Centro de Arbitraje
Cámara de Comercio I Lima

A-37-16 ACS

Ministerio de Transportes y Comunicaciones
PROCURADURÍA PÚBLICA
19 OCT 2017
RECIBIDO EN LA FECHA
Hora: 4:00 pm Reg: 31

Lima, 18 de octubre de 2017

Señores
MINISTERIO DE TRANSPORTES y COMUNICACIONES
Jirón Zorritos N° 1203
Lima.-

Atte: **Mesa de Partes de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones,**

Ref.: Caso Arbitral Nº 0067-2016-CCL

De mi consideración:

Por medio de la presente cumplo con notificarles el laudo emitido por el Tribunal Arbitral el 17 de octubre de 2017 y depositado en el Centro el 18 de octubre de 2017.

Sin otro particular, quedo de ustedes

Atentamente,

ANNA PAULA TAMAYO RIOS
Secretaria Arbitral

Duplicado a AV.

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

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE

Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Lima

2017 OCT 18 PM 4 25

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

Caso Arbitral No 067-2016-CCL

METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A.

En adelante el DEMANDANTE o el METRO

vs.

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

En adelante el DEMANDADO o la ENTIDAD o el MTC

Y

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

En adelante OSITRAN (Tercero Coadyuvante Voluntario)

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Dra. Norma Carpio Sotomayor

Dr. Sergio Alberto Tafur Sánchez

Secretaría Arbitral

Srta. Ana Paula Tamayo

Lima, 17 de octubre de 2017

VISTOS:

ANTECEDENTES RELEVANTES RESPECTO DE LA INVOCACIÓN DE LA VÍA ARBITRAL.

1. El 28.04.2014, el MTC y el METRO suscribieron el "Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción Equipamiento Electromecánico, Equipamiento de Sistema y Provisión de Material Rodante, Operación y Mantenimiento del Proyecto Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao" celebrado el 28 de abril de 2014, en adelante, el CONTRATO.

2. En la cláusula 16.13 del CONTRATO se contempla el convenio arbitral pactado entre las partes, y en invocación del mismo el METRO solicitó el inicio del arbitraje que es materia del presente laudo.

BREVE RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

3. **Con fecha 29.09.2016 se procedió a la instalación del Tribunal Arbitral en presencia de las partes (MTC y METRO).**

4. Mediante escrito presentado el mismo 19.09.2016, el METRO solicita acumulación de pretensiones, ante lo cual se emitió la Resolución No 01 por la que se dispuso tener presente dicha solicitud, precisándose que las pretensiones de esa parte debían ser presentadas en su demanda.

5. Con escrito presentado el 21.09.2016 OSITRAN solicitó su intervención en el arbitraje en calidad de tercero coadyuvante del MTC.

6. El 17.10.2016 el METRO cumple con presentar su demanda, por lo que mediante Resolución No 4 se tiene por presentada la misma y se dispone correr traslado al MTC. Las pretensiones materia de la demanda fueron las siguientes:

   PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV20, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.*

***SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV21, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.*

***TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV22, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.*

***CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: Que se deje sin efecto la penalidad en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV23, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.*

***QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: Que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV19Bis, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.*

***SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: Que se deje sin efecto la penalidad en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV24, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.*

***SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos y costas del presente arbitraje.*

7. El 25.10.2016 el MTC cumplió con presentar su contestación de demanda, y además formula excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral para conocer las pretensiones contenidas en la demanda, y solicita la incorporación de OSITRAN. En tal sentido mediante Resolución No 6 se dispuso, tener por formulada la excepción, por solicitada la incorporación de OSITRAN a arbitraje y por contestada la demanda, corriéndose traslado de estos dos últimos extremos al METRO a efecto que exprese lo pertinente a su derecho.

8. A través de la Resolución No 7, por las razones que allí se indican, el Tribunal dispuso incorporar a OSITRAN como Tercero Coadyuvante Voluntario del MTC y en consecuencia que se ponga en conocimiento de esa institución los escritos presentados por las partes en el arbitraje a efecto que exprese lo pertinente a su derecho, conforme a la calidad que se le había asignado.

9. El 25.04.2017 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento, señalándose:

9.1 Que, respecto de la excepción de incompetencia deducida por el MTC, el Tribunal se reservaba el derecho de resolver la misma en un momento posterior, pudiendo pronunciarse incluso sobre ello conjuntamente con las cuestiones relativas al fondo (es decir al momento de laudar).

9.2 Que las materias de pronunciamiento derivadas de las pretensiones de la demanda, eran las siguientes:

- Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV20, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

- Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV21, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

- Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV22, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

- Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV23, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

- Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV19Bis, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

- Sexta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta en relación al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) relacionado al PV24, por el supuesto atraso en la subsanación de observaciones al referido EDI.

Finalmente se indicó que en el laudo el Tribunal Arbitral se debe pronunciar acerca de las costas y costos del arbitraje y su eventual condena entre las partes.

10. El 26.05.2017 se realizó una Audiencia de Ilustración y de sustento de la Excepción deducida.

11. El 04.07.2017 se llevó a cabo la audiencia de testigos e ilustración, en la cual se concedió a las partes un plazo de 10 días hábiles para que presenten su escrito de alegatos.

12. Mediante Resolución No 15 se tuvo por presentados los escritos de alegatos alcanzados por MTC, METRO y OSITRAN.

13. El 15.08.2017 se llevó a cabo en presencia de las partes y el tercero coadyuvante la audiencia de alegatos orales, en la cual el Tribunal fijo el plazo para laudar.

14. El mismo 15.08.2017 OSITRAN presentó sus escritos No 7 y 8. En el primero da cuenta de las personas que participarían en la audiencia de informes orales, y en el segundo presenta un resumen de los argumentos expuestos en la Audiencia de Informes Orales; por lo que mediante Resolución No 16 se dispuso poner en conocimiento de las partes dichos escritos.

15. El 28.08.2017 el MTC absolvió el traslado conferido y ofrece nuevos medios probatorios a tenerse en cuenta al momento de laudar. Mediante Resolución No 17 se dispuso correr traslado al METRO y a OSITRAN del citado escrito concediéndoseles un plazo de 5 días hábiles a efecto que se manifiesten exclusivamente acerca de los medios probatorios ofrecidos en el citado escrito, precisándose que ya no se podrán ofrecer más medios probatorios.

16. A través de la Resolución No 18 se dispuso tener presente la absolución presentada por METRO ante la Resolución No 16, las absoluciones presentadas por OSITRAN y el METRO ante la Resolución No 17, y admitir la prueba presentada por el MTC en su escrito del 28.08.2017.

17. Mediante Resolución No 19 se dispuso la prórroga del plazo para laudar en 15 días hábiles adicionales, plazo que vence el día 18 de octubre de 2017.

CONSIDERANDO:

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

18 De manera preliminar al análisis de cada una de las pretensiones y sus respectivos puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera pertinente dejar claramente establecido los siguientes aspectos:

18.1 A lo largo del presente arbitraje, no ha existido cuestionamiento alguno a la actuación del Tribunal, salvo lo relativo a la excepción de incompetencia que será materia de pronunciamiento en este laudo.

18.2 A lo largo del presente arbitraje, las partes y OSITRAN han tenido oportunidad para presentar sus medios probatorios y expresar todo lo pertinente a su derecho.

18.3 Es un principio general de todo proceso el de la carga de la prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra incluso recogida en nuestro ordenamiento jurídico, y en particular en el artículo 196° del Código Procesal Civil (que este tribunal considera pertinente referir para el caso, pues no resulta incompatible con la naturaleza del arbitraje). Esta disposición establece que "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos de su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

18.4 En este sentido, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto de las materias controvertidas.

18.5 A lo largo del presente arbitraje, todas las partes y OSITRAN han actuado de manera debida y alturada entre ellas y ante el Tribunal Arbitral, habiendo defendido con profesionalismo sus respectivas posiciones.

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEDUCIDA POR EL MTC Y OSITRAN (EN CALIDAD DE TERCERO COADYUVANTE)

19. Breve resumen de la posición del MTC

El MTC dedujo excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral para conocer de las pretensiones contenidas en la demanda arbitral esencialmente por los fundamentos siguientes:

19.1 Sostiene que en el fondo las materias que se han sometido a arbitraje, en tanto se tratan de penalidades que han sido impuestas por OSITRAN, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

19.2 En este sentido, expresa que, si bien de acuerdo con el artículo 63° de la Constitución Política del Perú el Estado puede someter a arbitraje controversias derivadas de la relación contractual en las que es parte, también queda claro que no toda controversia en la que es parte el Estado es susceptible de ser sometida a arbitraje. La norma hace referencia solo a *"controversias derivadas de relación contractual"*.

19.3 Indica que además debe tenerse en cuenta que la materia es arbitrable "en la forma en que lo disponga la ley." Es decir, corresponde a la Ley establecer los límites dentro de los cuales una controversia contractual puede ser sometida a arbitraje; por tanto, las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje en las que es parte el Estado deben cumplir con dos supuestos: (i) derivar de una relación contractual y (ii) la ley debe limitar la forma de su sometimiento.

19.4 El artículo 2° del Decreto Legislativo No 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, establece dentro de la misma línea constitucional, 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. Esto implica, contrario sensu, que no podrían ser sometidas a arbitrajes controversias que no sean de libre disposición de las partes.

19.5 La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada – Decreto Legislativo No 757, en su artículo 48° establece lo siguiente:

> *"Artículo 48.- 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 e 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."*

19.6 Así, queda claro que el Estado puede someter a arbitraje asuntos derivados de relaciones jurídico patrimoniales privadas o de relaciones contractuales. Esto implica, contrario sensu, que no podrían ser sometidas otras controversias de materia distinta, como son las de obligaciones tributarias establecidas por ley y recogidas en el Contrato de Concesión.

19.7 Indica que en consecuencia aquellas facultades del Estado que provienen de su ius imperium no son arbitrables. Así, por ejemplo, no serían arbitrables las facultades del Estado de colocar multas por infracciones de tránsito (no puede un árbitro dirimir si una multa fue correctamente impuesta por un policía), las de legislar en materia tributaria (no puede por arbitraje derogarse una ley o pretender ir en contra de la ley), la del Presidente de la República de fijar aranceles (el árbitro no podría decir que son excesivos), las de no otorgar una licencia municipal de funcionamiento (no podría un árbitro determinar si corresponde o no otorgar la licencia), entre otras.

19.8 Estas facultades son inherentes al Estado. En este sentido señala que en este arbitraje se están discutiendo la aplicación de penalidades impuestas por OSITRAN, siendo que el METRO sostiene que las penalidades contractuales impuestas por el Regulador no constituyen actos administrativos, motivo por el cual las controversias que surjan por su aplicación se encuentran dentro del ámbito de Solución de Controversias establecido en la Sección XVI del Contrato de Concesión.

19.9 Sobre el particular expresa que es importante tener en cuenta que la decisión que adopta el OSITRAN consistente en imponer una penalidad al Concesionario por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, se

expresa a través de un acto administrativo, por cuanto esta decisión se deriva del ejercicio de la función de supervisión atribuida legalmente al Regulador. La Ley de Creación de OSITRAN, así como su Reglamento General establecen que el Regulador tiene como función "*Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte*", desprendiéndose de ello, que es en ejercicio de su función, que el OSITRAN puede emitir un acto administrativo determinado y aplicando las penalidades contractuales establecidas.

No obstante, este hecho no deja de dar a tal acto administrativo también una connotación contractual. En efecto, el OSITRAN al emitir el acto administrativo mediante el cual determina y aplica penalidades contractualmente establecidas, también está emitiendo una declaración conforme al Contrato de Concesión, precisamente porque da cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por el Concedente y el Concesionario.

En consecuencia, el acto administrativo por el cual se imputa el incumplimiento al Concesionario y se determina el monto que éste debe pagar a favor del Estado a título de penalidad, se emite necesariamente para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por el Concedente y el Concesionario, siendo por tanto el Contrato de Concesión el que da contenido y determina el acto administrativo en virtud del cual el OSITRAN decide imponer penalidades.

19.10 Concluye el MTC que, dado que los actos administrativos por los cuales el OSITRAN impone penalidades por incumplimientos al Contrato de Concesión, se derivan del ejercicio de su función legal de supervisión, la cual es reconocida y aceptada por las partes contratantes, dichos actos administrativos (al emitirse en ejercicio de una función administrativa, es decir, la supervisión) no pueden ser arbitrables, por mandato expreso del propio Contrato de Concesión. En efecto, las Cláusulas 16.2, 16.3 y 16.12 del Contrato, indican:

> *"SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*
>
> *(...)*
>
> *Ámbito de Aplicación*
>
> *16.2. La presente Sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos*

administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley No 26917.

16.3 De conformidad con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán por el trato directo y en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

El laudo que se expida será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones del Regulador u otras entidades públicas en el ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables.

(...)

Trato Directo

16.12 Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica sobre materias de carácter disponible 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 aplicable a las tarifas que corresponde decidir al CONCEDENTE, con opinión previa del Regulador en virtud a lo dispuesto en la Ley N° 29754, y los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones a que se refiere la cláusula 16.2 precedente, serán resueltos por trato directo entre las Partes".

