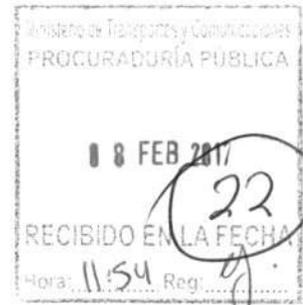




A-076-2015  
SOTOMAYOR



Lima, 6 de febrero de 2017

Señores

**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

Mesa de Partes de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Jirón Zorritos 1203  
Lima.-

Ref.: Caso Arbitral N° 3275-2015-CCL

De mi consideración:

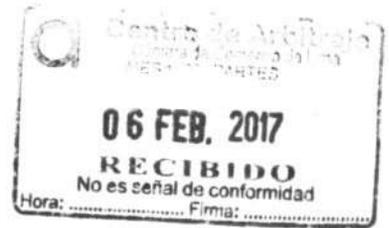
Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, les remito la Resolución N° 19 que contiene el laudo parcial emitido por el Tribunal Arbitral con fecha 6 de febrero de 2017, para los fines correspondientes.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

**DANIELA PANDURO CORONADO**  
Secretaria Arbitral

ref al RE  
3275-2017



**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 3275-2015-CCL

GyM Ferrovías S.A.

vs.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones

---

**LAUDO PARCIAL**

---

*Miembros del Tribunal Arbitral:*

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann (Árbitro)

Francisco Avendaño Arana (Árbitro)

*Secretario Arbitral:*

Giorgio Assereto Llona

Lima, 26 de enero de 2017

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**RESOLUCIÓN N° 19**

Lima, 26 de enero del 2017.-

**VISTOS:**

**I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, REPRESENTANTES Y ABOGADOS**

1. Partes:

- En calidad de demandante: GyM Ferrovías S.A., en adelante GyM
- En calidad de demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el MTC.

2. Representantes:

- Del demandante GyM: David Ernesto Cueva García y Víctor Ángel Miranda Mendoza,
- De la demandada MTC: Alán Alarcón Canchari.

3. Abogados:

- Del demandante GyM: Estudio Patrocinante, el Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría
- De la demandada MTC: Melissa Evans Crispín.

**II. ANTECEDENTE**

1. Mediante Resolución N° 17 notificada a GyM y al MTC con fechas 15 y 16 de diciembre de 2016 respectivamente, el Tribunal Arbitral dispuso que se abriera el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
2. Dentro del plazo otorgado, el colegiado emite el presente Laudo Parcial que resolverá la solicitud de incorporación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, en adelante OSITRAN.

**III. SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL OSITRAN AL PROCESO ARBITRAL**

3. Con fecha 5 de febrero de 2016, el MTC solicitó al Tribunal Arbitral que se incorpore al proceso arbitral al OSITRAN.



**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**III.1 POSICIÓN DEL MTC**

4. En el segundo párrafo del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1224 se establece que: *“La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.”*
5. Asimismo, el artículo 81° numeral del Decreto Supremo N° 410-2015-EF establece que: *“Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el numeral precedente, y para efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 23.1 del artículo 23 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación.”*
6. Al respecto, el numeral 6 del Apéndice 1 del Anexo 4 del Contrato de Concesión establece:

**“6. Procedimiento de liquidación trimestral del Pago por Kilómetro Tren Recorrido.  
(...)”**

- c. **EL CONCESIONARIO deberá remitir al Regulador, dentro de los primeros cinco (05) días de cada mes, un informe de recaudación diaria, para que éste último pueda verificar la información recibida.**
- d. **El Regulador deberá verificar si la información indicada en el informe de recaudación coincide con la información obtenida por éste a través de la documentación presentada y exigida en el anexo 7. Luego de verificar dicha información, dentro de un plazo no mayor a diez (10) días calendario contados a partir del inicio de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada Año de la Concesión, luego de iniciada la etapa de Explotación, el Regulador remitirá al CONCEDENTE una liquidación debidamente aprobada por el Regulador, que contendrá el valor estimado del pago de todos los kilómetros recorridos en el trimestre anterior.**

**La Liquidación trimestral de los Kilómetro Recorridos será calculada por el Regulador como sigue:**

**LPKRx - (KGx \* PKTt + Kax \* PKTAt) \* FP”**

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

7. De acuerdo al Contrato de Concesión, la liquidación del PKT está vinculada a la competencia de OSITRAN toda vez que la misma debe ser aprobada por el Regulador, debiendo contener el valor estimado de los pagos de los kilómetros recorridos, razón por la cual resulta necesaria la incorporación de OSITRAN al presente proceso Arbitral.

## **II.2 RESPUESTA A LA SOLICITUD DE INCORPORACIÓN POR PARTE DE OSITRAN**

8. Con fecha 10 de febrero del 2016, OSITRAN se apersonó al proceso arbitral y solicitó su incorporación al mismo.

### **II.2.1 POSICIÓN DE OSITRAN**

9. Solicita su incorporación, a efectos de participar en el presente Arbitraje, al amparo de lo establecido en el artículo 23, ítem 23.1, segundo párrafo, del Decreto Legislativo N° 1224 – Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos concordante con el artículo 81.2 de su Reglamento – Decreto Supremo N° 410-2015-EF – con la finalidad de poder ejercer la defensa de sus intereses.
10. Señala que ha tomado conocimiento de la existencia de una demanda arbitral presentada por GyM con fecha 21 de diciembre de 2015 contra el MTC; el cual versa sobre el pago por Kilómetro de Tren Recorrido (PKT) previsto en el Contrato de Concesión del Proyecto Especial del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (en adelante Contrato de Concesión Lima 1 del Metro) suscrito por dichas partes con fecha 11 de abril de 2011.
11. Conforme a lo señalado por GyM en la demanda arbitral, durante el periodo del 25 de julio de 2014 al 03 de setiembre de 2014 (periodo controvertido) hubo servicio de trenes efectuado conforme a los requerimientos técnicos y contractuales; sin embargo el MTC alegando incertidumbre jurídica sobre como efectuar la retribución, no efectuó el pago correspondiente a dicho recorrido.
12. Asimismo, se tiene conocimiento que las pretensiones de GyM Ferrovías S.A. están dirigidas básicamente a que: i). El Tribunal arbitral declare que los kilómetros recorridos en el periodo de la controversia (25 de julio de 2014 al 03 de setiembre de 2014) deben ser remunerados al valor ajustado del PKTi (S/. 79.35); ii). y si en caso se rechace dicha pretensión, se ordene al MTC el pago a favor de GyM Ferrovías S.A. de la remuneración por los kilómetros recorridos en el periodo de la controversia al valor del PKT2; pues a su entender la retribución bajo un valor

*Handwritten mark*

*Handwritten signatures*

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

contractual del PKT, resulta compatible con la función económica propia del Contrato de Concesión, la cual consiste en la prestación de inversiones y servicios por parte de GyM Ferrovías S.A. a cambio de una remuneración programada, y finalmente señala que si el Tribunal no considera aplicables ambos precios unitarios, los servicios prestados durante el período de la controversia deberán ser pagados a título de compensación por enriquecimiento indebido con un valor equivalente al del PKT2, a efectos de evitar el enriquecimiento injustificado del MTC.

