanto no se determine el incremento tarifario al que tiene derecho, este Tribunal Arbitral ha determinado la primacía de lo querido sobre lo declarado lo que, en este caso concreto, implica reconocer que la declaración contenida en el literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato no resulta aplicable ni eficaz, en tanto no refleja lo realmente querido y ha quedado desplazada por ello que, como lo ha indicado el Tribunal, consiste en que el CONCESIONARIO tiene derecho a un incremento real y efectivo de la Tarifa a la finalización de la Primera Etapa.

En la medida que el citado literal c) deviene en inaplicable e ineficaz, corresponderá que COVIPERÚ continúe aplicando la Tarifa que el Contrato le asigna hasta este momento, lo que deberá realizar hasta que llegue al acuerdo con el CONCEDENTE por el que concrete el derecho al incremento que le reconoce este Tribunal o hasta que OSITRAN haga lo mismo, como resultado del ejercicio de sus competencias.

²⁴ Artículo 1361.-

(..)

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Debe señalarse que, conforme a lo dispuesto en el mandato cautelar emitido por este Colegiado mediante la Resolución Cautelar N° 3 del 7 de mayo de 2013, el Tribunal Arbitral autorizó provisoriamente a COVIPERÚ a seguir aplicando la Tarifa que venía cobrando a sus Usuarios (S/5.50, incluyendo el impuesto general a las ventas) después de producida la aprobación y finalización de las obras de la Primera Etapa.

Estando a lo señalado, este Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar que COVIPERÚ continúa teniendo y mantiene el derecho a cobrar la Tarifa de S/5.50, incluyendo el Impuesto General a las Ventas, que viene cobrando actualmente, lo que deberá mantener hasta la oportunidad en que se determine el monto del incremento al cual tiene derecho, debiéndose dejar sin efecto las contracautelas que otorgó la Demandante en respaldo de la referida medida cautelar.

Septuagésimo Séptimo: En cuanto al extremo del punto controvertido referido a que se declare que el monto del incremento debe ser determinado mediante una addenda al Contrato (por acuerdo entre partes) o mediante el OSITRAN en ejercicio de sus facultades conferidas por Ley, este Colegiado considera que ambas alternativas son viables.

Respecto al acuerdo entre las partes para determinar el monto del incremento de la Tarifa así como todas las demás cuestiones conexas que correspondan, el Tribunal Arbitral considera que este es un derecho inherente a las partes dada su propia condición de tales en el Contrato. Negar el derecho que les asiste sería vulnerar su condición de parte y los derechos que les competen. Esta conclusión se fortalece al observar que el régimen tarifario incluido en el Contrato tiene un origen y naturaleza contractual, pues todas y cada una de las tarifas incluidas en el no fueron determinadas o establecidas como consecuencia del ejercicio de la potestad regulatoria del OSITRAN, sino que fueron originadas a partir del acuerdo de voluntades alcanzado por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO. Es decir, se originan a partir y por la celebración del Contrato.

Esta es la razón por la que, en un caso absolutamente semejante a este, pues también se trata una concesión de carreteras, también autosostenible y, además, en cuyo modelo económico se basó ésta Concesión, ya existe un

antecedente en el que el CONCEDENTE y el referido Concesionario modificaron, por acuerdo entre dichas partes y luego de la opinión favorable de OSITRAN, sus respectivas tarifas de peaje. En efecto, como se aprecia del Informe "Evaluación del ajuste del peaje al término de la primera etapa de la concesión del Tramo vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica" elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico que fuera presentado al proceso por COVIPERÚ como medio probatorio de sus pretensiones, se señala que en un caso similar (Red Vial N° 5), en el cual también se había previsto la dolarización de la tarifa a la culminación de cierta etapa de ejecución de obras y también se había producido un retraso del CONCEDENTE en la entrega de los predios necesarios para dichas obras, se procedió a la modificación del correspondiente contrato de concesión para modificar la tarifa aplicable. Sobre el particular, el Informe de la Universidad del Pacífico señala:

"El Contrato de Concesión original de la Red Vial 5 (Ancón - Huacho - Pativilca) definía en el inciso a un cronograma de aumentos paulatinos en el peaje, definidos en soles. Asimismo, normaba que el Concesionario recién podría cobrar el peaje de US\$ 1,50 a la aprobación de la culminación de las obras de la primera etapa; esto último de manera similar a lo que se aplica en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana- Cerro Azul - Ica.