19.11 Como se puede advertir, si bien la Sección XVI del Contrato de Concesión establece estipulaciones que regulan el mecanismo de solución de las controversias que puedan surgir entre el Estado en su calidad de Concedente y el Concesionario, a través del Trato Directo y Convenio Arbitral, dicha Sección se encuentra referida a supuestos distintos al cuestionamiento de actos administrativos que emite el OSITRAN en el ejercicio de sus funciones. Es más, la propia Sección excluye expresamente que, a través del Trato Directo y del Arbitraje, pueden discutirse aspectos concernientes al ejercicio de las funciones legalmente asignadas a OSITRAN mediante la Ley No 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, dentro de las cuales se encuentra la aplicación de penalidades a los concesionarios.

19.12 En la misma línea, el numeral 1 del artículo 81 del Reglamento del Decreto Legislativo No 1224, del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos dispone que *"No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos Reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa"*.

19.13 Asimismo, el artículo 2º del Decreto Legislativo No 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, establece que únicamente pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. En efecto, tanto el Trato Directo como el Arbitraje constituyen las vías para resolver las controversias de libre disposición de las partes que se generen durante la concesión, *no siendo la aplicación de penalidades por parte del Regulador, una materia que sea de libre disponibilidad de las partes*.

19.14 En tal sentido, de conformidad con el marco contractual y normativo expuesto, es claro que al existir un cuestionamiento al acto administrativo que emite el regulador (que resuelve la impugnación de la penalidad presentada por el Concesionario), éste debe realizarse en la vía contencioso administrativa conforme a lo establecido en el artículo 3 del TUO de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por Decreto Supremo No 013-2008-JUS, el cual indica que, las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Ello, además, conforme a las excepciones a la aplicación del Convenio Arbitral pactadas expresamente en el Contrato de Concesión.

19.15 De otro lado, la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión establece que el Concesionario podrá impugnar la aplicación de penalidades contractuales del OSITRAN, señalando expresamente que el pronunciamiento que se emita respecto a tal impugnación *"tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO"*:

19.16 Es decir, el propio Contrato de Concesión, ha excluido la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento del OSITRAN respecto a la impugnación de penalidades, pues – contractualmente se prevé la posibilidad de plantear impugnación en la vía administrativa-; por lo que, el Concesionario no puede desconocer lo estipulado en el Contrato de Concesión.

19.17 El carácter definitivo y no sujeto a reclamación en la vía arbitral, del pronunciamiento emitido por OSITRAN por el cual aplica penalidades a los Concesionarios, ha sido reconocido en el Caso Arbitral No 2979-2014-CCL (APM TERMINALS S.A vs Ministerio de Transportes y Comunicaciones), cuyo laudo arbitral parcial concluye lo siguiente:

> *"(...) las partes, en cuanto a la aplicación de las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN han establecido un procedimiento especifico de revisión o impugnación de dicha imposición, en un claro apartamiento de los mecanismos de solución de controversias consignados en la Sección XVI del Contrato, referido a la Solución de Controversias.*
>
> *Es más, del propio texto de dicho acuerdo, las partes han acordado que la decisión revisada por OSITRAN no estará sujeta a reclamación alguna, lo que implica en puridad que la decisión revisada, según el procedimiento especifico antes mencionado, no podrá ser sujeta a controversia, al menos, a través de los mecanismos de gestión de controversias establecidos en el propio Contrato.*
>
> *Siendo ello así el Tribunal Arbitral, en mayoría, llega a la conclusión que las partes, de manera voluntaria, han establecido un tipo de procedimiento distinto al procedimiento de solución de controversias pactado en la Sección XVI, para resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual y por tanto, no es posible incorporar dentro del convenio arbitral, las controversias que surjan a raíz de la aplicación de penalidades contractuales.*
>
> *En ese sentido, los árbitros, en mayoría, no comparten la posición de APM Terminals del Callao S.A., al considerar la impugnación de penalidades pactadas en la Cláusula 19.3 del Contrato como vía previa al arbitraje, por cuanto ha quedado verificado no sólo que no existe un pacto expreso sobre un procedimiento específico para resolverlas diferencias en torno a la aplicación de penalidades, sino que, además, existe una voluntad expresa de que las penalidades no sean materia de reclamación alguna, enmarcando esta imposibilidad a los aspectos contractuales y en atención a ello, a los medios de solución de conflictos consignados en él."*

19.18 Como se puede apreciar en el citado pronunciamiento arbitral se reconoce que las partes pueden pactar que las penalidades impuestas por OSITRAN en el marco de un Contrato de Concesión se encuentren excluidas de ser impugnadas mediante los mecanismos de solución de controversias previstos en el mismo, habiéndose previsto un mecanismo de impugnación particular ante OSITRAN, el cual es definitivo.

19.19 Señala el MTC que las cláusulas de penalidades previstas en ambos contratos de concesión (APM TERMINALS y Línea 2) establecen expresamente que la decisión emitida por el Regulador que resuelve la impugnación interpuesta por el Concesionario a la penalidad aplicada, es definitiva y no está sujeta a reclamación de los concesionarios, vale decir, se trata de las mismas disposiciones.

19.20 En consecuencia, los incumplimientos (supuesto de hecho) que dieron origen a la aplicación de las penalidades impuestas al Concesionario por el atraso en la subsanación de observaciones a los EDI No 01A-01 del Pozo de Ventilación 20 - Obra Civil, No 01A-02 del Pozo de Ventilación 21 - Obra Civil, No 01A-03 del Pozo de Ventilación 22 - Obra Civil, No 01A-04 del Pozo de Ventilación 23 - Obra Civil, Pozo de Ventilación PV19 Bis y Pozo de Ventilación No 24, no pueden ser cuestionados mediante Arbitraje al ser definitivos y no estar sujetos a reclamación alguna conforme a lo expresamente pactado en la citada cláusula 17.14 del Contrato de Concesión.

20. Breve resumen de la posición de OSITRAN

20.1 Señalan que al haber sido impuestas las penalidades por OSITRAN cabe preguntarse ¿cómo es que en un proceso arbitral se va a solicitar que se deje sin efecto algo que ha sido impuesto no por el Demandado (esto es, el MTC), sino por un tercero (esto es, OSITRAN)?

20.2 Por tanto, desde un punto de vista formal, la demanda carece de esa conexión que debería existir entre lo que se pide y el directo vinculado con dicha pretensión y es que ¿cómo es posible que se pida a un tribunal arbitral que deje sin efecto un pago que un tercero le ha impuesto y que no se demande a ese tercero?

20.3 Indica que en el presente caso el METRO no demandó a OSITRAN porque éste ha actuado en ejercicio de sus funciones como ente regulador y porque no tiene facultades para demandarlo por acto alguno.

20.4 Indica además que resulta necesario analizar la naturaleza de las penalidades impuestas por OSITRAN en el presente caso, respecto de lo cual señala que debe entenderse que su nombre (denominadas como penalidades en el propio contrato) no debe llevar, de manera automática, a la conclusión de que estamos ante una figura de naturaleza civil, tal como lo sostiene el METRO.

20.5 En efecto, la naturaleza de esta figura debe entenderse dentro del marco en el que se prevé y origina, así como también teniendo en cuenta quién las impone. Considera que no se trata de una penalidad en sentido civil, pues en ese supuesto no sería OSITRAN quien las impusiese, sino más bien una

de las partes que ha firmado el Contrato de Concesión (en este caso, el MTC).

20.6 Así, estima que no puede dejarse de lado un aspecto fundamental, esto es, quién las ha impuesto, y, al emitirlas un organismo regulador, claramente estamos ante una figura de naturaleza administrativa, ergo, no susceptible de ser cuestionada en sede arbitral. En conclusión, nos encontramos ante una potestad sancionadora que se regula por sus propias normas y que nada tiene que ver con un aspecto contractual, pues si así fuera no sería UN ORGANISMO REGULADOR el que la imponga, sino el propio Concedente de la relación obligacional.

20.7 Manifiesta también que el Metro de Lima sostiene que las sanciones no deben estar sujetas a arbitrariedad, y en este caso no lo están, pues el Contrato de Concesión, en su cláusula 6.4, establece un completo mecanismo para la aprobación del EDI, y, a continuación, en su cláusula 17, regula todo lo relativo a las penalidades. En ese sentido, las penalidades impuestas por OSITRAN no son actos arbitrarios en modo alguno y se han sujetado a un debido procedimiento originado por el incumplimiento de Metro de Lima en la absolución de las observaciones.

20.8 En este sentido expresa que:

- La imposición de las penalidades la ha realizado un organismo regulador del Estado.
- Dicha imposición no ha sido discrecional ni arbitraria.
- Por el contrario, se ha seguido el procedimiento establecido en el Contrato, firmado, reconocido y aceptado por las propias partes, a efectos de imponer dichas penalidades.
- Se trata de incumplimientos tipificados en el propio Contrato de Concesión.
- La tipificación de dichas penalidades ha sido aceptada por las partes que han firmado el Contrato de Concesión.

20.9 Se ha seguido un debido procedimiento a efectos de imponer las penalidades, procedimiento que fue impugnado en un inicio, pero cuyo resultado no origina, según el propio contrato, reclamo alguno distinto a los que la ley prevé. Manifiesta por último que, luego de agotada esta vía, Metro de Lima pudo recurrir a un proceso contencioso administrativo, pero no así a un arbitraje.

20.10 A efecto de lo anterior expresa que, el Tribunal Arbitral debe tener muy en cuenta lo establecido por la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión, en donde se establece con absoluta claridad que el concesionario podrá

impugnar la aplicación de penalidades del OSITRAN y el pronunciamiento que se emita respecto a tal impugnación tendrá carácter definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por parte del concesionario.

20.11 En este punto el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta la lectura literal y sistemática de todo el Contrato de Concesión, en donde se tiene a una cláusula como la 17.14 que vincula directamente a las partes y obliga al Concesionario a no poder reclamar la imposición de una penalidad por parte de OSITRAN. Pero esto no significa que tales penalidades no sean susceptibles de ser impugnadas, sino que lo que corresponde es la interposición de una demanda contencioso administrativa.

20.12 El Tribunal advierte que en sus escritos finales y en particular en su escrito No 8 complementa sus argumentos respecto de la inarbitrabilidad de la decisión que impone las penalidades, en función de lo siguiente:

- El CONTRATO, en su numeral 16.2., establece lo siguiente:

SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ley Aplicable

16.1 El Contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto, el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por dicha legislación, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer.

Ámbito de Aplicación

16.2 La presente Sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917.

- Por tanto, las controversias respecto a actos administrativos que emite el Regulador (OSITRAN) no pueden ser discutidos en un arbitraje. En este sentido reitera que no es posible que en un arbitraje se deje sin efecto una decisión que no ha sido impuesta por el Demandado (MTC), sino por un tercero.

- Indica que en las Definiciones contenidas en el Contrato (páginas 23, 24 y 28) se tiene que:

Parte
Es, según sea el caso, el CONCEDENTE o el CONCESIONARIO

Partes
Son, conjuntamente, el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO

de donde se concluye que OSITRAN tiene un actuar de naturaleza administrativa, no susceptible de ser cuestionado en sede arbitral; encontrándonos frente a una potestad sancionadora que se regula por sus propias normas. De lo contrario, no sería un organismo regulador el que imponga esas penalidades, sino el propio Concedente de la relación obligacional.

- Agrega que la cláusula 17.11 del Contrato de Concesión es clara al señalar lo siguiente:

De la Función Sancionadora

17.11 El Reguladortiene competencia para aplicar sanciones al CONCESIONARIO, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la Ley N° 27332 y Ley N° 26917 y los reglamentos que se dicten sobre la materia.

El CONCESIONARIO deberá proceder con el cumplimiento de las sanciones que imponga el Regulador, de acuerdo a las Normas Regulatorias, tales como el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) vigente a la fecha de ocurrencia del incumplimiento, entre otros

Las sanciones administrativas impuestas, entre otras autoridades administrativas, por el MTC, la Administración Tributaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo, y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento

21. Breve resumen de la posición del METRO

La posición del METRO respecto de la arbitrabilidad de las pretensiones materia de su demanda se encuentra tanto en su propia demanda como en la absolución a la excepción de incompetencia que presento en el curso del arbitraje.

21.1 Contestando específicamente la excepción deducida por el MTC manifiesta que ésta se ha formulado en base a dos argumentos: (i) la aplicación de la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión que excluiría al arbitraje como el mecanismo para cuestionar una penalidad impuesta por OSITRAN y; (ii) Que la imposición de una penalidad por parte de OSITRAN es un acto administrativo que nace de la ley y por ende, es no arbitrable.

21.2 En relación con la aplicación de la cláusula 17.14 del Contrato

- El MTC ha señalado que, según la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión, las partes habrían excluido de llevar a arbitraje cualquier controversia respecto a la imposición de penalidades por parte de OSITRAN. Dicha cláusula señala:

  "17.14 El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de una penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el REGULADOR, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación.