13. Respecto a la materia del arbitraje, es importante indicar que la liquidación del PKT está vinculada a la competencia de OSITRAN, toda vez que la misma debe ser aprobada por el Regulador, debiendo contener el valor estimado de los pagos de los kilómetros recorridos. Así se establece de manera inequívoca del tenor del numeral 6 del Apéndice 1 del Anexo 4 del Contrato de Concesión, que prescribe:

**"6. Procedimiento de liquidación trimestral de Pago por Kilómetro Tren Recorrido (...)**

**c. EL CONCESIONARIO deberá remitir al Regulador, dentro de los primeros cinco (05) días de cada mes, un informe de recaudación diaria para que éste último pueda verificar la información recibida.**

**d. El Regulador deberá verificar si la información indicada en el informe de recaudación coincide con la información obtenida por éste a través de la documentación presentada y exigida en el anexo 7. Luego de verificar dicha información, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días calendario contados a partir del inicio de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año de la Concesión, luego de iniciada la etapa de Explotación, el Regulador remitirá al CONCEDENTE una liquidación debidamente aprobada por el Regulador, que contendrá el valor estimado del pago de los kilómetros recorridos en el trimestre anterior.**

**La liquidación trimestral de los Kilómetros Recorridos será calculada por el Regulador como sigue:**

$$LPKR_x = (KG_x * PKTt + KA_x * PKTA_t) * FP"$$

14. En consecuencia, se advierte, de acuerdo al Contrato de Concesión las pretensiones materia el presente arbitraje guardan relación con la competencia de OSITRAN, en su condición de regulador.

Sustento Normativo respecto a la Incorporación de OSITRAN

15. La Constitución Política del Perú de 1993, establece en su Artículo 58° que: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

16. En ese sentido, cada acto que OSITRAN emite en ejercicio de sus funciones es un acto administrativo que se realiza en ejercicio del *ius Imperium* del Estado.
17. De acuerdo a lo establecido en el artículo 23°, ítem 23.1, segundo párrafo, del Decreto Legislativo N° 1224 - Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos concordante con el artículo 81.2 de su Reglamento - Decreto Supremo N° 410-2015-EF, el Tribunal Arbitral tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia (como ocurre en el presente caso), precisándose claramente que el Regulador actuará bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332.
18. De acuerdo a lo señalado en el numeral 6o del Apéndice lo del Anexo 4o del Contrato de Concesión, la liquidación del PKT, está vinculada con la misión de OSITRAN, reconocida en el artículo 3o de la Ley N° 26917; específicamente por cuanto el mismo Contrato de Concesión establece que la liquidación del PKT (tema vinculado a las pretensiones demandadas); debe ser aprobada por OSITRAN; ello por ser parte de la competencia que le ha sido asignada.
19. Conforme señala el artículo 2° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, concordante con lo establecido en el artículo 2° 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 Transporte Aéreo, OSITRAN es una entidad que forma parte del Poder Ejecutivo, dotada de una organización y autonomía dentro del marco de la ley.
20. Así afirma que OSITRAN (designado en dicho contrato como "EL REGULADOR") resulta competente, en relación a la presente controversia, pues debe aprobar la liquidación del PKT (debiendo contener el valor estimado de los pagos de los kilómetros recorridos); ello en virtud, a la función fiscalizadora y supervisora que cumple OSITRAN, esto es, el de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades prestadoras; tal como ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 008-2003-AI/TC:

**"(...) A dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que**

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete"**

21. Por tanto, resulta viable, necesaria y obligatoria la participación de OSITRAN en el presente Arbitraje; quien debe intervenir en relación al ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva y el derecho de defensa considerando que no existe zona exceptuada de ser susceptible de ser sujeta a control constitucional; más aún cuando el Tribunal Arbitral podría terminar pronunciándose sobre pretensiones que encierren atribuciones y competencias de OSITRAN.
22. Aclara que, si bien la naturaleza especial del arbitraje, radica en la autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, ello no supone la desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución.
23. Como ya ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC:

**"(...) la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso" (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9)."**

24. Sin perjuicio que la Procuraduría Pública del Ministerio de Transporte y Comunicaciones ha solicitado la intervención de OSITRAN en el presente arbitraje (conforme se ha tomado conocimiento) de acuerdo a lo hasta aquí señalado y conforme a las normas desarrolladas, OSITRAN solicita al Tribunal Arbitral disponga su intervención, que se da a efectos de presentar y sustentar su opinión imparcial y objetiva: la cual se encuentra contenida en el Informe N° 3245-2014-GSF-OSITRAN, así como el Informe N° 146-2015-JCFM-GSF-OSITRAN; los cuales adjunta al presente escrito.

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**II.3 CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD DE INCORPORACIÓN DEL MTC POR PARTE DE GYM**

25. Con fechas 16 de febrero de 2016 y 4 de marzo de 2016, GyM se pronunció respecto de la solicitud de incorporación hecha por el MTC, oponiéndose a la misma.