Sin embargo, debido entre otras razones a los retrasos en la entrega de los terrenos para realizar las obras de la primera etapa, lo que impediría aplicar el mayor peaje de US\$ 1.50 en la fecha programada originalmente, el Concesionario y el Concedente acordaron una adenda al Contrato de Concesión (Adenda 1, del 8 de noviembre de 2004) que permitió al Concesionario cobrar la tarifa mencionada en una fecha cierta (15 de julio de 2006), mucho antes de la finalización de las obras de la primera etapa (lo que ocurrió recién en junio de 2008), a los 3.5 años de iniciada la concesión (...)"²⁵

En consecuencia, este Tribunal Arbitral considera no solo que las partes se encuentran facultadas a determinar mediante la modificación del Contrato el

nuevo monto de la Tarifa sino que, existiendo un precedente, estas tienen el deber de realizar sus mejores esfuerzos para arribar a un acuerdo.

Al respecto este Tribunal considera conveniente destacar lo manifestado por Alfredo Bullard, en su Informe del 22 de mayo de 2013, presentado por el CONCESIONARIO con su escrito del 24 de mayo de 2013, el que señala en su numeral 9:

"...En EL CONTRATO no estamos ante un proyecto cuyo régimen tarifario está regulado por OSITRAN, sino ante un régimen tarifario contractual cuyo cumplimiento debe ser exigido por dicho organismo regulador.

En dicho sentido, el Tribunal Arbitral es competente para solucionar la controversia de interpretación suscitada entre COVIPERÚ y el Estado Peruano, actuando a través del MTC; sólo una vez determinada la común intención de las partes respecto del sistema de ajuste tarifario pactado en la Cláusula 8.17 del EL CONTRATO, las Partes mediante adenda podrán determinar la Tarifa a aplicar o, en todo caso, recurrirán a OSITRAN a efectos de que proceda con la fijación de la tarifa, respecto los alcances de la voluntad de las partes y las normas legales/reglamentarias generales que establecen sus competencias."

Septuagésimo Octavo: Finalmente, en cuanto a que el monto del incremento podrá también ser determinado por OSITRAN, en ejercicio de sus facultades conferidas por Ley, este Tribunal Arbitral considera que ello también resulta posible, pues OSITRAN cuenta con facultades reconocidas para determinar tarifas. Sin embargo, toda vez que la modificación del Contrato es una potestad de las partes que lo han suscrito corresponderá que en primera instancia sean las partes las que de mutuo acuerdo, actuando bajo las reglas de la buena fe que les son recíprocamente exigibles y presididos por la común intención que ha sido expresamente reconocida por este Tribunal, busquen y realicen sus mayores esfuerzos para encontrar una solución consensuada para determinar el monto del incremento de la Tarifa.

Si ello no fuera posible, es válido que quien ostenta el derecho al incremento de la Tarifa (COVIPERÚ), recurra al OSITRAN para que esta entidad determine la Tarifa en ejercicio de sus facultades, entidad que deberá respetar los

derechos que el Contrato ha otorgado al CONCESIONARIO y que han sido reconocidos mediante este Laudo.

De lo expuesto hasta el momento, queda claro que este Tribunal está amparando plenamente la Primera Pretensión Principal, por lo que carece de sentido que se pronuncie respecto de las Pretensiones Alternativas a aquella.

Septuagésimo Noveno: Corresponde ahora que el Tribunal evalúe la Segunda Pretensión Principal de la Demandante respecto de la que, en la Audiencia del 25 de junio de 2013 se determinó el siguiente punto controvertido:

Determinar si corresponde declarar que hasta la fecha de la demanda (y hasta la fecha en que efectivamente se culmine con la Primera Etapa constructiva) COVIPERÚ ha venido aplicando correctamente la tarifa de peaje que corresponde conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión.