  El REGULADOR contará con un plazo de quince (15) días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el REGULADOR no emita pronunciamiento alguno, se entenderá denegada la impugnación presentada. ***La decisión del REGULADOR tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO.***" (El énfasis y subrayado del METRO)

- Para el MTC, las partes habrían pactado que cuando el propio Regulador que aplicó las penalidades se pronuncie sobre la correcta aplicación o no de sus propias penalidades vía impugnación contractual del Concesionario, no cabrá recurso alguno excluyendo la cláusula arbitral. En otras palabras, para el MTC, con el pacto señalado en la cláusula 17.14 el Concesionario habría renunciado a su derecho de acción.

- En efecto, si analizamos la argumentación en este punto por parte del MTC, no señalan que esta discusión deba ser resuelta por el Poder Judicial y por ende que el tribunal arbitral se declare incompetente, sino, señalan que cuando se trata de penalidades contractuales aplicadas por OSITRAN, **no se pueden controvertirlas en ninguna sede jurisdiccional**, por increíble que parezca.

- En otras palabras, según el MTC el Concesionario habría aceptado otorgarle la facultad a OSITRAN (Organismo del propio Estado Peruano, es decir, de una de las partes) de ser juez y parte, sin tener la posibilidad que un ente jurisdiccional, según el Contrato un tribunal arbitral, revise dicha decisión.

- Debemos señalar que dicha interpretación no solo es errónea, **sino que es inconstitucional**. En efecto, como sabemos, el derecho de acción es **irrenunciable**, y ningún pacto de las partes puede limitarlo como el derecho constitucional que es.

- Por último, respecto al laudo en mayoría presentado por el MTC para sustentar su argumentación (caso APM TERMINALS vs MTC), debemos

señalar en primer lugar que en el arbitraje no existe el término jurisdicción[1], por lo que somos de la opinión que lo que decida un tribunal arbitral en determinada controversia no implica de ninguna manera un patrón a seguir por otros tribunales arbitrales y menos es vinculante.

21.3 En relación con la arbitrabilidad de las pretensiones materia de la controversia

- El MTC cuestiona la naturaleza civil de las penalidades objeto de controversia (al considerar que son facultades administrativas de OSITRAN que emanan de la ley), lo que conlleva a que cuestionen la arbitrabilidad de la materia del presente arbitraje.

- En virtud de ello, se remite lo mencionado en su demanda, específicamente desde el numeral 9.1 al 9.30, en la cual hemos argumenta por qué considera que las penalidades contractuales aplicadas por OSITRAN son perfectamente arbitrables. Esencialmente en ese punto sostienen esencialmente que:

  - Las penalidades impuestas tienen naturaleza civil, pues la cláusula 17.12 señala claramente que se trata de penalidades contractuales; el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN aprobado por la Resolución del Consejo Directivo No 023-2003-CD-OSITRAN, mencionada en el segundo párrafo de la cláusula Décimo Séptima del contrato, establece en su artículo 3 relativo a las Definiciones que la penalidad, es una estipulación o cláusula contractual que tiene naturaleza civil.

  - Siendo estas penalidades de naturaleza civil, ellas tienen una lógica distinta a la que se deriva de la potestad sancionadora de la administración pública y de su régimen administrativo sancionador.

  - La inclusión de la penalidad en un contrato no deriva de una norma preexistente, sino de la propia voluntad de las partes; a diferencia de una infracción administrativa.

  - La finalidad de una penalidad es determinar anticipadamente la cuantificación de la indemnización, en tanto que la finalidad de la tipificación de una infracción administrativa, es fundamentalmente la de castigar por la comisión de la conducta no deseada.

---

[1] La doctrina señala ello dado que para que exista el término jurisdicción en sede arbitral, tendría que existir un esquema, como el judicial, en el cual existan jueces superiores e inferiores, siendo que lo que resuelvan los jueces superiores sean una directriz para los jueces inferiores. En el arbitraje, dado que no existen tribunales arbitrales superiores ni inferiores, la utilización del término jurisdicción es incorrectamente aplicado.

- Para el caso de la aplicación de una penalidad contractual, nada obsta que las partes puedas establecer un procedimiento, pero su origen es también un origen convencional; en tanto que para la imposición de una sanción administrativa lo que debe seguirse es un procedimiento administrativo sancionador, cuyo origen es necesariamente legal.

- Por tanto, los conflictos derivados de la aplicación de penalidades son susceptibles de ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en el propio contrato, que en el presente caso resulta ser un arbitraje.

- Manifiesta también que el propio OSITRAN. a razón de otras controversias de aplicación de penalidades en contratos de concesión, como es el caso del Tramo 3 de la carretera IIRSA Sur, ha emitido informe (Informe No 2393-2014-GSF-OSITRAN) en el cual establece que "las consecuencias de una cláusula penal en el contrato no constituyen la manifestación del derecho sancionador, entendida ésta como el ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil (...)". Esta naturaleza de las penalidades establecidas en los contratos de concesión, que finalmente son impuestas por OSITRAN, también se ve ratificada en los Informes No 0583-2015-GSF-OSITRAN (relativo al caso de la Concesionaria Vías del Sol S.A.) y en No 040-13-GAL-OSITRAN (relativo a la Sociedad Concesionaria Empresa Transportadora Callao S.A.).

- Sin perjuicio de lo anterior, de manera complementaria acompañan el laudo parcial de competencia emitido por el tribunal arbitral conformado por los árbitros Ricardo Rodríguez Ardiles, Fernando Cantuarias Salaverry y Carlos Cárdenas Quirós, en el caso seguido por OBRAINSA CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S.A. contra el MTC, llevado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (Caso Arbitral No 3169-2015-CCL), en el cual se declaró INFUNDADA la excepción de incompetencia planteada por el MTC en la cual utilizaron los mismos argumentos presentados en este caso.

- En efecto, en el referido caso, caso en el cual se estaba discutiendo la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN al igual que en la presente controversia, el MTC planteó como defensa de forma que las penalidades contractuales aplicadas por OSITRAN. en el marco de un contrato de concesión, son actos administrativos que emanan de la Ley y que, por lo tanto, como facultades administrativas y parte del *ius imperium* del Estado, no pueden ser arbitrables.

- Sobre el particular, el tribunal arbitral en pleno señaló lo siguiente:

"Vigésimo.- Que en el presente caso, la excepción de incompetencia deducida por el MTC parte de la premisa de que OSITRAN o el REGULADOR en cada oportunidad en que actúa dentro del CONTRATO lo hace en ejercicio de su función administrativa y que, por ende, sus decisiones no resultarían factibles de ser arbitradas, desconociendo el distingo que el Tribunal Arbitral advierte y al que ha hecho referencia en el párrafo que antecede, toda vez que para el Colegiado ***no existe duda alguna que lo que se encuentra en controversia no es el ejercicio de una facultad que emana de norma legal expresa, sino que proviene de la voluntad de los contratantes.*** *"* (El énfasis y subrayado del METRO)

- Señaló además respecto a la facultad de OSITRAN de imponer penalidades contractuales lo siguiente:

  "Vigésimo Segundo. - Que, de otra parte, y tal como fluye igualmente de la literalidad del CONTRATO, la imposición de sanciones contractuales (así incluso ha sido descrito por los contratantes) es una función que se le concede al REGULADOR, ***no porque ella emana de sus propias atribuciones, sino que surge del acuerdo de partes a fin de que este organismo sea el encargado de su aplicación****.*

  Así, por tanto, y dentro de la misma lógica y razonamiento, las decisiones de penalidad contractual impuestas por el REGULADOR ***no se producen en ejercicio de una función intrínseca a él, sino que surge del encargo que las partes le confieren en su CONTRATO****.*

  Es por ello que, al igual que en el caso anterior, la competencia del Tribunal Arbitral no resulta factible de ser cuestionada, ya que ***no conocerá ni se pronunciará sobre una decisión propia de OSITRAN como ente regulador y en ejercicio de sus facultades legales****, sino como entidad a la cual las partes le han encargado un determinado ejercicio estrictamente contractual como fluye de la propia literalidad del CONTRATO."* (El énfasis y subrayado del METRO)

- Como se puede apreciar, el tribunal arbitral en esa oportunidad señaló que, dado que las partes en el contrato habían otorgado a OSITRAN las facultades para imponer penalidades contractuales, las controversias que se generen entorno a la correcta aplicación o no, serán arbitrables, pues no se estaría discutiendo las facultades de OSITRAN que devienen de la ley como ente regulador.

- Expresa que en el presente contrato de concesión se encuentra ante el mismo escenario. La Sección XVII del Contrato de Concesión contempla el régimen de incumplimiento contractual, señalando en la cláusula 17.12 y siguientes:

> *"(...) Penalidades Contractuales*
>
> *17.12* ***El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato****. (...)*
>
> *17.13 En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato,* ***el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado*** *e indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes* ***y/o la aplicación de las penalidades*** *contenidas en el Anexo 10.*
>
> *(...)"* (El resaltado es del METRO)

- Asimismo, reitera que las penalidades impuestas por OSITRAN tienen naturaleza civil. Por lo tanto, nos encontramos ante el cuestionamiento de una penalidad impuesta por OSITRAN que no solo tienen naturaleza civil, sino que la competencia otorgada a OSITRAN para imponerlas ha sido otorgada por las propias partes, y no por la ley.

Por todas las consideraciones antes expuestas, solicita que la excepción de incompetencia planteada por el MTC sea declarada infundada en todos sus extremos.

22. Posición del Tribunal Arbitral.

Revisadas las posiciones de las partes el Tribunal considera pertinente hacer el análisis siguiente:

22.1 ¿Prohíbe la cláusula 17.14 del CONTRATO reclamar la decisión final adoptada por OSITRAN respecto de la aplicación de penalidades?

- Como se sabe la citada cláusula señala:

> **17.14. El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el Regulador, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación.**
>
> **El Regulador contará con un plazo máximo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el Regulador no emita pronunciamiento alguno, se entenderá por denegada la impugnación presentada. La decisión del Regulador tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO.**

- La pregunta viene a colación pues el MTC ha presentado un laudo arbitral dictado en mayoría en el Caso Arbitral No 2979-2014-CCL seguido entre APM TERMINALS S.A. vs Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por el cual dos de los tres árbitros consideran que el acuerdo adoptado en el sentido que la decisión del Regulador tendrá el carácter de definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por parte del Concesionario, excluye, por lo menos, la posibilidad de someter dicha decisión a los mecanismos de solución de controversias previstos en el CONTRATO, vale decir, al arbitraje.[2]

- Este Tribunal advierte que lo indicado por los señores árbitros del citado caso, no alude per se a la imposibilidad absoluta de reclamación, sino a que ella pueda ser realizada en arbitraje.

- Frente a ello, la posición que ha sostenido en este caso el METRO ha sido la de considerar que el extremo de la citada cláusula, no puede ser considerado bajo ninguna forma como una renuncia a su derecho de acción en la vía jurisdiccional, pues ello sería inconstitucional, sino únicamente a plantear cualquier reclamo adicional ante el propio OSITRAN.

- Así las cosas, este Tribunal considera que resulta necesario asumir una posición respecto de si lo indicado en la citada cláusula, debe ser entendido: **(i)** como una renuncia absoluta a acudir a una vía jurisdiccional, y **(ii)** si ello no fuera así, ¿debe ser solo considerado como una renuncia acudir al mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato (vale decir al arbitraje), en la medida que ella tiene un origen netamente convencional, contractual o voluntario?

- En relación con el punto **(i)**, el Tribunal considera que asumir dicha interpretación, importa aceptar una renuncia anticipada al derecho de acción, es decir, conlleva a admitir que las partes puedan pactar de manera antelada la renuncia a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ello, a criterio de este Tribunal, no es susceptible de ser amparado pues el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (y dentro de ello el derecho a poder acudir a un tribunal jurisdiccional independiente e imparcial sea en la vía judicial o

---

[2] Se indica en el referido laudo:

"Es más, del propio texto de dicho acuerdo, las partes han acordado que la decisión revisada por OSITRAN no estará sujeta a reclamación alguna, lo que implica en puridad que la decisión revisada, según el procedimiento especifico antes mencionado, no podrá ser sujeta a controversia, al menos, a través de los mecanismos de gestión de controversias establecidos en el propio Contrato.
Siendo ello así el Tribunal Arbitral, en mayoría, llega a la conclusión que las partes, de manera voluntaria, han establecido un tipo de procedimiento distinto al procedimiento de solución de controversias pactado en la Sección XVI, para resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual y por tanto, no es posible incorporar dentro del convenio arbitral, las controversias que surjan a raíz de la aplicación de penalidades contractuales."

arbitral), supone un principio y pilar básico del ordenamiento jurídico nacional consagrado no solo en el artículo numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú[3], sino además en el numeral 1 del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos[4] de la cual el Perú es parte.

- En este sentido es de tener en cuenta que el Tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el artículo 8 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia, el cual es entendido por la propia Corte como una *"norma imperativa de Derecho Internacional"*[5]. A partir de ello se desprende que *"los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos"*. Así, por ejemplo, de acuerdo con la Corte, *"cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia"*, debe entenderse contraria al artículo 8 de la Convención.[6]

- En relación con el punto **(ii)**, bajo el cual se podría asumir que la vía para poder reclamar la decisión del Regulador es la vía del contencioso administrativo; es de advertir que esa conclusión supone previamente un ejercicio de interpretación de la cláusula contractual.