**II.3.1 POSICIÓN DE GYM**

26. GyM advierte que en su escrito presentado el 5 de febrero de 2016, el MTC no ha cumplido con señalar a que título pretende hacer ingresar al OSITRAN al presente arbitraje: ¿litisconsorte, coadyuvante, testigo?
27. Precisa que lejos de ello, el MTC alega sin especificación alguna que OSITRAN debe simplemente formar parte del proceso, pretendidamente de conformidad con lo establecido en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1224 y en el artículo 81° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, resaltando que el organismo regulador debe participar de todos los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia.
28. Sin embargo, en el presente arbitraje no está en discusión la competencia del OSITRAN, sino simplemente la correcta aplicación de la Ley y del Contrato de Concesión, a efectos de obtener una adecuada remuneración de los Kilómetros recorridos por el Concesionario para el Tramo 2 de la Línea 1 durante el período comprendido entre el 25 de julio y 3 de setiembre de 2014 (en adelante, el "período en controversia"). En otras palabras, en ningún momento GyM ha cuestionado las potestades del OSITRAN como parte de sus facultades regulatorias. Por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 81° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF antes acotado no es de aplicación para los hechos materia de controversia del presente Arbitraje.
29. Sería jurídicamente improcedente que OSITRAN pudiera ser considerado litisconsorte o tercer coadyuvante.
30. En todo caso, dado que OSITRAN ostenta la calidad de organismo supervisor de las obligaciones (legales y contractuales) de las partes, será el Tribunal si considera pertinente una 'participación', si se quiere, como testigo o a otro título no litigioso ni litigante, aun cuando no vemos realmente necesidad de ello pues la discusión en este arbitraje es de puro derecho.
31. Precisamente porque el MTC no ha especificado en modo alguno a que título querría que participe el OSITRAN, analizamos a continuación por qué no es viable

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

(y es más bien improcedente) que este organismo participe bajo cualquiera de las dos posibles formas de intervención litigiosa en un proceso:

- Como parte del proceso, lo que significaría una forma de participación que configuraría un litisconsorcio pasivo, o
- Como tercero coadyuvante

Intervención como Parte del Proceso

32. Enfatiza que como se puede observar, a falta de toda aclaración por parte del MTC, si éste pretendiera la incorporación del OSITRAN en calidad de parte procesal, ello sólo podría ocurrir bajo el supuesto del litisconsorcio pasivo, lo cual resultaría a todas luces improcedente por cuanto OSITRAN no es parte material del Contrato de Concesión (y por consiguiente tampoco parte material de la cláusula arbitral respectiva), ya sea como parte signataria o no signataria.
33. La intervención litisconsorcial es una figura del Derecho Procesal subtipo de la categoría general de intervención de terceros en el proceso, en la cual a diferencia de lo que sucede en otros tipos de intervención, el tercero pretende incorporarse al proceso como litisconsorte de una de las partes, contando con las mismas facultades que ésta.
34. Para estudiar esta figura, a falta de regulación en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, y en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, es necesario acudir en búsqueda de los principios y características de esta figura en sede nacional a la regulación establecida en el Código Procesal Civil.
35. El artículo 98° del Código Procesal Civil, que regula la intervención litisconsorcial, autoriza la intervención de un tercero en el proceso cuando tenga una relación jurídica por la cual habría estado legitimado para demandar o haber sido demandado en éste, otorgándosele las mismas facultades que tienen las partes que forman parte del mismo. El referido artículo establece lo siguiente:

***“Art. 98.- Intervención litisconsorcial***

***Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deba extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta. (...)***

36. Por su parte, el artículo 93° del mismo cuerpo normativo dispone lo siguiente:

*H*

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

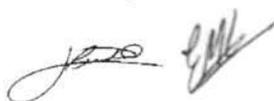
Francisco Avendaño Arana

**“Art. 93.- Litisconsorcio necesario**

**Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expendida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario”**

37. Conforme a lo dispuesto en el referido Código, la autoridad jurisdiccional sólo puede declarar que un tercero se integre al proceso en los casos para los cuales es admisible la denuncia civil; cuando se trata de terceros principales o excluyentes, como cuando se está ante un caso de litisconsorcio necesario, en el cual la relación procesal, a efectos de emitirse una decisión válida sobre el fondo, debe ser integrada de acuerdo con las pretensiones propuestas.
38. Empero no se puede integrar vía denuncia civil, y menos aún de oficio, a un tercero, ya que la solicitud debe provenir exclusivamente del interesado, para después incluso ser sometida a evaluación.
39. Por ende, el Tribunal Arbitral, en cualquier caso, sin perjuicio del análisis que se hace en este mismo escrito de los requisitos respectivos, no tiene las atribuciones para incorporar de oficio, ni a pedido de las partes que conforman este proceso, a un tercero no signatario.
40. OSITRAN comenta que Gimeno Sendra señala que “se denomina litisconsorcio a la existencia en el proceso de varias personas, que, debido a la circunstancia de tener un derecho o interés común o conexo en el proceso y tener, por tanto, una misma comunidad de suerte (...), han de asumir una misma posición, demandante o demandada, en el proceso, por lo que (...) puede clasificarse en “activo” (en la posición de parte demandante), “pasivo” (en la demandada) o “mixto” (en ambas)”.
41. Al respecto, es importante tomar en consideración que la parte no signataria es aquella que si bien no ha estampado su firma en el Contrato, sí forma parte de la relación sustancial, por lo que, en efecto, podría participar en un arbitraje derivado de la cláusula arbitral contenida en el mismo.
42. Sólo una parte material de la relación sustancial de la que deriva un litigio puede pretender su admisión como parte procesal. Así, por ejemplo, son casos claros de litisconsorcio pasivo: el ingreso de un co-propietario en calidad de co-demandante en una demanda de reivindicación iniciada por otro copropietario contra quien afecte el bien; o el ingreso de un deudor solidario como co-demandante en una demanda de nulidad del contrato de crédito promovida por el otro deudor contra el acreedor respectivo.





**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

43. OSITRAN, por su propia naturaleza, no es el Concedente, y es un organismo EXTERNO a la relación concedente-concesionario, como lo precisa para mantener la independencia de su actuación supervisora del contrato.
44. Por consiguiente, una intervención de OSITRAN como litisconsorte pasivo o co-demandado del MTC resulta improcedente.