En cuanto a esta pretensión, el CONCEDENTE ha señalado que el Tribunal Arbitral no es el competente para determinar si el importe de la Tarifa cobrada por COVIPERÚ es o no el correcto, lo cual solo puede ser determinado por OSITRAN. Además, señala el MTC que, conforme a la Ley N° 26917, corresponde a OSITRAN velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros similares, ya sean determinados por OSITRAN o que se encuentren contemplados en un contrato de concesión. Finalmente, el CONCEDENTE sostiene que, al no ser una materia de libre disposición, no es arbitrable.

Respecto al extremo del argumento del MTC referido a que solo OSITRAN puede determinar si la Tarifa cobrada ha sido o no la correcta, este Tribunal ~~debe~~ reiterar que este proceso tiene por finalidad, de un lado, la interpretación del Contrato y, en relación a este punto, emitir una declaración de certeza respecto de cuál era la obligación de cobro a cargo del CONCESIONARIO. En tal sentido, el Tribunal no está ejerciendo, ni pretende atribuirse, una facultad de fiscalización que le corresponde a OSITRAN. El Tribunal Arbitral se limitará a determinar, como consecuencia del análisis y conclusiones correspondientes a la Primera Pretensión Principal y con carácter declarativo, si la Tarifa cobrada

corresponde o no a lo que teóricamente correspondía que aplicara el CONCESIONARIO conforme lo previsto en la Cláusula 8.17 del Contrato.

Por otro lado, en cuanto a que si se trata o no de una materia de libre disponibilidad y, por tanto, una materia arbitrable, el Tribunal señala que, en el Considerando Décimo Octavo del presente Laudo, ya se ha pronunciado respecto de la arbitrabilidad de todas las pretensiones planteadas por COVIPERÚ, por lo que nos referimos nuevamente a dichos Considerandos para desestimar los argumentos formulados por el CONCEDENTE.

Debe tenerse presente que, como se señaló en el Acápite III. TRAMITACIÓN DEL PROCESO, mediante Resolución Cautelar N° 3 del 7 de mayo de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió conceder la medida cautelar solicitada por la Demandante mediante escrito de fecha 15 de abril de 2013. El mandato cautelar dispuso, entre otros, autorizar a COVIPERÚ a seguir aplicando la Tarifa que venía cobrando a sus Usuarios, incluso después de que se produzca la aprobación y finalización de las Obras de la Primera Etapa constructiva, en tanto se resuelva el presente proceso.

Como se ha señalado en lo correspondiente a la Primera Pretensión Principal, este Tribunal Arbitral ha considerado declarar fundada la referida pretensión. En tal sentido, se ha determinado que la real intención de las partes respecto de lo previsto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato era que el CONCESIONARIO tuviera derecho a un efectivo y real incremento de la Tarifa. En consecuencia de la aplicación de lo previsto en el artículo 1361 del Código Civil, habiéndose demostrado que no hay coincidencia entre la voluntad común y lo declarado, lo primero prima sobre lo segundo y esto último debe ser declarado ineficaz e inoponible a las partes.

Como consecuencia de esta declaración, el CONCESIONARIO deberá continuar aplicando la Tarifa prevista en el Literal a) de la Cláusula 8.17 del Contrato, hasta que se produzca la materialización de los derechos que han sido reconocidos en este Laudo. En tal sentido, este Tribunal también debe amparar la Segunda Pretensión Principal del CONCESIONARIO pues la Tarifa que ha venido aplicando es aquella prevista en el Literal a) de la Cláusula 8.17, calculada conforme al procedimiento previsto en la referida Cláusula 8.17. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera que la Tarifa que venía aplicando

COVIPERÚ desde la presentación de su demanda y hasta la fecha en que efectivamente se culminó con la Primera Etapa constructiva, es la correcta. Además, esta es la Tarifa que debe continuar aplicando hasta que no se produzcan los actos antes indicados.