- El Tribunal advierte que la redacción de la cláusula 17.14 es genérica y contundente cuando expresa que la decisión del Regulador en relación con la aplicación de las penalidades tendrá *"carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del Concesionario"*.

- Sin embargo, ya hemos advertido que una interpretación literal y tajante no resiste un análisis de constitucionalidad y menos de convencionalidad.[7]

---

[3] *"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la function jurisdiccional:*
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (...)

[4] *"Artículo 8.- Garantías Judiciales*
1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

[5] Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

[6] Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina, op. cit., párr. 50.

[7] Control que el Tribunal está obligado a realizar a la luz de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, como es la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

- Así las cosas, el Tribunal encuentra que si bien en el CONTRATO las partes han pactado el arbitraje como mecanismo de solución de controversias para los conflictos derivados de la relación contractual[8]; resulta que ese pacto (y aquí se centra el tema medular) no obedece sólo a la libre voluntad de las partes, sino que es consecuencia de lo dispuesto en su momento por el artículo 9º del Decreto Legislativo No 1012 (Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo) citado como Base legal del contrato en la página 33 del mismo, y que establecía expresamente lo siguiente:

  > *"9.6 Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual."*

- Consecuentemente la vía arbitral que se estableció en el CONTRATO, no deriva solo de la libre voluntad de las partes, sino fundamentalmente de la disposición legal que obligaba a considerarla como tal.

- Es bajo estas premisas que este Tribunal, al margen de tener en claro que la existencia del laudo arbitral en mayoría citado por el MTC no tiene carácter vinculante, se permite discrepar del mismo y concluir que la lectura de la cláusula 17.14 del CONTRATO no excluye por si misma la imposibilidad de arbitrar las decisiones del Regulador en materia de aplicación de las penalidades previstas e impuestas bajo el mecanismo creado en el propio CONTRATO, pues la vía prevista para solucionar las diferencias que surjan del contrato era la vía arbitral y no la judicial. Para ello tiene además en cuenta que, como se profundizará más adelante, las penalidades impuestas tienen un carácter eminentemente contractual.

- Por tanto este Tribunal estima que la lectura correcta y coherente de la citada cláusula llega a concluir que las partes únicamente establecieron que la imposibilidad de reclamación que en ella se consagra, debe ser interpretada solo al interior del propio OSITRAN y en su caso ante el propio MTC en su calidad de Concedente u otra autoridad administrativa, pero no así ante una instancia jurisdiccional de corresponder, debiendo analizarse en

---

[8] *"16.3 De conformidad con el artículo 62º de la Constitución Política del Perú, se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual* ***se solucionarán por el trato directo y en la vía arbitral****, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.*
El laudo que se expida será integrado a las reglas contractulaes establecidas en el presente Contrato de Concesión.
Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones del Regulador u otras entidades públicas en el ejercicio de sus competencias administrativas a tribuidas por norma expresa, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables"

todo caso si es o no posible que ello sea visto en la vía arbitral a la luz de lo establecido en el propio CONTRATO.

22.2 Sin perjuicio de lo indicado, el Tribunal tiene en claro que lo expresado en el arbitraje por MTC como OSITRAN respecto a la no arbitrabilidad de las penalidades impuestas por el Regulador y la posibilidad de su cuestionamiento solo en la vía del procedimiento contencioso administrativo, no obedece únicamente a la lectura de la cláusula 17.14 del CONTRATO, sino también a otros motivos que se analizan a continuación.

- Cabe preguntarse entonces si es o no posible que la decisión de OSITRAN que impone penalidades sea arbitrable a la luz de los acuerdos relativos al arbitraje contenidos en el propio CONTRATO (que son los que vienen a dar contenido al Convenio Arbitral) y del rol de OSITRAN en la aplicación de la penalidad.

- Como premisa previa, el Tribunal considera que es irrelevante para efecto de la arbitrabilidad de la materia el que la decisión de OSITRAN constituya o no un acto administrativo (entendido como una declaración emitida por un ente de la administración pública) y que por tanto este solo pueda ser cuestionado en la vía del proceso contencioso administrativo; pues aún si así fuere, no existe prohibición general alguna para arbitrar los mismos conforme al marco legal aplicable al CONTRATO. De hecho, la manera normal en que las entidades del Estado se pronuncian en casos concretos es a través de actos o decisiones administrativas, y ello no significa que per se los mismos no sean arbitrables, sino que lo que debe analizarse es si dentro del marco de la ley aplicable al caso, el convenio arbitral permite su arbitrabilidad.

- En el presente caso se tiene, como ya se ha indicado, el Decreto Legislativo No 1012 (Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo) que expresamente se cita como Base Legal del CONTRATO establece en su artículo 9, lo siguiente:

> *"9.6* ***Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias*** *y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual."* (subrayado y resaltado del Tribunal).

- Por tanto, la habilitación para solucionar las diferencias que surjan en el contrato de concesión está en la Ley, sin importar si nos encontramos o no frente a decisiones que adoptan la forma de actos administrativos.

- Merece entonces analizar si los acuerdos relativos al arbitraje que están previstos en el CONTRATO y que dan contenido al convenio arbitral, excluyen o no la arbitrabilidad de las decisiones adoptadas por OSITRAN en relación con la aplicación de penalidades.

- Para ello es necesario revisar por un lado la cláusula 16.2 (invocada por el MTC como por OSITRAN):

SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Ley Aplicable

16.1 El Contrato se regirá e interpretará de acuerdo a las Leyes y Disposiciones Aplicables. Por tanto el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por dicha legislación, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer.

Ámbito de Aplicación

16.2 La presente Sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917.

- Sin embargo, no debe perderse de vista que el artículo 16.2, debe leerse también conjuntamente con el artículo 16.3 del CONTRATO, el cual establece:

> *"16.3 De conformidad con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán por el trato directo y en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.*
>
> *El laudo que se expida será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión.*
>
> *Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones del Regulador u otras entidades públicas* ***en el ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa****, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables"* (subrayado y resaltado por el Tribunal).

- Nótese que si bien en la cláusula 16.2 existe una excepción clara a la arbitrabilidad de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio

de sus funciones en atención a lo dispuesto por la Ley No 26917; la cláusula siguiente contextualiza ello en la medida que se trate de decisiones emitidas por el Regulador en el ejercicio de sus **competencias administrativas** atribuidas por norma expresa.

- Corresponde por tanto preguntarse si para excluir la arbitrabilidad de las penalidades basta con advertir que ellas han sido impuestas por el Regulador en atención a las funciones que derivan de la Ley No 26917, o si es necesario entender que esta facultad debe tener su origen en una atribución que únicamente corresponde al Regulador en ejercicio de su función administrativa lo que supone necesariamente la posibilidad de crear la penalidad y regular el procedimiento de reclamación. Es aquí en donde este Tribunal considera que se encuentra el punto neurálgico para poder determinar la arbitrabilidad o no de la materia en el presente caso, pues ello permitirá conocer si estamos frente a un conflicto de carácter eminentemente contractual o si por el contrario estamos frente a una controversia cuyo origen se presenta en la atribución que como organismo supervisor y fiscalizador tiene OSITRAN, y como consecuencia de lo cual se podrá identificar cuál es el rol que tiene en este caso el Regulador. Se señala esto porque la premisa contenida en la cláusula 16.3 es que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionan en la vía arbitral, pero además por que dicha premisa convencional obedece necesariamente a una imposición legal que, como ya se ha citado, se encuentra en el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo No 1012 que establece que *"Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias (...)"*. Por lo que este Tribunal considera que dicha disposición legal sirve necesariamente como parámetro y criterio de interpretación de los acuerdos arbitrales contenidos en el CONTRATO.

- Así las cosas, el Tribunal advierte que, en esencia, la penalidad impuesta por OSITRAN no tiene su origen en una sanción de carácter administrativo que haya sido tipificada por OSITRAN en su rol de supervisor o fiscalizador de la inversión privada en la infratestructura de transporte de uso público. En tal sentido no estamos frente a una infracción tipificada por una norma legal, ni por ese organismo ni tampoco creada por él. Es más, difícilmente podría sostenerse incluso que el procedimiento de reclamación a seguirse ante OSITRAN sea un procedimiento administrativo, en la medida que éste no se encuentra regulado por OSITRAN, sino por el propio CONTRATO.

- El Tribunal tiene la convicción racional que al presente arbitraje no se somete las facultades de regulación, supervisión fiscalización o sanción que ostenta el OSITRAN, ya que éstas no son de libre disposición, sino que lo que está en discusión no es una decisión administrativa de esa entidad, sino un acto contractual cuyo sustento habilitante es una cláusula contractual en

virtud de la cual, las partes (METRO y el MTC) llaman a participar a OSITRAN para que actúe en ejecución de una competencia contractual, conforme a un procedimiento contractual establecido en el Contrato de Concesión y, no sujeto a un procedimiento administrativo normado.

- Así, cabe distinguir penalidades contractuales de sanciones administrativas, mientras las primeras tienen como causa el pacto contractual y su aplicación queda sujeta a dicho título, las sanciones administrativas tienen por fuente una potestad cuya aplicación está reglada por el Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS.

- En la medida que la actuación de OSITRAN, en materia de la aplicación de las penalidades, no involucra el ejercicio de sus facultades de derecho público, sino la participación de ésta en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión, para el Tribunal se trata de una actuación contractual que es materia arbitrable objetivamente.

- En efecto queda claro a este Tribunal que en el presente caso estamos frente a una consecuencia de carácter eminentemente contractual, no solo porque así lo establece la literalidad del contrato (cláusula 17.12 que señala que el Regulador se encuentra facultado a aplicar las penalidades contractuales establecidas en el CONTRATO, o la propia cláusula 17.11 que diferencia las sanciones que pueda emitir el Regulador al Concesionario, de las penalidades contractuales); sino porque además así lo reconoce el propio OSITRAN en una serie de informes internos de dicho órgano (Informe No 2393-2014-GSF-OSITRAN, Informe No 0583-2015-GSF-OSITRAN, Informe No 040-13-GAL-OSITRAN), a lo que se agrega la existencia del pronunciamiento de la Sala Segunda Sala Sub Especialidad Comercial de Lima, al resolver el proceso de anulación de laudo en el expediente No 020-2014-0-1817-SP-CO-02, cuando expresa que:

> *"Cuarto: Conforme se ha apreciado de las cláusulas contractuales aplicables al caso concreto por la propia denominación de la naturaleza de las penalidades que fueron impuestas a la parte demandada,, y concesionaria del contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, (...) estas son de naturaleza contractual, por tanto si bien es cierto fueron fijadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), esta atribución es consecuencia de lo pactado por las partes, que no mengua la esencia contractual y el carácter patrimonial de la controversia (...)"*

Por tanto, no habiendo sido objeto del arbitraje las facultades de imperio del Estado (funciones y atribuciones de OSITRAN), como erróneamente sostiene la demandante, resultan arbitrables las pretensiones demandadas (...)"

- En este orden de ideas, es Opinión de este Tribunal que al ser las penalidades impuestas por OSITRAN eminentemente contractuales (la tipificación, imposición y procedimiento de imposición y confirmación de las mismas no tienen su origen en el ejercicio de una competencia propia de OSITRAN), estamos frente a controversias típicamente contractuales que deben ser resueltas en la vía arbitral.

- Finalmente, y en cuanto al cuestionamiento realizado por OSITRAN respecto de ¿cómo es que en el presente caso se está sometiendo a arbitraje con el MTC una penalidad que ha sido aplicada por el Regulador, es decir, OSITRAN?, corresponde tener en cuenta lo siguiente:

  - La controversia se presenta respecto de una aplicación de una penalidad que tiene naturaleza contractual, y por supuestos incumplimientos de carácter contractual.

  - El convenio arbitral tiene como premisa que los conflictos contractuales se solucionan en la vía arbitral.

  - En lo que concierne a la aplicación de la penalidad prevista en el CONTRATO, OSITRAN actúa como el ejecutor de la misma, empero la discusión que se genera es exclusivamente de carácter contractual, y por ende entre las partes y solo puede tener efecto entre ellas. Sin perjuicio esto y en aplicación de una figura especial creada legalmente para el caso de los organismos reguladores, se ha admitido a OSITRAN en el presente caso como tercero coadyuvante voluntario del MTC.

  - Bajo estas premisas, el Tribunal tiene en claro que siendo que OSITRAN no es parte del CONTRATO celebrado, no es parte tampoco del Convenio arbitral, no obstante la discusión presentada es estrictamente de carácter contractual derivada relacionada con la interpretación de las cláusulas contractuales en relación con la aplicación de las penalidades, por lo que ello solo puede ser reclamado jurisdiccionalmente ante la vía arbitral, en donde el emplazado únicamente puede ser el MTC, pese a lo cual se ha admitido de manera especial la participación de OSITRAN.