Intervención como Tercero Coadyuvante

45. Argumenta que, por otro lado, como indica Enrique Palacios Pareja, la intervención coadyuvante o adhesiva es una figura del Derecho Procesal, subtipo de la categoría general de intervención de terceros en el proceso, en la cual a diferencia de lo que sucede en los otros tipos de intervención, el tercero pretende incorporarse al proceso simplemente para colaborar con una de las partes en litigio y su legitimación deriva únicamente del interés que tiene en evitar que los efectos reflejos o secundarios de la sentencia puedan indirectamente repercutir en su relación con la parte a la que ayuda.
46. El artículo 97° del Código Procesal Civil peruano, que regula la intervención adhesiva o coadyuvante, autoriza la intervención del tercero cuando tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que, si bien no se extenderán los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso, sí se verá afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida.
47. En consecuencia resulta claro que lo que en definitiva defiende el tercero es un interés propio que consiste en evitar que los efectos de una sentencia desfavorable al coadyuvado se reflejen en la relación jurídica que el tercero tiene con éste. Por consiguiente, es claro que la figura del tercero coadyuvante implica que éste debe tener un interés propio de carácter material en el resultado del proceso.
48. Presenta lo comentado por Serra Domínguez que señala que casos de intervención como tercero coadyuvante son:
  - a) ***“Cuando el derecho discutido en el proceso sea el presupuesto esencial para la subsistencia de determinada relación jurídica entre el tercero y cualquiera de las partes. Por ejemplo, la intervención del subarrendatario en el proceso seguido contra el arrendatario por el propietario, o la intervención del subarrendatario en el juicio seguido entre el pretendiente de la cosa arrendada y el arrendador. En ambos casos, la pérdida del proceso para el transmitente lleva aparejada la desaparición de uno de los presupuestos del derecho del interviniente. La sentencia no se pronunciaría respecto del subarrendatario, pero al destruir la titularidad del arrendador desaparecerá el título que legitima***

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

- la posesión de la cosa, y posibilitará que en un proceso posterior pueda ser desposeído el subarrendatario.**
- b) **Intervención de personas interesadas en que no disminuya el patrimonio de uno de los litigantes o en que aumente dicho patrimonio. Como ejemplo tenemos la intervención del fiador en el proceso seguido contra el deudor para el pago de una deuda, aunque ésta no sea la misma que corresponde a la fianza, pues la derrota del deudor puede hacer inútil el beneficio de excusión; o la intervención de los socios de una sociedad mercantil en los procesos seguidos en reclamación de deudas de la sociedad. En los casos mencionados, el interviniente tiene interés en la victoria de la parte principal, en cuanto la derrota de ésta disminuirá su garantía y podrá eventualmente hacerle perder el crédito o responder de otras deudas del vencido, o incluso de la propia deuda, en todo o en parte.**
- c) **Intervención de aquellas personas que deberían indemnizar los perjuicios derivados de la sentencia en virtud de una relación contractual. Por ejemplo, intervención del asegurador en el juicio iniciado contra el asegurado por daños y perjuicios a una tercera persona.**
- d) **Intervención de aquellos que pueden ser demandados en un proceso ulterior para indemnizar al vencido por los perjuicios derivados de la derrota que les son imputables. Por ejemplo, la intervención del mandatario en el juicio seguido contra el mandante por terceros que exigen responsabilidad en virtud de actos realizados por el mandatario contra las instrucciones del mandante; o intervención de los responsables directos (dependiente, conductor del vehículo) en los procesos sobre reclamación de daños dirigidos contra el responsable por culpa in vigilando (empleador propietario del vehículo), casos en los que la negligencia del tercero interviniente le obligará a éste a indemnizar en un proceso ulterior, si es que es declarada dicha negligencia en el proceso en el que desea intervenir”.**
49. En estos casos, como se observa, hay un claro interés material que podría ser afectado de modo reflejo adversamente por una sentencia en contra. No un mero interés teórico.
50. Empero, esta clase de interés material real no puede cumplirse en el presente caso, ya que lo que está en discusión es la correcta remuneración de los Kilómetros Recorridos para el Tramo 2 de la Línea 1 durante el período en controversia, más no así la competencia del OSITRAN vinculada a las facultades de Imperium del Estado, como lo son las potestades supervisora y reguladora del OSITRAN. como mal entiende el MTC al alegar que, en tanto la liquidación del PKT está vinculada a la competencia de OSITRAN por ser el Organismo encargado de aprobar la misma, éste debe formar parte del proceso arbitral.

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

51. Por ello mismo, como el obligado a efectuar el pago por los Kilómetros Recorridos a favor de GyM no es el OSITRAN sino el MTC, la controversia estrictamente contractual que ocurre en este proceso no puede afectar materialmente en modo alguno al OSITRAN, por lo que rechaza su participación como tercero coadyuvante, participación que debe declararse improcedente.

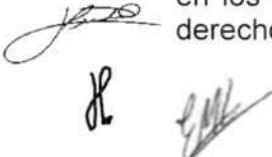
El Consentimiento de las Partes es Necesario para Permitir el Ingreso de un Tercero Ajeno al Arbitraje

52. La jurisprudencia arbitral extranjera considera la existencia de 2 posturas sobre la posibilidad de incorporar terceros al arbitraje – entendidos estos terceros no como partes no signatarias, sino como sujetos ajenos a la relación jurídica material ventilada en el proceso - una postura restrictiva, que goza de preponderante recepción; y otra postura un tanto más amplia, con ciertos requisitos que deben cumplirse.
53. De acuerdo con la postura -a nuestro entender más generalizada-, para que un tercero pueda ser admitido en un proceso arbitral, las partes del proceso deberían estar de acuerdo con su participación, teniendo en cuenta en el carácter contractual del convenio arbitral que implica la aplicabilidad del principio de relatividad (*res inter alios acta*).
54. Ejemplifica diciendo que, así, por ejemplo, la Corte de Apelación de París ha sentado el principio de que a intervención de terceros no es compatible con el carácter contractual del arbitraje, por lo que para ser viable debe ser aceptada por todos: tercero, partes y árbitros. Coquard vs. S. A. Videopole. París, Cour d'Appen (1ere Chambre C.), 8 de marzo de 2001.
55. Señala que, al respecto, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) señala lo siguiente:

**“Art. 7**

***El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para una de ellas.”***

56. Argumenta que de acuerdo con la otra postura, la participación de un tercero podría ser admitida por el Tribunal, sin necesitar el consentimiento de las partes, en los casos en que el rechazo del tercero conlleve una clara afectación a los derechos constitucionales de éste. Esta postura amplía la posibilidad de la



**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A.vs.Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

intervención del tercero bajo casos específicos de orden claramente constitucional, lo cual no ocurre en el presente caso.

57. Ello quiere decir que incluso acogiendo una postura más flexible respecto de la participación del OSITRAN en el presente arbitraje, tal solicitud debería ser declarada improcedente por no existir derechos constitucionales de OSITRAN que puedan verse afectados.