Lo anterior también genera como efecto que la Tarifa que ha venido cobrándose en cumplimiento del mandato cautelar contenido en la Resolución Cautelar N° 3 es la correcta.

Octogésimo: Respecto a la Tercera Pretensión Principal, en la Audiencia del 25 de junio de 2013 se determinó el siguiente punto controvertido:

Determinar si corresponde, en caso la demanda sea declarada fundada, ordenar al MTC el pago de los costos del proceso, conforme a lo previsto en el literal e) de la Cláusula 15.14 del Contrato de Concesión."

Al respecto, corresponde tener presente lo señalado en la Cláusula 15.14 del Contrato, la cual dispone:

"Reglas Procedimentales Comunes

15.14.- Tanto para el Arbitraje de Conciencia a que se refiere la Cláusula 15.13.a) como para el Arbitraje de Derecho a que se refiere la Cláusula 15.13.b), ya sea en su modalidad internacional o nacional, se aplicarán por igual las siguientes disposiciones generales:

(...)

e) **Todos los gastos que irroque la resolución de una Controversia Técnica, o No-Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida.** Igual regla se aplica en caso la parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. En caso el procedimiento finalice sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Se excluyen de lo dispuesto en esta cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual". (énfasis agregado)

Como se aprecia de la referida Cláusula 15.14 del Contrato, las partes han pactado que todos los gastos derivados del proceso, con las exclusiones ahí previstas, deberán ser cubiertos por la parte vencida. Lo anterior implica que este Colegiado debe definir si en este caso existe una parte que deba ser reconocida como la vencida.

Si bien el Tribunal está amparando la Primera Pretensión Principal de COVIPERÚ, lo que podría llevar a considerar que la DEMANDADA es la parte vencida, este Colegiado considera que en un tema de interpretación de los alcances de un contrato, el requerimiento de la decisión jurisdiccional deriva de la necesidad de que se establezca certeza respecto de un aspecto del referido contrato que no resulta claro. Precisamente esto es lo que ha sucedido en este caso en donde, por diversas circunstancias, cada una de las partes ha tenido una posición distinta respecto de cómo entender los alcances del Contrato, habiéndose requerido de este Tribunal para que solucione esa incertidumbre.

Por estas razones, el Tribunal considera que este caso no hay una parte vencida y, por esa razón, no corresponde asignar que el total de los gastos de este proceso sean asumidos por alguna de ellas. En tal sentido, este Tribunal considera que debe declararse infundada la Tercera Pretensión Principal, disponiéndose que cada una de las partes asuma sus propios gastos.

Octogésimo Primero: De otro lado y como se ha señalado en los Considerandos precedentes, mediante la Resolución Cautelar N° 3 del 7 de mayo de 2013, el Tribunal Arbitral resolvió conceder la medida cautelar solicitada por la Demandante mediante escrito de fecha 15 de abril de 2013. El mandato cautelar dispuso: (i) autorizar a COVIPERÚ a seguir aplicando la Tarifa que venía cobrando a sus Usuarios, incluso después de que se produzca la aprobación y finalización de las Obras de la Primera Etapa constructiva, en tanto se resuelva el presente proceso; (ii) aceptar la contracautela ofrecida por COVIPERÚ y, de manera complementaria y también como contracautela, la entrega de una carta fianza bancaria por el importe de S/.750,000 (Setecientos Cincuenta Mil Nuevos Soles), en ambos casos en los términos dispuestos en la referida resolución cautelar.

La contracautela ofrecida por COVIPERÚ consiste en depositar en una cuenta bancaria ad-hoc la diferencia existente entre (i) lo que se cobre a cada uno de los Usuarios entre el periodo comprendido entre la aceptación de las obras de la Primera Etapa, menos (ii) el monto de la Tarifa que resultaría de aplicar literalmente lo previsto en la Cláusula 8.17 c), es decir, de acuerdo al Tipo de Cambio vigente de la fecha de aprobación de las Obras de la Primera Etapa.

Mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2013 COVIPERÚ informó al Tribunal Arbitral que ha procedido a realizar el depósito de la contracautela correspondiente al mes de septiembre de 2013, siendo el monto depositado S/.716,340.68 (Setecientos Dieciséis Mil Trescientos Cuarenta y 68/100 Nuevos Soles). Como la Primera y Segunda Pretensiones Principales de COVIPERÚ están siendo declaradas fundadas por este Tribunal, corresponde que se autorice a COVIPERÚ a disponer libremente de los fondos de la cuenta bancaria en que se depositó la contracautela así como a disponer, si lo considera necesario, el cierre definitivo de dicha cuenta bancaria.

Como se ha indicado, adicionalmente a la contracautela ofrecida por COVIPERÚ, el Tribunal Arbitral dispuso que entregara una carta fianza bancaria por el importe de S/.750,000 (Setecientos Cincuenta Mil Nuevos Soles) a favor del CONCEDENTE. El 16 de septiembre de 2013, COVIPERÚ procedió a la entrega de dicha carta fianza al Tribunal Arbitral, siendo la misma la Carta Fianza N° D000-1919140 emitida por el Banco de Crédito del Perú. A su vez, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Cautelar N° 12, la Secretaría Arbitral procedió a su entrega al MTC para su custodia.

Estando a lo resuelto en este proceso, corresponde que se ordene al MTC la devolución a COVIPERÚ de la Carta Fianza N° D000-1919140 emitida por el Banco de Crédito del Perú, lo cual deberá realizar dentro del tercer día hábil de notificado con este Laudo, debiendo realizar las coordinaciones correspondientes directamente con COVIPERÚ.

Octogésimo Segundo: Finalmente, los Artículos 60 y 61 del Reglamento de Arbitraje del Centro disponen:

Artículo 60°.-

De conformidad con la Ley, el laudo arbitral emitido y debidamente notificado es definitivo, inapelable, produce los efectos de la cosa juzgada, y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Artículo 61º.-

1. (...)

2. *La parte que interponga el recurso de anulación contra un laudo y solicite la suspensión de su ejecución, deberá presentar a la autoridad judicial competente, una carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, extendida a favor de la otra parte, con una vigencia no menor a seis (6) meses, renovable hasta que se resuelva en definitiva el recurso de anulación, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo.*

3. **Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere una liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el Tribunal Arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria, en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución.**

En tal sentido corresponde que el Tribunal Arbitral determine el monto de la garantía que deberá otorgar el CONCEDENTE, en caso que solicitada judicialmente la anulación de este Laudo, solicitará en dicho proceso judicial la suspensión de los efectos del Laudo.

Toda vez que este proceso ha tenido por finalidad determinar si COVIPERÚ tiene o no derecho a incrementar la Tarifa, y no aplicar literalmente lo previsto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato, este Tribunal aprecia que el perjuicio que se generaría en COVIPERÚ por efecto de la suspensión de los efectos de este Laudo consiste en la menor recaudación que tendría, pues se vería obligado a cobrar una Tarifa menor a la que este Tribunal ha declarado que le corresponde. En tal sentido, el perjuicio estaría constituido por la diferencia entre lo que efectivamente cobraba a cada Usuario y lo que le correspondería cobrar en aplicación de este Laudo y hasta que se determine el monto del incremento que le corresponde, ello entre el período comprendido entre la suspensión del Laudo y la fecha en que se emita la sentencia definitiva correspondiente en el eventual proceso de anulación.

Estando a lo señalado en el párrafo precedente y, conforme a lo expuesto en los Considerandos precedentes, el daño equivaldría a la diferencia entre S/.5.50 y S/.5.00, es decir, S/.0.50 por cada Tarifa a cobrarse.