  - Por último, el Tribunal advierte (como lo ha señalado en el arbitraje el METRO) que, incluso los efectos del laudo no afectarían el patrimonio de OSITRAN, dado que según la cláusula 17.15 del Contrato de

Concesión el monto de las penalidades está dirigido al MTC y no al OSITRAN, al señalar que: *"17.15. El monto de las penalidades será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE a la cuenta de RPMO del Fideicomiso, en el plazo de diez (10) Días contados a partir del día siguiente de la notificación que reciba por parte del Regulador."*

- Consecuentemente este Tribunal Arbitral estima que corresponde declarar Infundada la excepción de incompetencia deducida por el MTC, que ha sido apoyada por OSITRAN en su condición de Tercero Coadyuvante Voluntario de esa parte.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

El Tribunal estima que es pertinente analizar las pretensiones y sus respectivos puntos controvertidos de manera conjunta, pues advierte que dado el fundamento de los mismos ello resulta posible.

23. **Breve resumen de la posición del METRO**

23.1 El METRO pretende en esencia que se dejen sin efecto una serie de penalidades que le han sido impuestas por OSITRAN y están contempladas en el Contrato de Concesión La penalidad referida se encuentra plasmada en el Anexo 10 del Contrato de Concesión, cuando se hace mención a las penalidades referidas a la ejecución de las Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha, dentro de las cuales se incluye aquella respecto al *"atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión"*, penalidad que se plasma en una (1) UIT por cada día de atraso.

23.2 Señala que es importante notar que el supuesto de hecho que la referida penalidad sanciona como incumplimiento es el atraso en la presentación de la subsanación de observaciones al EDI dentro del plazo de diez (10) días calendario establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión.

23.3 En relación al marco conceptual, el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) lo define el Contrato de Concesión de la siguiente manera:

> *"Estudio Definitivos de Ingenierías (EDIs)*
>
> *Son los estudios de ingeniería de detalle que desarrollará el CONCESIONARIO para (i) las Obras, y (ii) Material Rodante para la Primera y Segunda Etapa y otro para la Tercera Etapa, previo al inicio de la Fase de Ejecución de Inversiones Obligatorias, de cada Etapa.*

Los EDIs deberán ser presentados conforme al Plan de Desarrollo de EDI aprobado, dentro de los plazos estipulados en el presente Contrato y ser consistentes con las Especificaciones Técnicas Básicas, así como con la Propuesta Técnica presentada por el CONCESIONARIO, ello sin perjuicio de las modificaciones que se implementen.

Los EDIs incluirán estudios, memoria descriptiva, diseño, especificaciones técnicas detalladas, planilla de metrados, Cronograma Detallado, diagrama PERT-CPM que muestre la ruta crítica de la ejecución de las Inversiones Obligatorias, planos del proyecto y planos de replanteo. Los EDIs también incluirán un presupuesto detallado por partidas, análisis de precio unitario, cantidades y costos de insumos requeridos (...)."

23.4 Por su parte, la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, señala el procedimiento para la aprobación del EDI de la siguiente manera:

"(...)

Procedimiento para la aprobación del EDI de Material Rodante o del (los) EDI(s) de Obras del Tramo 5

El Regulador emitirá su opinión sobre la materia disponiendo de un plazo máximo de diez (10) Días de recibido el EDI correspondiente, la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE para su evaluación, con copia al CONCESIONARIO para su conocimiento.

El CONCEDENTE dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días, a partir de recibida la opinión del Regulador o de vencido el plazo para emitirla, para aprobarlo o para emitir las observaciones correspondientes, indicando las Especificaciones Técnicas Básicas y/o la cláusula contractual y/o la norma incumplida. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá denegado el EDI presentado.

En caso existan observaciones formuladas por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días Calendario para subsanarlas, contados desde la fecha de recepción de dichas observaciones. La subsanación deberá ser remitida tanto al CONCEDENTE como al Regulador. El Regulador contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su opinión la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE, quien deberá pronunciarse en un plazo no mayor de diez (10) Días. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el EDI presentado, se entenderá por denegado.

El atraso en la entrega y/o en la subsanación de observaciones al respectivo EDI dentro de los plazos máximos establecidos en la presente Cláusula, dará lugar a la aplicación de penalidades, conforme a lo previsto en el Anexo 10 del presente Contrato." (El subrayado es del METRO)

23.5 Es preciso indicar que, según la Sección I de Antecedentes y Definiciones del Contrato de Concesión, "Día" está definido como un día hábil, distinto a un sábado, domingo o feriado no laborable. Asimismo, se hace la diferenciación con la definición de "Día Calendario", que son los días hábiles, no hábiles y feriados.

23.6 La cláusula 6.4 del Contrato de Concesión regula el procedimiento de aprobación de los EDI. En el presente caso, estamos ante un procedimiento de aprobación de EDIs respecto a determinados pozos de ventilación.

23.7 Teniendo en cuenta el concepto de EDI, el procedimiento para su aprobación y las penalidades relacionadas al incumplimiento de dicho procedimiento, es que procede a desarrollar sus fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

23.8 **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL –EN RELACIÓN AL PV20.**

- El 2 de diciembre de 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-12-14 (Anexo 5-A), presentó al Concedente con copia al Regulador, el EDI No 01A-01 del Pozo de Ventilación No 20-Obra Civil.

- El 17 de diciembre de 2014, el Regulador por medio del Oficio No 6986-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-B), remite opinión al Concedente sobre el EDI presentado.

- El 13 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 084-2015-MTC/25 (Anexo 5-C), por medio del cual se emiten, fuera del plazo contractual (recordemos que tenía 10 días hábiles), las observaciones al EDI presentado.

- No obstante ello, el 23 de enero del 2015, dentro del plazo contractualmente establecido en la cláusula 6.4 (10 días calendario), el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0075 (Anexo 5-D) remite al Concedente con copia al Regulador la subsanación de las observaciones emitidas en el Oficio No 084-2015-MTC/25.

- El 5 de febrero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0719-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-E) quien emite

opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 3 de marzo del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 635-2015-MTC/25 (Anexo 5-F), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad con la cláusula 6.3 y 6.4 del Contrato de Concesión -una "segunda" emisión de observaciones del Concedente.

- Si bien más adelante será desarrollado a detalle la conducta del Concedente, sobre este punto es preciso anotar que el Concedente no procedió con declarar no presentado el EDI remitido en su oportunidad ni tampoco nos intimó en mora ni identificó un incumplimiento contractual, sino que otorgó el plazo señalado por la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de subsanación de observaciones, el cual debe ser de diez (10) días según el Contrato (único plazo establecido), independientemente sea la primera o segunda observación.

- Es así que el 13 de marzo del 2015, es decir dentro de los 10 días otorgados por el Concedente y que establece la cláusula 6.4 del Contrato, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0250 (Anexo 5-G) remite al Concedente la subsanación a la "segunda" emisión de observaciones al EDI presentado.

- Finalmente, el 14 de abril del 2015 el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 1083-2015-MTC/25 (Anexo 5-H), por medio del cual se dan por subsanadas todas las observaciones al EDI presentado.

- No obstante, es recién el 13 de enero del 2016, es decir 9 meses después de aprobado el EDI, que el Concesionario fue notificado con el Oficio del Regulador No 0015-2016-GSF-OSITRAN (Anexo 5-I), por medio del cual se le aplicaba penalidad de cuarenta y nueve (49) Unidades Impositivas Tributarias (UITs) por supuesto incumplimiento en la subsanación de observaciones al EDI presentado.

- Es preciso anotar que recién en este momento el Concesionario toma conocimiento de su supuesto incumplimiento contractual, pues antes de ello no conocía que se encontraba en dicha situación.

- Es así que el 25 enero del 2016, el Concesionario por medio de la Carta
No ML2-SPV-CARTA-2016-078 (Anexo 5-J) presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual respecto a

aquella penalidad impuesta por medio del Oficio No 0015-2016-GSF-OSITRAN.

- El 15 de febrero del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 046-16-GG-OSITRAN (Anexo 5-K), por medio del cual el Regulador se pronuncia sobre la impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario a través de la Carta No ML2-SPV-CARTA-2016-078. Al respecto, el Regulador declara fundada en parte la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, reformulando la penalidad de cuarenta y nueve (49) UITs a once (11) UITs por supuesta demora en la subsanación de observaciones.

- La razón por la cual el Regulador reduce la penalidad, es porque retiró los días de penalidad que habían sido generados por la demora del Regulador y el Concedente.

- El 16 de febrero del 2016, el Concesionario presentó al Concedente por medio de la Carta No ML2-CARTA-2016-0277 (Anexo 5-L) la Solicitud de Trato Directo No 3 sobre Invalidez de la aplicación de penalidades en el procedimiento de subsanación de observaciones del Estudios Definitivo de Ingeniería No 01A-01 PV20.

- Finalmente, el 4 de marzo del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 0858-2016-MTC/25 (Anexo 5-LL), por medio del cual se niega definitivamente a resolver la controversia en vía de Trato Directo.

23.10 **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL –EN RELACIÓN AL PV21.**

- El 4 de noviembre del 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-11-14-006 (Anexo 5-M), presentó al Concedente con copia al Regulador el EDI No 01A-02 del Pozo de Ventilación 21-Obra Civil.

- El 17 de noviembre del 2014, el Regulador por medio del Oficio No 6338-2014-GSF-OSITRAN (Anexo 5-N) remite opinión al Concedente sobre el EDI presentado.

- El 10 de diciembre del 2014, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 2657-2014-MTC/25 (Anexo 5-O), por medio del cual se emiten observaciones al EDI presentado, las cuales se dieron fuera del plazo máximo contractual de diez (10) días hábiles establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, el cual había vencido en fecha 1 de diciembre del 2014.

- El 24 de diciembre del 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-12-14-063 (Anexo 5-P) y dentro del plazo establecido, remite al Concedente con copia al Regulador la subsanación de las observaciones emitidas en el Oficio No 2657-2014-MTC/25.

- El 8 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0049-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-Q) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 2 de febrero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 290-2015-MTC/25 (Anexo 5-R), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad con la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión -una "segunda" emisión de observaciones del Concedente.

- Si bien más adelante será desarrollado a detalle la conducta del Concedente, sobre este punto es preciso anotar que el Concedente no procedió con declarar no presentado el EDI remitido en su oportunidad ni tampoco nos intimó en mora ni identificó un incumplimiento contractual, sino que otorgó el plazo señalado por la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de subsanación de observaciones, el cual debe ser de diez (10) días según el Contrato (único plazo establecido), independientemente sea la primera o segunda observación.

- Es así que el 12 de febrero del 2015, es decir dentro de los 10 días adicionales otorgados por el Concedente, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0161 (Anexo 5-S) remite al Concedente la subsanación a la "segunda" emisión de observaciones al EDI presentado.

- El 18 de febrero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0990-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-T) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 4 de marzo del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 674-2015-MTC/25 (Anexo 5-U), por medio del cual se dan por subsanadas todas las observaciones al EDI presentado.

- No obstante ello, el 29 de enero del 2016, el Concesionario fue notificado con el Oficio del Regulador No 0061-2016-GSF-OSITRAN (Anexo 5-V), por medio del cual se le aplicaba penalidad por supuesto

incumplimiento en la subsanación de observaciones al EDI presentado.

- Es preciso anotar que recién en este momento el Concesionario toma conocimiento de su supuesto incumplimiento contractual, pues antes de ello no conocía que se encontraba en dicha situación.

- Es por ello que el 4 de febrero del 2016, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0211 (Anexo 5-W) presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual respecto a aquella penalidad interpuesta por medio del Oficio No 0061-2016-GSF-OSITRAN.

- El 25 de febrero del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 061-16-GG-OSITRAN (Anexo 5-X), por medio del cual el Regulador se pronuncia sobre la impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario a través de carta No ML2-CARTA-2015-0211. Al respecto, el Regulador declara fundada en parte la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, reformulando la penalidad de cincuenta y dos (52) UITs a doce (12) UITs por supuesta demora en la subsanación de observaciones.

- La razón por la cual el Regulador reduce la penalidad, es porque retiró los días de penalidad que habían sido generados por la demora del Regulador y el Concedente.

- Finalmente, el 26 de febrero del 2016, el Concesionario presentó al Concedente por medio de la Carta No ML2-CARTA-2016-0370 (Anexo 5-Y) la Solicitud de Trato Directo No 6 sobre Invalidez de la aplicación de penalidades en el procedimiento de subsanación de observaciones del Estudios Definitivo de Ingeniería No 01A-01 PV21.

- El 8 de marzo del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 0892-2016-MTC/25 (Anexo 5-Z), por medio del cual se niega definitivamente a resolver la controversia en vía de Trato Directo.

23.11 **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL –EN RELACIÓN AL PV22.**

- El 4 de noviembre de 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-11-007 (Anexo 5-AA) presentó al Concedente con copia al Regulador el EDI No 01A-03 del Pozo de Ventilación 22-Obra Civil.

- El 14 de noviembre de 2014, el Regulador por medio del Oficio No 6316-2014-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AB) remite opinión al Concedente sobre el EDI presentado.