OSITRAN no tiene un interés tutelable que legitime su intervención en el proceso

58. Se debe tener en cuenta que no existe interés procesal típico o tutelable de OSITRAN que legitimase su intervención en el proceso.
59. En efecto, considerando que las facultades ejercidas por el OSITRAN no constituyen el objeto de discusión de este arbitraje, entonces ¿Cuál sería el interés para que OSITRAN participe en el caso?
60. No existe perjuicio alguno que pueda alegarse para considerar al OSITRAN como un tercero con interés en el proceso, toda vez que no es materia controvertida un asunto administrativo relacionado con sus atribuciones legales, sino un asunto contractual en el que los únicos interesados son GyM y el MTC.
61. Por otro lado, el artículo 98° del Código Procesal Civil peruano, que regula la intervención litisconsorcial, autoriza la intervención del tercero cuando se considere titular de un relación jurídica sustancial a la que alcanzarían los efectos de la sentencia. En consecuencia, resulta claro que lo que en definitiva defiende el tercero es un interés propio que consiste en evitar que los efectos de una sentencia desfavorable se reflejen en la relación jurídica que el tercero tiene con la parte.
62. En este sentido, sin una pretensión del MTC contra OSITRAN y sin una relación material entre el MTC y el OSITRAN, rechaza la participación de este último al no poder ser considerado procesalmente como un potencial litisconsorte. Por consiguiente, el pedido de intervención que debe declararse improcedente.

Sobre el Respeto a la Neutralidad del OSITRAN

63. GyM precisa que siendo el OSITRAN un Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, cuya labor es supervisar las obligaciones legales y contractuales a cargo de GyM durante todo el plazo de la Concesión, su labor debe mantener siempre las características de la imparcialidad de la Administración Pública frente a GyM.

*Handwritten mark*

*Handwritten signatures*

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

64. Asevera que esto constituye un problema procesal para que el OSITRAN intervenga como litisconsorte en el proceso, pues implicaría que asumiría la misma línea de defensa que una de las partes, en este caso, del MTC.
65. Indica que, por tanto, una intervención litisconsorcial por parte del OSITRAN vulneraría dicho principio de imparcialidad, debiendo tal pedido declararse improcedente.
66. Por los motivos antes expuestos, teniendo en cuenta que el OSITRAN no es parte del Contrato de Concesión, ni tiene interés material alguno que le legitime como tercero, además de que no existe el consentimiento de ambas partes para su incorporación, considera que no existen razones jurídicas suficientes para permitirle a OSITRAN su intervención en el arbitraje.
67. Agrega que es importante tener en cuenta que a través de su escrito presentado con fecha 16 de febrero de 2016, absolvió el traslado conferido respecto del pedido planteado por el MTC de incorporar al OSITRAN al presente arbitraje, sobre la base de los mismos argumentos expuestos por el OSITRAN. En dicho escrito, explicó detalladamente los motivos por los cuales considera que no existen razones jurídicas suficientes para permitir la intervención del OSITRAN, por lo cual solicita hacer extensivos a la presente los fundamentos contenidos en el mencionado escrito.
68. Sin perjuicio de ello, considera necesario hacer hincapié en que, al igual que el MTC, OSITRAN no ha cumplido con señalar la calidad de su pretendida intervención en el presente arbitraje.
69. Menciona que al respecto, debe tener en cuenta que las dos posibles formas de intervención litigiosa son, o en calidad de parte del proceso configurando un litisconsorcio pasivo; o, como tercero coadyuvante para colaborar con una de las partes en litigio, que si bien no se le extenderán los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso, sí se verá afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida. Ambas intervenciones, tal como demostró oportunamente en su escrito antes mencionado, resultarían improcedentes.
70. Dice que por el contrario, de estimarlo pertinente, el Tribunal Arbitral podría considerar la "participación" del Regulador dentro del proceso únicamente en una forma no contenciosa ni litigante, como lo sería de brindar su declaración testimonial o de presentar alguna opinión sobre el asunto materia en controversia.
71. Precisa que ahora bien lejos de manifestar en calidad de qué pretende intervenir en este arbitraje, OSITRAN únicamente alega que debe formar parte del mismo,

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

de conformidad con lo establecido en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1224 y en el artículo 81° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, resaltando que el organismo regulador debe participar de todos los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia.

72. Reitera que sobre el particular, resultan importantes los siguientes aspectos ya sustentados en su escrito de fecha 16 de febrero de 2016:

- En el presente arbitraje no está en discusión la competencia del OSITRAN, sino simplemente la correcta aplicación de la Ley y del Contrato de Concesión, a efectos de obtener una adecuada remuneración de los Kilómetros recorridos por el Concesionario para el Tramo 2 de la Línea 1 durante el período comprendido entre el 25 de julio y 3 de setiembre de 2014. En ningún momento GyM ha cuestionado las potestades del OSITRAN como parte de sus facultades regulatorias.
- No existe un interés procesal típico o tutelable que legitime a OSITRAN a intervenir en el arbitraje. Por ende, al no existir ningún perjuicio que pueda causar al OSITRAN, la decisión que tome el Tribunal Arbitral al emitir el Laudo que ponga fin a la presente controversia, no entiende qué supuestos intereses propios pretende defender el OSITRAN por medio de su intervención en el proceso.
- No existe el consentimiento de ambas partes que permita la intervención del OSITRAN en el presente Arbitraje.
- OSITRAN no forma parte del Contrato de Concesión, habiendo sido únicamente nombrado por las partes como el supervisor de las obligaciones legales y contractuales a cargo de GyM durante todo el plazo de la Concesión. Y como tal, debe mantenerse completamente imparcial con relación al MTC.

73. Advierte que el OSITRAN ha solicitado al Tribunal Arbitral su intervención en el proceso, a efectos de presentar y sustentar su opinión "imparcial y objetiva", la cual se encontraría contenida en los dos informes adjuntos a su solicitud. No obstante, dejan constancia de que el Informe N° 3245-2014-GSF-OSITRAN que se acompaña como Anexo 1-C del pedido de OSITRAN, fue presentado en su escrito de demanda como parte del Anexo 14, por lo que solicita que el mismo sea rechazado de plano por impertinente.