Considerando que por mes de aplicación de la contracautela, COVIPERU ha depositado en la cuenta bancaria indicada en el Considerando Octogésimo Segundo la suma de S/.716,340.68 (Setecientos Dieciséis Mil Trescientos Cuarenta y 68/100 Nuevos Soles) y que los procesos judiciales de anulación de laudos arbitrales tienen una duración considerable, este Tribunal Arbitral considera que corresponde establecer el monto de la garantía para la suspensión de los efectos del Laudo en la suma de S/.7'400,000 (Siete Millones Cuatrocientos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

FALLO DE DERECHO

El Tribunal Arbitral en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas, y conforme a derecho,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral formulada por el MTC.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal y, en consecuencia,:

(i) Reconocer y declarar que la intención real de las partes en relación a lo previsto en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato fue la de otorgar a COVIPERÚ un incremento real y efectivo de la Tarifa como consecuencia de la terminación de las obras de la Primera Etapa constructiva. Por lo tanto, esa voluntad real es la prevalece sobre lo expresado en el Literal c) de la Cláusula 8.17 del Contrato el que, como consecuencia de esta decisión, deviene en ineficaz e inoponible para las partes;

(ii) Declarar que COVIPERÚ tiene el derecho a seguir cobrando la Tarifa de S/.4.62, más el Impuesto General a las Ventas y otros Aportes de Ley, en aplicación de lo previsto en el Literal a) de la Cláusula 8.17

del Contrato, hasta que se determine el monto del incremento al cual tiene derecho;

(iii) Declarar que la cuantía del incremento de la Tarifa deberá ser determinada por acuerdo entre las partes, mediante una modificación del Contrato, o por el OSITRAN, en ejercicio de sus facultades, considerando que debió entrar en vigencia efectiva a la fecha de culminación de la Primera Etapa constructiva; y,

(iv) Declarar que, en cualquiera de los casos indicados en (ii) y (iii), deberá respetarse los derechos que establece el Contrato a favor del CONCESIONARIO y que han sido referidos en los considerandos de este Laudo, salvo que sean modificados por acuerdo entre las partes..

TERCERO: Habiéndose declarado fundada la Primera Pretensión Principal, no corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de la Primera, Segunda y Tercera Pretensiones Alternativas a la Primera Pretensión Principal.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de COVIPERÚ y, en consecuencia, declarar que hasta la fecha de presentación de la demanda y hasta la fecha en que efectivamente se culminó la Primera Etapa constructiva, COVIPERÚ aplicó correctamente la Tarifa que correspondía conforme a lo previsto en el Contrato.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de COVIPERÚ y, en consecuencia, declarar que cada una de las partes debe asumir sus propios costos y costas del proceso.

SEXTO: Autorizar a COVIPERÚ a disponer del saldo existente en la cuenta bancaria en que depositó la contracautela por la medida cautelar a que hace referencia la Resolución Cautelar N° 3 así como a disponer, si lo considera necesario, el cierre definitivo de dicha cuenta bancaria.

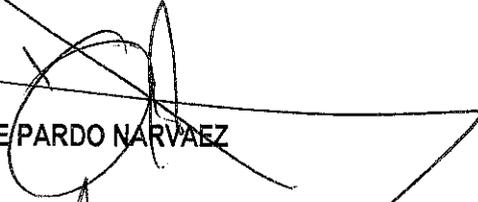
SEPTIMO: Ordenar al MTC para que, dentro del tercer día de notificado con este Laudo, proceda a devolver a COVIPERÚ la carta fianza entregada como contracautela por la medida cautelar a que hace referencia la Resolución Cautelar N° 3, quedando sin efecto la obligación de COVIPERÚ de obtener y entregar dicha garantía.

OCTAVO: Establecer como monto para la carta fianza bancaria irrevocable, solidaria, sin beneficio de excusión y de realización automática emitida y entregada a favor de COVIPERÚ que deberá otorgar el MTC en caso solicite judicialmente la suspensión de los efectos del presente laudo, en la suma de S/7'400,000 (Siete Millones Cuatrocientos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

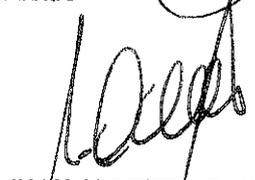
Notifiquese a las partes.-



JORGE VEGA VELASCO
Presidente del Tribunal Arbitral



LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ
Arbitro



JUAN ALBERTO QUINTANA SANCHEZ
Arbitro



GIORGIO ASSERETO LLONA
Secretario Arbitral