- El 21 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 028-2015-MTC/25 (Anexo 5-AC), por medio del cual se emiten fuera del plazo contractual las observaciones al EDI presentado. Recordemos que el Concedente tenía 10 días hábiles para pronunciarse.

- El 28 de enero del 2015, dentro del plazo contractualmente establecido en la cláusula 6.4, el Concesionario mediante Carta No ML2-CARTA-2015-0091 (Anexo 5-AD) remite al Concedente con copia al Regulador la subsanación de las observaciones emitidas en el Oficio No 028-2015-MTC/25.

- El 10 de febrero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0827-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AE) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 3 de marzo del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 641-2015-MTC/25 (Anexo 5-AF), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad a la cláusula 6.3 y 6.4 del Contrato de Concesión -una "segunda" emisión de observaciones del Concedente-.

- Si bien más adelante será desarrollado a detalle la conducta del Concedente, sobre este punto es preciso anotar que el Concedente no procedió con declarar no presentado el EDI remitido en su oportunidad ni tampoco nos intimó en mora ni identificó un incumplimiento contractual, sino que otorgó el plazo señalado por la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de subsanación de observaciones, el cual debe ser de diez (10) días según el Contrato (único plazo establecido), independientemente sea la primera o segunda observación.

- Es así que el 13 de marzo del 2015, es decir dentro de los 10 días otorgados por el Concedente, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0251 (Anexo 5-AG) remite al Concedente la subsanación a la "segunda" emisión de observaciones al EDI presentado.

- El 14 de abril del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 1082-2015-MTC/25 (Anexo 5-AH), por medio del cual se dan por subsanadas todas las observaciones al EDI presentado.

- Es recién el 27 de enero del 2016, es decir 9 meses después, que el Concesionario fue notificado con el Oficio del Regulador No 0062-

2016-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AI), por medio del cual se le aplicaba penalidad por supuesto incumplimiento en la subsanación de observaciones al EDI presentado.

- Es preciso anotar que recién en este momento el Concesionario toma conocimiento de su supuesto incumplimiento contractual, pues antes de ello no conocía que se encontraba en dicha situación.

- Es por ello que el 2 de febrero del 2016, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0191 (Anexo 5-AJ) presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual respecto a aquella penalidad interpuesta por medio del Oficio No 0062-2016-GSF-OSITRAN.

- No obstante, el 22 de febrero del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 057-16-GG-OSITRAN (Anexo 5-AK), por medio del cual el Regulador se pronuncia sobre la impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario a través de la Carta No ML2-CARTA-2015-0191. Al respecto, el Regulador declara fundada en parte la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, reformulando la penalidad de treinta y nueve (39) UITs a once (11) UITs por supuesta demora en la subsanación de observaciones.

- La razón por la cual el Regulador reduce la penalidad, es porque retiró los días de penalidad que habían sido generados por la demora del Regulador y el Concedente.

- Ante ello, el 24 de febrero del 2016, el Concesionario presentó al Concedente la Carta No ML2-SPV-CARTA-2016-0334 (Anexo 5-AL) de Solicitud de Trato Directo No 4 sobre invalidez de la aplicación de penalidades en el procedimiento de subsanación de observaciones del Estudios Definitivo de Ingeniería No 01A-03 PV22.

- Finalmente, el 4 de marzo del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 861-2016-MTC/25 (Anexo 5-ALL), por medio del cual se niega definitivamente a resolver la controversia en vía de Trato Directo.

23.12 **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL –EN RELACIÓN AL PV23.**

- El 23 de septiembre del 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-09-14-043 (Anexo 5-AM) presentó al Concedente con copia al Regulador el EDI No 01A-04 del Pozo de Ventilación 23-Obra Civil.

- El 17 de octubre del 2014, el Regulador por medio del Oficio No 5671-2014-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AN) remite opinión al Concedente sobre el EDI presentado. Es preciso señalar que esta opinión del Regulador es extemporánea, puesto que se emite fuera del plazo máximo previsto para la misma de diez (10) días hábiles que establece la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, el cual había vencido en fecha 7 de octubre del 2014.

- No obstante ello, el 7 de noviembre del 2014, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 2354-2014-MTC/25 (Anexo 5-AO), por medio del cual se emiten observaciones al EDI presentado, las cuales se dieron fuera del plazo máximo contractual de diez (10) días hábiles establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, el cual venció en fecha 22 de octubre del 2014.

- El 17 de noviembre del 2014, dentro del plazo contractualmente establecido en la cláusula 6.4, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-11-14-040 (Anexo 5-AP) remite al Concedente con copia al Regulador la subsanación de las observaciones emitidas en el Oficio No 2354-2014-MTC/25.

- El 1 de diciembre del 2014, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 6650-2014-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AQ) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 19 de diciembre del 2014, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 2785-2014-MTC/25 (Anexo 5-AR), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad con la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión – es decir, una "segunda" emisión de observaciones del Concedente-.

- Si bien más adelante será desarrollado a detalle la conducta del Concedente, sobre este punto es preciso anotar que el Concedente no procedió con declarar no presentado el EDI remitido en su oportunidad ni tampoco nos intimó en mora ni identificó un incumplimiento contractual, sino que otorgó el plazo señalado por la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de subsanación de observaciones, el cual debe ser de diez (10) días según el Contrato (único plazo establecido), independientemente sea la primera o segunda observación.

- El 29 de diciembre del 2014, es decir dentro de los 10 días otorgados por el Concedente, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-

CAR-12-14-086 (Anexo 5-AS) remite al Concedente la subsanación a la "segunda" emisión de observaciones al EDI presentado.

- No obstante, el 8 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0072-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AT) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 4 de febrero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 370-2015-MTC/25 (Anexo 5-AU), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad con las cláusulas 6.3 y 6.4 del Contrato de Concesión – es decir, una "tercera" emisión de observaciones del Concedente-, pero sin intimar en mora para aplicar una futura penalidad.

- Es así que el 16 de febrero del 2015, es decir dentro de los 10 días otorgados por el Concedente, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0169 (Anexo 5-AV) remite al Concedente la subsanación a la "tercera" emisión de observaciones al EDI presentado.

- Finalmente, el 6 de marzo del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 675-2015-MTC/25 (Anexo 5-AW), por medio del cual se dan por subsanadas todas las observaciones al EDI presentado.

- En fecha 29 de enero del 2016, es decir casi 11 meses después, el Concesionario fue notificado con el Oficio del Regulador No 0064-2016-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AX), por medio del cual se le aplicaba penalidad por supuesto incumplimiento en la subsanación de observaciones al EDI presentado.

- Es preciso anotar que recién en este momento el Concesionario toma conocimiento de su supuesto incumplimiento contractual, pues antes de ello no conocía que se encontraba en dicha situación.

- Es así que el 4 de febrero del 2016, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0212 (Anexo 5-AY) presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual respecto a aquella penalidad interpuesta por medio del Oficio No 0064-2016-GSF-OSITRAN.

- El 25 de febrero del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 063-16-GG-OSITRAN (Anexo 5-AZ), por medio del cual el Regulador se pronuncia sobre la impugnación de naturaleza

contractual presentada por el Concesionario a través de la Carta No ML2-CARTA-2015-0212. Al respecto, el Regulador declara fundada en parte la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, reformulando la penalidad de noventa y un (91) UITs a veintidós (22) UITs por supuesta demora en la subsanación de observaciones.

- La razón por la cual el Regulador reduce la penalidad, es porque retiró los días de penalidad que habían sido generados por la demora del Regulador y el Concedente.

- En virtud de ello, el 26 de febrero del 2016, el Concesionario presentó al Concedente por medio de la Carta No ML2-SPV-CARTA-2016-0371 (Anexo 5-AAA) la Solicitud de Trato Directo No 7 sobre Invalidez de la aplicación de penalidades en el procedimiento de subsanación de observaciones del Estudios Definitivo de Ingeniería No 01A-04 PV23.

- Finalmente, el 4 de marzo del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 0859-2016-MTC/25 (Anexo 5-AAB), por medio del cual se niega definitivamente a resolver la controversia en vía de Trato Directo.

23.13 **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL – EN RELACIÓN AL PV19Bis.**

- El 17 de diciembre del 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-12-14-041 (Anexo 5-AAC) presentó al Concedente con copia al Regulador el EDI Np 01B-02 del Pozo de Ventilación 19Bis-Obra Civil.

- El 5 de enero del 2015, el Regulador por medio del Oficio No 7372-2014-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAD) remite opinión al Concedente sobre el EDI presentado. El 22 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 167-2015-MTC/25 (Anexo 5-AAE), por medio del cual se emiten observaciones al EDI presentado.

- El 4 de febrero del 2015, dos (2) días luego del plazo de diez (10) días contractualmente establecidos en la cláusula 6.4, el Concesionario por medio de Carta No ML2-CARTA-2015-113 (Anexo 5-AAF) remite al Concedente con copia al Regulador la subsanación de las observaciones emitidas en el Oficio
No 167-2015-MTC/25.

- El 13 de febrero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0890-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAG) quien

emite opinión dirigida al Concedente, señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 18 de marzo del 2015 -12 días de vencido el plazo de 15 días hábiles-, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 833-2015-MTC/25 (Anexo AAH), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad con la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión. Es decir, constituye una "segunda" emisión de observaciones del Concedente, en la cual se otorga al Concesionario diez (10) días de plazo para que efectúe una segunda subsanación, en virtud de la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión.

- Si bien más adelante será desarrollado a detalle la conducta del Concedente, sobre este punto es preciso anotar que el Concedente no procedió con declarar no presentado el EDI remitido en su oportunidad ni tampoco nos intimó en mora ni identificó un incumplimiento contractual, sino que otorgó un plazo para levantarlas dentro de lo dispuesto por la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión.

- El 31 de marzo del 2015, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0331 (Anexo 5-AAI) remite al Concedente la subsanación a la "segunda" emisión de observaciones al EDI presentado según la instrucción contenida en el Oficio No 833-215-MTC/25.

- El 16 de abril del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0031-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAJ) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 25 de mayo del 2015 -18 días de vencido el plazo de 15 días hábiles-, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 1518-2015-MTC/25 (Anexo 5-AAK), por medio del cual el Concedente no hace suya la opinión del Regulador y da por subsanadas la totalidad de las observaciones al EDI presentado.

- El 1 de julio del 2016, luego de más de un año de aprobado el EDI 1B-02 – PV19Bis, el Concesionario fue notificado con el Oficio del Regulador No 308-2016-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAL), por medio del cual se le aplicaba penalidad por supuesto incumplimiento en la subsanación de observaciones al EDI presentado.

- Es preciso anotar que recién en este momento el Concesionario toma conocimiento de su supuesto incumplimiento contractual, pues antes de ello no conocía que se encontraba en dicha situación.

- El 13 de julio del 2016, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-SPV-CARTA-2016-1411 (Anexo 5-AALL) presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual respecto a aquella penalidad interpuesta por medio del Oficio No 308-2016-GSF-OSITRAN. La impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario solicitaba reformular la penalidad impuesta de quince (15) UITs a tres (3) UITs.

- El 5 de agosto del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 250-16-GG-OSITRAN (Anexo 5-AAM), por medio del cual el Regulador se pronuncia sobre la impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario a través de carta No ML2-SPV-CARTA-2016-1411. Al respecto, el Regulador declara infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, confirmando la penalidad de quince (15) UITs por supuesta demora en la subsanación de observaciones.

- Es así que mediante Carta ML2-SPV-CARTA-2016-1592 de fecha 9 de agosto de 2016 (Anexo 5-AAN), se procedió con solicitar al Concedente el Trato Directo No 14, a fin de resolver la controversia antes descrita.

- No obstante, mediante Oficio No 3543-2016-MTC/25 de fecha 6 de setiembre de 2016 (Anexo 5-AAO), el Concedente no acepta la solicitud de trato directo, pues consideran que la materia controvertida (penalidades) es no arbitrable.

23.14 **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL – EN RELACIÓN AL PV24.**

- El 26 de noviembre del 2014, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CAR-11-14-082 (Anexo 5-AAP) presentó al Concedente con copia al Regulador el EDI No 01B-03 del Pozo de Ventilación 24-Obra Civil.

- El 10 de diciembre del 2014, el Regulador por medio del Oficio No 6872-2014-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAQ) remite opinión al Concedente sobre el EDI presentado.

- El 6 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 2870-2014-MTC/25 (Anexo 5-AAR), por medio del cual se emiten observaciones al EDI presentado, las cuales se dieron fuera del plazo máximo contractual de diez (10) días hábiles establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, el cual ya había vencido el 29 de diciembre del 2014.

- El 16 de enero del 2015, dentro del plazo de diez (10) días contractualmente establecido en la cláusula 6.4, el Concesionario por medio de Carta No ML2-CARTA-2015-0050 (Anexo 5-AAS) remite al Concedente con copia al Regulador la subsanación de las observaciones emitidas en el Oficio No 2870-2014-MTC/25.