74. Finalmente menciona que, con relación al Informe N° 146-2015-JCFM-GSF-OSITRAN acompañado como Anexo 1-D del mencionado escrito, siendo que éste contendría la opinión "imparcial y objetiva" del OSITRAN, el mismo podría ser

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez-Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

incorporado de oficio al expediente por el Tribunal Arbitral, de estimarlo pertinente. De esta manera, conociéndose la opinión "imparcial y objetiva" de OSITRAN, a través de su Informe emitido por la Supervisión Económico Financiera del OSITRAN, no encuentran la necesidad de que se admita su intervención litigiosa al arbitraje para presentar y sustentar la misma.

## II.4 CONTESTACIÓN DEL MTC A LO ARGUMENTADO POR GYM

75. Con fecha 9 de marzo de 2016, MTC respondió a lo argumentado por el GyM.

### II.4.1 POSICIÓN DEL MTC

76. En el segundo párrafo del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1224 se establece que:

***"La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores."***

77. El artículo 81° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF establece que:

***"Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el numeral precedente, y para efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 23.1 del artículo 23 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales...los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27333, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación."***

78. Al respecto, el numeral 6 del Apéndice 1 del Anexo 4 del Contrato de Concesión establece:

***"6. Procedimiento de liquidación trimestral de Pago por Kilómetro Tren Recorrido (...)***

***c. EL CONCESIONARIO deberá remitir al Regulador, dentro de los primeros cinco (05) días de cada mes, un informe de recaudación diaria para que éste último pueda verificar la información recibida.***

***d. El Regulador deberá verificar si la información indicada en el informe de recaudación coincide con la información obtenida por éste a través de la documentación presentada y exigida en el anexo 7. Luego de verificar dicha***



**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**información, dentro de un plazo no mayor de diez (10) días calendario contados a partir del inicio de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año de la Concesión, luego de iniciada la etapa de Explotación, el Regulador remitirá al CONCEDENTE una liquidación debidamente aprobada por el Regulador, que contendrá el valor estimado del pago de los kilómetros recorridos en el trimestre anterior.**

**La liquidación trimestral de los Kilómetros Recorridos será calculada por el Regulador como sigue:**

$$LPKR_x = (KG_x * PKT_t + KA_x * PKTAt) * FP''$$

79. Concluye que tal y como se puede apreciar, de acuerdo al Contrato de Concesión, la liquidación del PKT está vinculada a la competencia de OSITRAN, toda vez que la misma debe ser aprobada por el Regulador, debiendo contener el valor estimado de los pagos de los kilómetros recorridos, razón por la cual resulta necesaria la incorporación del OSITRAN al presente proceso arbitral.

## II.5 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

### Sobre la forma de incorporación a un proceso arbitral

80. En el presente bloque resolutivo, el Tribunal Arbitral se pronunciará respecto de la forma en que puede incorporarse a un tercero al arbitraje.
81. Esto se deba a que, como objeción a lo argumentado por el MTC, GyM señaló en primer lugar, lo siguiente:

**"Advertimos que en su escrito presentado el 5 de febrero de 2016, el MTC no ha cumplido con señalar a que título pretende hacer ingresar al OSITRAN al presente arbitraje: ¿Litisconsorte, coadyuvante, testigo?"**

**Lejos de ello, alega sin especificación alguna que OSITRAN debe simplemente formar parte del proceso, pretendidamente de conformidad con lo establecido en el artículo 23° del Decreto Legislativo 1224 y en el artículo 81° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, resaltando que el organismo regulador debe participar de todos los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia."** (El subrayado es nuestro)

82. Más adelante, agregó lo siguiente:

<sup>1</sup> Escrito de GyM del 16 de febrero de 2016.

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**“Como podemos observar, a falta de toda aclaración por parte del MTC, si este pretendiera la incorporación del OSITRAN en calidad de parte procesal, ello solo podría ocurrir bajo el supuesto de litisconsorcio pasivo, lo cual resultaría a todas luces improcedente por cuanto OSITRAN no es parte material del Contrato de Concesión (y por consiguiente tampoco parte material de la cláusula arbitral respectiva), ya sea como parte signataria o no signataria”<sup>2</sup>** (El subrayado es nuestro).

83. Se observa que GyM pretende desestimar el pedido de incorporación basándose en la figura del Litisconsorcio Pasivo contenida en el artículo 92° del Código Procesal Civil y desarrollada en el artículo 98° del mismo cuerpo normativo.
84. El Litisconsorcio Pasivo es la figura de derecho procesal civil, mediante la cual, un tercero, aduciendo titularidad de alguna relación jurídica determinada o pudiendo verse afectado por la decisión adoptada en el desarrollo de un proceso judicial, solicita su intervención como parte demandada en dicho proceso.
85. Al respecto, este Tribunal sostiene que el procedimiento arbitral, como medio de solución de controversias, se encuentra completamente alejado de las figuras procesales de incorporación de terceros creadas para garantizar la conducción normal y justa de los procesos judiciales.
86. No obstante ello, podría entenderse que la argumentación de esta figura se encuentra destinada a enfatizar el hecho que, según GyM, OSITRAN no formaría parte de la relación contractual primigenia y por tanto, tampoco lo sería del pacto arbitral contenido en ella.
87. Para este colegiado, sin embargo, no es necesario que el MTC indique en que calidad pretende integrar al OSITRAN, pues la controversia se limita a lo siguiente: Determinar si la normativa citada por las Entidades permite la aplicación de la única figura de incorporación de terceros con la que cuenta el arbitraje, la figura de la parte no signataria del Convenio Arbitral.

La parte no signataria del convenio arbitral

88. En palabras de Gary Born se entiende que:

**“(…) Virtualmente, todos los regímenes legales, internacionales y nacionales, se refieren al arbitraje como consensual y proveen que solo las partes de un acuerdo de arbitraje están obligadas a cumplir con tal acuerdo. En la mayoría de los casos, las partes para un acuerdo de arbitraje son – y solo son – las entidades que han ejecutado el contrato que contiene la cláusula arbitral. No obstante ello, algunos**

<sup>2</sup> Ibidem

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**casos involucran pretensiones sobre entidades que, sin haber ejecutado formalmente un contrato (los llamados 'no signatarios') se encuentran vinculados por su acuerdo de arbitraje.**<sup>3</sup> (Traducción libre) (El énfasis y el subrayado son nuestros)

89. Para el citado autor, resulta claro que existen circunstancias donde una entidad que no ha formado parte del acuerdo arbitral o el contrato que lo contiene puede encontrarse perfectamente vinculada al acuerdo para arbitrar. Tanto es así, que al margen de su condición de parte no signataria, el acuerdo puede inclusive llegar a beneficiarla.<sup>4</sup>

90. Al respecto, el Artículo 14° de la Ley de Arbitraje, establece lo siguiente:

**"Artículo 14°.- Extensión del Convenio Arbitral.**

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

91. Alfredo Bullard, comentando este artículo, ha dicho que:

**"Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14° permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14° permite la incorporación de partes no signatarias, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.**

**Entonces, no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez [del convenio arbitral]), sino por hechos diferentes que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.**"<sup>5</sup> (El subrayado es nuestro).