- El 30 de enero del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 0583-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAT) quien emite opinión dirigida al Concedente, señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 9 de marzo del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 715-2014-MTC/25 (Anexo 5-AAU), por medio del cual se comunica la existencia de observaciones al EDI presentado, solicitando la subsanación de las mismas de conformidad con la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión. Es decir, se constituye una "segunda" emisión de observaciones del Concedente, en la cual se otorga al Concesionario diez (10) días adicionales de plazo para que efectúe una nueva subsanación.

- Si bien más adelante será desarrollado a detalle la conducta del Concedente, sobre este punto es preciso anotar que el Concedente no procedió con declarar no presentado el EDI remitido en su oportunidad ni tampoco nos intimó en mora ni identificó un incumplimiento contractual, sino que otorgó el plazo señalado por la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de subsanación de observaciones, el cual debe ser de diez (10) días según el Contrato (único plazo establecido), independientemente sea la primera o segunda observación.

- El 23 de marzo del 2015, el Concesionario por medio de la Carta No ML2-CARTA-2015-0288 (Anexo 5-AAV) remite al Concedente la subsanación a la "segunda" emisión de observaciones al EDI presentado.

- El 6 de abril del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 1955-2015-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAW) quien emite opinión al Concedente señalando que aún existen observaciones en el EDI presentado.

- El 21 de abril del 2015, el Concesionario es notificado con el Oficio del Concedente No 1148-2015-MTC/25 (Anexo 5-AAX), por medio del cual se dan por subsanadas todas las observaciones al EDI presentado.

- El 23 de junio del 2016, luego de más de un año de aprobado el EDI 1B-03 – PV24, el Concesionario fue notificado con el Oficio del Regulador No 287-2016-GSF-OSITRAN (Anexo 5-AAY), por medio del cual se le aplicaba penalidad por supuesto incumplimiento en la subsanación de observaciones al EDI presentado.

- Es preciso anotar que recién en este momento el Concesionario toma conocimiento de su supuesto incumplimiento contractual, pues antes de ello no conocía que se encontraba en dicha situación.

- El 7 de julio del 2016, el Concesionario por medio de Carta No ML2-SPV-CARTA-2016-1355 (Anexo 5-AAZ) presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual respecto a aquella penalidad interpuesta por medio del Oficio No 287-2016-GSF-OSITRAN.

- La impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario solicitaba reformular la penalidad impuesta de quince (15) UITs a cuatro (4) UITs.

- El 27 de julio del 2016, el Concesionario es notificado con el Oficio del Regulador No 238-16-GG-OSITRAN (Anexo 5-AAAA), por medio del cual el Regulador se pronuncia sobre la impugnación de naturaleza contractual presentada por el Concesionario a través de Carta ML2-SPV-CARTA-2016-1355. Al respecto, el Regulador declara infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, confirmando la penalidad de quince (15) UITs por supuesta demora en la subsanación de observaciones.

- Es así que mediante Carta ML2-SPV-CARTA-2016-1560 de fecha 4 de agosto de 2016 (Anexo 5-AAAB), se procedió con solicitar al Concedente el Trato Directo No 12, a fin de resolver la controversia antes descrita.

- No obstante, mediante Oficio No 3511-2016-MTC/25 de fecha 7 de setiembre de 2016 (Anexo 5-AAAC), el Concedente no acepta la solicitud de trato directo, pues consideran que la materia controvertida (penalidades) es no arbitrable.

23.15 **MATERIA CONTROVERTIDA: ¿SE CUMPLIÓ CON EL SUPUESTO DE HECHO DE LA PENALIDAD?**

- El Contrato de Concesión ha previsto en su Anexo No 10 las Penalidades referidas a la ejecución de las Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha, dentro de las cuales se incluye aquella respecto al "atraso en la subsanación de observaciones al Estudio

Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión":

*"**Tabla Nº 2: Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha***

Monto en UIT	***Descripción de penalidad***	***Criterio de Aplicación***
1 UIT	*Atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecidos en el Contrato.*	*Cada día*

(...)"

- Sobre este punto, sostiene que el supuesto de hecho que la referida penalidad sanciona como incumplimiento es el atraso en la presentación de la subsanación de observaciones al EDI dentro del plazo de diez (10) días calendario establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión (única ronda).

- Indica que para poder entender con precisión cual es el supuesto de hecho penalizado, se debe identificar previamente cuál es la conducta que el Contrato busca prevenir o desincentivar mediante la penalidad.

- Esa es la lógica de las penalidades: Identificar una conducta o un supuesto de hecho no deseado imputable a una parte y en caso este ocurra, aplicar, de acuerdo con los mecanismos y requisitos contractuales y legales correspondientes, una penalidad económica que en cierta forma resarza los efectos dañosos del incumplimiento, desincentivando a su vez la conducta de la parte infractora.

- En este contexto, la conducta que resulta objetivamente imputable a efectos de aplicar la penalidad por "*atraso en la subsanación de observaciones al EDI dentro de plazo máximo establecido en el Contrato (10 días)*", es el hecho de ***no cumplir, en el plazo establecido de diez (10) días,*** con ***presentar*** la absolución de observaciones en forma y contenido dentro del plazo indicado (única ronda).

- Tampoco podría ser en estricto un hecho imputable al Concesionario, por ejemplo, si el Concedente considera que necesita mayores precisiones sobre alguna absolución específica, pues este es un criterio subjetivo y particular del Concedente que está fuera de la esfera de control o actuación del Concesionario.

- Así, si resulta que el Concedente solicita aclaraciones y/o precisiones en algún(os) punto(s) de la subsanación de observaciones realizada por el Concesionario y le otorga un nuevo plazo contractual de diez (10) días para realizar estas aclaraciones o precisiones, esta situación no constituiría el supuesto de hecho penalizable y, en tanto el Concesionario cumpla con atender el referido pedido de aclaraciones y/o precisiones del Concedente dentro del plazo adicional otorgado para ello (10 días), no debería ser pasible de la imposición de penalidades, pues en estricto el Concesionario habría cumplido con el procedimiento y los plazos indicados por propio Concedente. En otras palabras, el Concesionario habría sido diligente en el cumplimiento del procedimiento y plazos y no habría incurrido en la conducta imputable específicamente penalizada.

- De acuerdo a ello y en cuanto el Concesionario haya cumplido con los plazos otorgados por el Concedente para presentar la subsanación a las observaciones formuladas (o los pedidos de aclaraciones/precisiones subsecuentes), no habrá incurrido en el supuesto de hecho penalizado y por tanto, las penalidades impuestas como en los casos analizados serán improcedentes.

- Es preciso señalar que el Regulador señala también en los Informes No 010-2016-GAJ-OSITRAN (PV20), No 013-2016-GAJ-OSITRAN (PV22), No 015-2016-GAJ-OSITRAN (PV21), No 016-2016-GAJ-OSITRAN (PV23), No 072-2016-GAJ-OSITRAN (PV19Bis) y No 063-2016-GAJ-OSITRAN (PV24) lo siguiente:

  > *"En virtud de lo expuesto, se aprecia que el incumplimiento contractual materia de penalidad, se configuró debido a que el Concesionario no cumplió con subsanar las observaciones al EDI dentro del plazo máximo de diez (10) días calendario establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, dado que el Concedente reiteró la subsanación de tales observaciones, generando una dilación en la aprobación del indicado EDI."*

- Sobre lo señalado por el Regulador, el METRO manifiesta que, recibidas las observaciones, el Concesionario tiene un plazo de diez (10) días para presentar la respectiva subsanación según la cláusula

6.4 del Contrato de Concesión. Cabe recalcar que el hecho que el Concedente no esté de acuerdo con el sustento o argumentación presentados por el Concesionario para subsanar las observaciones efectuadas, no califica como un supuesto penalizable, pues en estricto el Concesionario habría cumplido con su obligación de presentar la subsanación sustentada de la observación cumpliendo la instrucción específica del Concedente.

- En este orden de ideas, agrega el METRO que el plazo "adicional" otorgado por el Concedente de modo unilateral al Concesionario para presentar una "segunda" o "tercera" subsanación de observaciones, no puede determinar la aplicación de penalidades, menos aún si no los habían constituido en mora, ni fue imputado en su momento un incumplimiento específico.

- Ahora bien, en el supuesto negado que el Concesionario hubiera incurrido en un incumplimiento contractual, se deberá entender que el Concedente optó, en uso de sus facultades, por la aplicación de lo dispuesto en la cláusula 17.13 del Contrato de Concesión - según recomendación del Regulador, tal como se aprecia en los Oficios No 635-2014/MTC/25 (PV20); No 641-2015-MTC/25 (PV22); No 290-2015-MTC/25 (PV21); y No 2354-2014-MTC/25 (PV23) y No 370-2015-MTC/25 (PV23), es decir, decidió otorgarle plazos adicionales para la subsanación de las observaciones formuladas, lo que implica que el Concesionario se encontraba en una situación de cumplimiento del contrato. Así, durante las sucesivas rondas de subsanación de observaciones el Concesionario cumplió diligentemente con los plazos previstos en el Contrato, razón por la cual no puede imputársele en ningún caso un incumplimiento y, en consecuencia, no corresponden penalidades u otras eventuales sanciones.

- Sostiene que el otorgamiento de un plazo para el cumplimiento de una obligación no puede legal ni contractualmente ser asimilada a un incumplimiento ni a una "imputación de incumplimiento". Por el contrario, es absolutamente lógico concluir que el "deudor" de la subsanación de observaciones -es decir el Concesionario- no se encontraba en incumplimiento al contar con un plazo adicional expresamente otorgado por el Concedente, que no suponía la aplicación de penalidades, sino una extensión del plazo de cumplimiento como lo señala el Regulador en el numeral 13 del Informe No 007-2016-GSF-OSITRAN.

- Indica que en el presente caso, el Regulador, en los Oficios No 0719-2015-GSF-OSITRAN (PV20); No 0827-2015-GSF-OSITRAN (PV22); No 0049-2015-GSF-OSITRAN (PV21); y No 5671-2014-GSF-

OSITRAN (PV23) y No 6650-2014-GSF-OSITRAN (PV23), optó expresamente por indicar el mecanismo de subsanación respecto a las observaciones identificadas en el mismo, sin imputar un incumplimiento ni la aplicación de multa alguna, configurando el supuesto establecido en la cláusula 17.13 del Contrato de Concesión. Esta recomendación del Regulador fue tomada por el Concedente en los Oficios No 635-2014/MTC/25 (PV20); No 641-2015-MTC/25 (PV22); No 290-2015-MTC/25 (PV21); No 2354-2014-MTC/25 (PV23); No 370-2015-MTC/25 (PV23):

*"**Penalidades Contractuales***

(...)

*17.13. En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, **el Regulador** comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e **indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes** y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10."* (El resaltado es nuestro)

- Manifiesta que jurídicamente, en el presente caso estamos ante el supuesto en que el "acreedor" -el Concedente- **ha optado por no constituir en mora[9] al deudor** sino por concederle de manera expresa un plazo adicional.

- Sin perjuicio de ello y en el negado caso que el Concesionario hubiese incumplido con la obligación de subsanar dentro de los plazos aplicables, para que el Concedente pudiese haber aplicado una penalidad, **tenía que haberle exigido expresamente el cumplimiento de su obligación, constituyendo en mora al Concesionario, imputando de manera expresa la existencia de un incumplimiento en ese momento** y adicionalmente dejado constancia de su intención de penalizarlo de manera expresa y fundamentada en las comunicaciones que remitió al Concesionario. Es decir, los efectos contractuales y jurídicos del otorgamiento del plazo adicional aún en este supuesto negado, implicarían que el Concedente ha "cesado" la mora y por tanto, eliminado los potenciales efectos de la misma, por lo cual no corresponde la aplicación de penalidades contractuales.

[9] La constitución en mora es un requisito legal para que surtan los efectos de la misma como lo establece el artículo 1333° del Código Civil.

- En tal sentido, no puede atribuirse como incumplimiento en el plazo al Concesionario, más aún cuando se le otorgó un plazo adicional, el cual justamente tuvo el efecto de evitar que el Concesionario incurriera en incumplimiento en la subsanación de observaciones.

- Es preciso señalar que el Regulador, en todos los Oficios mediante los cuales imponen las penalidades señala lo siguiente:

  "(...) Cabe notar, que, en caso el Concesionario hubiera considerado que las observaciones a su EDI habían sido levantadas con su comunicación, y que, por tanto, no correspondía que el Concedente reitere dichas observaciones, este tenía la posibilidad de solicitar un peritaje técnico según la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, situación que no se produjo (...)"

- Al respecto, debemos corregir la interpretación que hace el Regulador de la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, ya que la misma establece la posibilidad que las Partes lleguen a un acuerdo respecto de la observación formulada. En el presente caso, el acuerdo fue posible al haberse otorgado al Concesionario un plazo adicional para la presentación de mayor información que le permitió subsanar, a satisfacción del Concedente, las observaciones formuladas en el "segundo y tercer ciclo" de observaciones, y así no llegar a un peritaje técnico según la cláusula 6.5 del Contrato:

  "6.5. En los supuestos previstos en la Cláusula 6.4 precedente, ***si el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE no llegaran a un acuerdo respecto de la subsanación de las observaciones efectuadas al EDI****, cualquiera de las Partes antes mencionadas podrá solicitar que la controversia sea dirimida por peritaje técnico.*

  (...)" (El resaltado es del METRO)

- Indica que el mecanismo del peritaje técnico como bien lo señala la cláusula citada, siendo facultativo, responde a la falta de acuerdo entre las Partes. Este supuesto se cumple cuando existe un pronunciamiento definitivo por parte del Concedente rechazando el EDI presentado -en estricto luego de la primera subsanación de observaciones presentada-, ante lo cual el Concesionario al tener una decisión firme del Concedente se ve habilitado para acudir al peritaje técnico a fin de hacer valer sus derechos.