<sup>3</sup> BORN, Gary. International Arbitration: Cases and Materials. Wolters Kluwer Law & Business. Holanda. Ashton Publishers. New York. Pág. 495

<sup>4</sup> BORN, Gary. International Commercial Arbitration. 2da Edición. Tomo I. Wolters Kluwer Law & Business. Holanda. 2014. Pág. 1411.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ, BULLARD, Alfredo, *Comentario al Artículo 14° de la Ley de Arbitraje*, En: **Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje**. Primera Edición. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, Perú. 2011. Páginas 202-203.

8

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)  
Edgardo Mercado Neumann  
Francisco Avendaño Arana

92. De los textos citados, el Tribunal Arbitral concluye que, para el derecho peruano, los requerimientos para que se aplique la figura de la parte no signataria son las siguientes:
- Que exista consentimiento para arbitrar
  - Que el referido consentimiento no resulte evidente
  - Que sea determinable en base a una participación activa y determinante en las etapas principales del contrato que comprende el convenio arbitral.
93. Son precisamente estas características las que marcan la diferencia entre un tercero al arbitraje y una parte no signataria. Por un lado, el primero no posee vínculo alguno con el contrato que contiene el convenio arbitral o su vínculo no es lo suficientemente determinante. Por el otro, la parte no signataria si posee un vínculo determinante, pero no evidente. Por lo tanto, en base a una interpretación de buena fe de los hechos debe poder concluirse que dicho vínculo existe.
94. Habiendo delimitado la manera en que puede incorporarse a un tercero al procedimiento arbitral, este Tribunal pasa al siguiente punto de su análisis.

Sobre la normativa aplicable y su relación con la figura de la parte no signataria

95. En el presente bloque resolutivo, el Tribunal Arbitral realizará una interpretación de la normativa pertinente para comprobar si, en base a las normas señaladas por el MTC y OSITRAN, debe aplicarse al presente caso la figura de la parte no signataria del Convenio Arbitral.
96. Esto se debe a que el MTC en su solicitud de incorporación argumentó que:

***"(...) solicitamos la incorporación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público al presente proceso arbitral, en razón de las siguientes consideraciones:***

**1. El segundo párrafo del artículo 23° del Decreto Legislativo 1224 establece que:**

***'La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.'***

**2. Asimismo, el artículo 81° numeral 2 del Decreto Supremo N° 410-2015-EF establece que:**

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**‘Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el numeral precedente, y para efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 23.1 del artículo 23 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación’**

97. En efecto, las citadas disposiciones legales enmarcan una obligación guiada a los árbitros o los tribunales arbitrales de permitir la participación oportuna de los organismos reguladores en los arbitrajes donde ello corresponda.
98. Sin embargo, la ejecución de dicha obligación está condicionada a que se cumplan los siguientes requisitos:
- Que se trate de un proceso arbitral donde se discuten decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador.
  - Que la referida competencia sea distinta a la administrativa que se atribuye mediante norma expresa.
99. Por lo tanto, corresponde determinar si existe una competencia que legitime la ejecución de la obligación contemplada por la norma.

Sobre la competencia del organismo regulador

100. Ni el Decreto Legislativo N° 1224, ni su Reglamento otorgan mayor explicación sobre la competencia necesaria para que se exija el cumplimiento de la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores. Por ello, corresponde al Tribunal analizar las demás normas pertinentes para ver si puede atribuírsele al OSITRAN una competencia distinta a la administrativa.
101. Al respecto, el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM “Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN” señala que:

**“Artículo 4.- Ámbito de competencia del OSITRAN**

**El OSITRAN es competente para normar, regular, supervisar, fiscalizar y sancionar, así como solucionar controversias y reclamos de los usuarios respecto de actividades o servicios que involucran explotación de Infraestructura (...)**”

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

102. Como puede observarse, la competencia del OSITRAN es amplia respecto del sector a su cargo, de tal manera que puede normar, regular, supervisar, fiscalizar, y sancionar.
103. Por otra parte, el numeral 6 del Artículo 5° del mismo cuerpo normativo señala lo siguiente:

**"Artículo 5.- Objetivos del OSITRAN**

**Son objetivos del OSITRAN en el ámbito de su competencia, los siguientes:**

(...)

**5.6 Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que el OSITRAN fije, revise o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.**" (El subrayado es nuestro)

104. A su turno, el Artículo 16 del Reglamento citado señala que:

**"Artículo 16.-. 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.**" (El subrayado es nuestro)

105. Puede apreciarse que las disposiciones legales citadas, son claras al señalar el alcance de la competencia del organismo regulador.
106. Por un lado, en el Artículo 4° se establece el marco de la competencia de carácter administrativo que el OSITRAN ostenta en virtud de la norma de su creación y la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332. Por otro lado, lo establecido en el Artículo 5° evidencia que existen conceptos, además de las tarifas, que el OSITRAN fija o revisa. Estos conceptos no necesariamente se derivan de normas expresas, pudiendo incluso estar fijados en los propios contratos de concesión cuya ejecución correcta es supervisada por OSITRAN.
107. Por último, el Artículo 16° del Reglamento, que desarrolla en mayor medida el alcance de la función Regulatoria del OSITRAN, establece que el OSITRAN regula, fija, revisa o desregula además de los servicios, otras actividades derivadas

**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martinez-Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

de la explotación de la Infraestructura y que dicha competencia puede provenir de un título contractual.

108. En el presente caso, el tema controvertido gira en torno del Precio por Kilómetro Tren (PKT), cuyo concepto se describe en la Cláusula 10 numeral 5 del Contrato, en los siguientes términos:

**"Precio por Kilómetro Tren (PKT)**

**10.5 El PKT es el precio ofertado por el Adjudicatario de la Buena Pro en la etapa del Concurso por cada Kilómetro Tren Recorrido para la prestación del Servicio que realizará el CONCESIONARIO en el Tramo 1 y el Tramo 2. El PKT remunera los costos de operación, mantenimiento de la infraestructura, equipos y Material Rodante de la Concesión, así como las Inversiones Obligatorias para el Tramo 1 y Tramo 2 de la Concesión."<sup>6</sup> (El subrayado es nuestro)**

109. Y, tal como ambas partes han aceptado respectivamente en sus escritos, el numeral 6 del Apéndice 1 del Anexo 4 del Contrato de Concesión encarga al OSITRAN la determinación del monto que abarca dicho concepto.
110. Por lo tanto, este Tribunal concluye que la fijación del monto remunerativo del PKT ha sido determinado como competencia del OSITRAN. Ello es posible en virtud de lo establecido en el Reglamento de la Ley de Creación del OSITRAN.
111. En conclusión, se trata de una competencia otorgada mediante un título contractual, con lo que el supuesto del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 se cumple.

**Sobre la participación que el Tribunal Arbitral debe otorgar al OSITRAN**

112. Del análisis realizado, este Tribunal concluye que en el presente arbitraje si se está discutiendo un tema relacionado a una competencia otorgada al OSITRAN.
113. Y si bien es cierto, la norma expresamente delimita que cumplido dicho requerimiento, debe permitirse la participación del organismo regulador en el arbitraje, lo que no delimita es la calidad en la que debe permitirse dicha participación.
114. Por lo tanto, corresponde realizar una interpretación de las disposiciones argumentadas para determinar si permite al Tribunal integrar al organismo regulador como una parte no signataria del convenio arbitral.

<sup>6</sup> Adjunto al Escrito del MTC de fecha 15 de febrero de 2016.

*Tribunal Arbitral  
Elvira Martínez Coco (Presidenta)  
Edgardo Mercado Neumann  
Francisco Avendaño Arana*

115. Se recalca que artículo 81° numeral 2 del Reglamento indica que:

***“Artículo 81.- Intervención del Organismo Regulador***

*(...)*

***81.2 Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el numeral precedente y para efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 23.1 del artículo 23 de la Ley, la obligación de los árbitros de permitir la participación del organismo regulador es para los proceso arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador. En estos casos, el organismo regulador debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, Ley marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y sus leyes de creación.”* (El subrayado es nuestro).**

116. Resulta claro de la disposición citada, que la actuación del organismo regulador – en este caso el OSITRAN – está condicionada a que se respete el principio de autonomía, de acuerdo con lo que diga la Ley N° 27332 y la norma de creación del organismo en cuestión.

117. A su turno, el Reglamento de la Ley de Creación del OSITRAN establece en su numeral 9 del Artículo 9° numeral 9, lo siguiente:

***“Artículo 9.- Principios que rigen las acciones del OSITRAN***

***Las decisiones y acciones del OSITRAN se sustentan en los siguientes Principios:***

***9.9 Principio de Autonomía.- El OSITRAN no está sujeto a mandato imperativo de ningún otro organismo, órgano o entidad del Estado, ni de ninguna persona natural o jurídica privada. Su accionar se basa en las normas jurídicas aplicables, principios, así como en estudios y análisis técnicos debidamente sustentados.”*** (El subrayado es nuestro)

118. El numeral 1 del Artículo 3 de la Ley de Creación del OSITRAN señala lo siguiente:

***“Artículo 3.- Misión de OSITRAN***

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

119. Debido a que la naturaleza de OSITRAN es la de ser un organismo regulador, el OSITRAN debe actuar en todo momento de manera imparcial y objetiva.

*HL*

*EM*  
*J*

**Laudo Parcial de Derecho**

*Arbitraje seguido por GyM Ferrovias S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC*

---

**Tribunal Arbitral**

*Elvira Martínez Coco (Presidenta)*

*Edgardo Mercado Neumann*

*Francisco Avendaño Arana*

120. Precisamente, el hecho que los actos del OSITRAN deben estar sujetos a los estándares de imparcialidad y objetividad, imposibilitan a este colegiado, que lo integre al presente proceso arbitral como parte no signataria del Convenio Arbitral.
121. Y es que el propio concepto de "parte" en un arbitraje, implica necesariamente alejarse de dichos criterios.
122. Al ser el arbitraje un proceso de litigio, se espera que en él se confronten y defiendan intereses contrapuestos, lo que necesariamente significa, en el presente caso, que el OSITRAN debe tener algún interés propio en el resultado a determinarse con posterioridad.
123. Si bien es cierto, las normas propuestas por MTC y OSITRAN enfatizan la correcta tutela y defensa de los intereses del Estado como propósito principal para que se permita la participación de los organismos reguladores, dicho propósito se cumple sin necesidad de que se les incorpore como partes del proceso arbitral.
124. La propia redacción del Artículo 81 confirma esta interpretación al no señalar en que calidad debe permitirse la participación de los organismos reguladores y al enfatizar que su actuación debe respetar, en todo momento, el principio de autonomía que los rige.

Conclusiones del Tribunal Arbitral

125. Finalmente, este colegiado arriba a las siguientes conclusiones respecto del tema controvertido:
- La única figura relevante para la incorporación de terceros en el arbitraje es la de la parte no signataria del Convenio Arbitral
  - OSITRAN no puede participar en el presente proceso arbitral en calidad de parte, debido a que OSITRAN es un organismo regulador cuya actuación debe ser siempre imparcial y objetiva.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,



**Laudo Parcial de Derecho**

Arbitraje seguido por GyM Ferrovías S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Caso Arbitral N° 3275-2015-CCLC

---

**Tribunal Arbitral**

Elvira Martínez Coco (Presidenta)

Edgardo Mercado Neumann

Francisco Avendaño Arana

**LAUDA:**

**ÚNICO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de incorporación al presente proceso arbitral del OSITRAN formulada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.



**ELVIRA MARTÍNEZ COCO**  
Presidenta



**EDGARDO MERCADO NEUMANN**  
Arbitro



**FRANCISCO AVENDAÑO ARANA**  
Árbitro

**GIORGIO ASSERETTO LLONA**  
Secretario Arbitral