- A su vez, es importante notar que, de acuerdo a lo interpretado por el Regulador, si el Concedente consideraba 'insuficiente' la "primera" subsanación presentada por el Concesionario, podía también solicitar

que esta situación sea dirimida por un peritaje técnico y no extender el plazo de cumplimiento en diez días adicionales, instruyendo al Concesionario a presentar una "segunda" y hasta "tercera" subsanación de observaciones como lo hizo en sus respectivos Oficios.

- De acuerdo a lo expuesto, es lógico y razonable concluir que el Concesionario no sería pasible de penalidad en tanto cumpla con presentar la subsanación de todos los puntos observados dentro del plazo máximo otorgado para ello.

- Adicionalmente, ante la necesidad de una "segunda" (y/o "tercera") subsanación a criterio del Concedente, es posible y razonable también que éste haciendo uso de sus facultades, otorgue un plazo adicional al Concesionario para que presente mayores elementos de juicio que permitan subsanar la observación, postergando el rechazo del EDI o la convocatoria al perito y privilegiando el objetivo del procedimiento, esto es, la aprobación oportuna del EDI.

- Concluye que, durante el proceso de subsanación de observaciones, no existió por parte del Regulador o del Concedente intimación alguna al Concesionario ni siquiera una imputación específica de incumplimiento. Por el contrario, se logró la aprobación del EDI sin que medie incumplimiento alguno de la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión. Es decir, las partes actuaron en todo momento de buena fe, teniendo en cuenta la aprobación oportuna del EDI de acuerdo con los requerimientos previstos en el Contrato y sus Anexos.

- Finalmente, señala que el Regulador y el Concedente han incumplido con los plazos máximos establecidos en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión para la emisión de opinión y pronunciamiento correspondiente respecto al EDI presentado, esto es en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibida la opinión del Regulador, sin embargo, tanto el Regulador como el Concedente incumplieron dicho plazo máximo como se ha detallado en los fundamentos de hecho.

24. Breve resumen de los fundamentos esenciales del MTC a lo largo del arbitraje

24.1 En relación con la improcedencia de la demanda:

El Concesionario fundamenta su demanda en que las penalidades contractuales impuestas por el OSITRAN son de naturaleza civil y no administrativa, motivo por el cual, las controversias que surjan en relación a

su aplicación deben someterse al mecanismo de Solución de controversias establecido en el numeral 16.2 de la sección XVI del Contrato de Concesión. Dicha posición ha sido desestimada de manera reiterada por OSITRAN en informes anteriores, pues el ejercicio de su función supervisora le permite aplicar penalidades de conformidad con el procedimiento previste en el Contrato de Concesión, las mismas que se materializan a través de actos administrativos que producen efectos contractuales, en tal sentido, el Concesionario carece del derecho de iniciar un proceso arbitral para discutir algún asunto basado en materia no disponibles, que por ende no es arbitrable.

Sobre el particular, la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión establece que el Concesionario podrá impugnar la aplicación de penalidades contractuales del OSITRAN, señalando expresamente que el pronunciamiento que se emita respecto a tal impugnación "*tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO*". Es decir, el propio Contrato de Concesión, que es de pleno conocimiento y que ha sido suscrito de común acuerdo entre el Concesionario y el Concedente, ha excluido la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento del OSITRAN respecto a la impugnación de penalidades, pues – contractualmente se prevé la posibilidad de plantear impugnación en la vía administrativa; por lo que, el Concesionario no puede desconocer lo estipulado en el Contrato de Concesión.

El carácter definitivo y no sujeto a reclamación en la vía arbitral, del pronunciamiento emitido por OSITRAN por el cual aplica penalidades a los Concesionarios, ha sido reconocido en el Caso Arbitral 2979-2014-CCL (APM TERMINALS S.A vs Ministerio de Transportes y Comunicaciones).

En relación con la intimación en mora al Concesionario para la aplicación de penalidad

En su demanda Arbitral, el Concesionario alega que, para la aplicación de penalidades contractuales, el Organismo Regulador debió constituirlo en mora y dejar constancia de dicha intención de manera expresa y determinada dado que el Contrato de Concesión no ha establecido el régimen de mora automática para la aplicación de penalidades.

Al respecto, cabe indicar que el procedimiento de aplicación de penalidades contractuales establecido desde la cláusula 17.12 a la 17.16 del Contrato de Concesión dispone lo siguiente:

Penalidades Contractuales

17.12. El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. El CONCESIONARIO no estará exento de responsabilidad aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con el Constructor, Proveedor de Material Rodante, Operador o Asesor Técnico en Operación, de ser el caso, otros contratistas o sub contratistas o terceras personas.

17.13. En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10.

17.14. El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el Regulador, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación.

El Regulador contará con un plazo máximo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el Regulador no emita pronunciamiento alguno, se entenderá por denegada la impugnación presentada. La decisión del Regulador tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO.

17.15. El monto de las penalidades será abonado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE a la cuenta de RPMO del Fideicomiso, en el plazo de diez (10) Días contados a partir del día siguiente de la notificación que reciba por parte del Regulador.

El plazo para el abono de las penalidades a que se refiere la presente Cláusula será suspendido ante la impugnación de la penalidad por el CONCESIONARIO, reiniciándose el cómputo de dicho plazo en caso se confirme su imposición por el Regulador.

17.16. En caso que el CONCESIONARIO incumpla con pagar dichas penalidades dentro del plazo mencionado, el CONCEDENTE podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, hasta el monto al que ascienda la penalidad impuesta, debiendo el CONCESIONARIO restituir la misma, de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 11.3.5.

17.17. El pago de las penalidades aplicables no podrá ser considerado como una afectación al flujo financiero de la Concesión y tampoco se podrá invocar por ello la ruptura del equilibrio económico-financiero.

Según ello, para que OSITRAN pueda emitir el pronunciamiento que le permita aplicar el mecanismo contractual de penalidades pactado en el Contrato de Concesión, debe cumplir con determinar primero el incumplimiento contractual y luego aplicar la penalidad. En efecto, la labor de determinación supone que el OSITRAN deba verificar el incumplimiento de una obligación de cargo del Concesionario que haya sido tipificada por el Contrato de concesión como pasible de la aplicación de una penalidad, y

luego calcular el monto de la penalidad a aplicar sobre la base de las pautas previstas contractualmente para dichos efectos.

Es en ese marco que, dado que el OSITRAN verificó que se produjo el supuesto de hecho pasible de penalidad, esto es el incumplimiento del Concesionario en subsanar las observaciones dentro del plazo máximo de diez (10) días calendario, se tiene que la penalidad al Concesionario fue correctamente impuesta. Señala el MTC que el Concesionario no ha cuestionado la reiteración de las observaciones formuladas al EDI PV20, EDI PV21, EDI PV22, EDI PV23, EDI PV24 y EDI PV19Bis, por parte del Concedente; sino que se limita a indicar que no se le habría constituido en mora – condición necesaria de acuerdo a su posición – para aplicar la penalidad.

En efecto, si bien el Concesionario señala que es necesario constituirlo en mora para que se impute la existencia de un incumplimiento y por ende se aplique una penalidad, cabe tener presente que, en concordancia con la función supervisora del OSITRAN, la cláusula 17.3 del contrato de Concesión dispone lo siguiente: *"En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, el Regulador podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de la sanciones y/o penalidades que correspondan"*.

De lo expuesto textualmente en dicha cláusula contractual queda claro que en aquellos casos en que el OSITRAN verifique y determine el incumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario, se encuentra habilitado no solo a establecer los mecanismos de subsanación que corresponda realizar al Concesionario, sino también a aplicar inmediatamente las penalidades que resulten pertinentes, lo cual evidencia que la intención de las partes fue pactar que frente a la imputación y verificación del incumplimiento procede la aplicación de penalidades, sin necesidad de intimación en mora previa y por escrito. Esta habilitación para aplicar inmediatamente las penalidades del Contrato de Concesión se realiza al margen e independientemente del requerimiento para que el Concesionario proceda a subsanar, hacia futuro, el incumplimiento detectado. La única exigencia impuesta al Regulador consiste, como se ha indicado anteriormente, en acreditar el incumplimiento imputado como condición para aplicar las penalidades; situación que se ha demostrado en cada uno de los casos referidos a los EDI materia de la Demanda Arbitral.

24.2 En relación con el supuesto de hecho materia de penalidad al Concesionario

Sobre el particular, cabe indicar que el incumplimiento que dio origen a la aplicación de las penalidades impuestas al Concesionario mediante Oficios No 015-16-GSF-OSITRAN, No 061-16-GSF-OSITRAN, No 062-16-GSF-OSITRAN, No 064-16-GSF-OSITRAN, No 287-16-GSF-OSITRAN y No 308-16-GSF-OSITRAN, se tiene que las mismas se sustentan en el atraso del Concesionario en la subsanación de observaciones a los EDI PV20, EDI PV21, EDI PV22, EDI PVI1 EDI PV24 y EDI PV19Bis respectivamente, por más de diez (10) días calendario, en contravención con lo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión. Asimismo, mediante Oficios N°046-16-GG-OSITRAN (Informe No 10-16-GAJ-OSITRAN), No 061-16-GG-OSITRAN (Informe No 15-16-gaj-ositran), N°057-16-GG-OSITRAN (Informe No13-16-GAJ-OSITRAN), No 063-16-GG-OSITRAN (Informe No 16-16-GAJ-OSITRAN). No238-16-GG-OSITRAN (Informe No 068-2016-GAJ-OSITRAN) Y Oficio No 250-16-GG-OSITRAN (Informe No 072-16-GAJ-OSITRAN), OSITRAN resolvió las impugnaciones del Concesionario, ratificando que las penalidades fueron correctamente aplicadas.

Asimismo, se advierte que el supuesto de hecho, que dio lugar en todos los casos a la aplicación de penalidades al Concesionario por el atraso de la subsanación de observaciones (consecuencia jurídica) se deriva de lo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de aprobación de los EDIs, que indica:

"6.4

(...)

Procedimiento para la aprobación del EDI de material Rodante o

*El **Regulador emitirá su opinión sobre la materia disponiendo de un plazo máximo de diez (10) Días de recibido el EDI** correspondiente, la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE para su evaluación, con copia al CONCESIONARIO para conocimiento.*

***El CONCEDENTE dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días, a partir de recibida la opinión del Regulador o de vencido el plazo para emitirla, para aprobarlo o para emitir las observaciones correspondientes**, indicando las Especificaciones Técnicas Básicas y/o la cláusula contractual y/o la norma incumplida. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá denegado el EDI presentado.*

***En caso existan observaciones formuladas por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días Calendario para subsanarlas, contados desde la fecha de recepción de dichas observaciones**. La subsanación deberá ser remitida tanto al CONCEDENTE como al Regulador. El Regulador contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su opinión la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE, quien deberá pronunciarse en un plazo no mayor de diez (10) Días. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el EDI presentado, se entenderá por denegado.*

***El atraso en la entrega y/o en la subsanación de observaciones al respectivo EDI dentro de los plazos máximos establecidos en la presente Cláusula, dará lugar a la aplicación de penalidades, conforme a lo previsto en el Anexo 10 del presente Contrato**.*

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar el EDI al CONCEDENTE, con copia al Regulador con la debida anticipación considerando los plazos establecidos para la aprobación y subsanación de observaciones.". (El resaltado es nuestro)

del (los) EDI(s) de Obras del Tramo 5

Como se puede notar, la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión establece expresamente que en caso el Concedente formule observaciones al EDI presentado por el Concesionario y que éste no cumpla con subsanar la totalidad de las mismas dentro del plazo de diez (10) días hábiles (supuesto de hecho), corresponderá al Regulador — facultado según la cláusula 17.12 del Contrato de Concesión -, aplicar las penalidades establecidas en el Anexo 10 por el "atraso en la subsanación de observaciones al EDI".

En ese sentido, resulta claro que el Regulador al verificar la ocurrencia del supuesto de hecho establecido en la cláusula 6.4 del Contrato, el cual consiste en el atraso en la subsanación de observaciones al EDI, y no como erróneamente señala el Concesionario, el hecho de no cumplir con presentar la absolución de observaciones dentro del plazo de diez (10) días calendario, aplicó la consecuencia jurídica establecida en dicha cláusula, esto es, la penalidad al Concesionario por el atraso en la subsanación de las observaciones de los EDIs.

En consecuencia, concluye señalando que las penalidades impuestas al Concesionario mediante los Oficios No 015-16-GSF-OSITRAN, No 061-16-GSF-OSITRAN, No 062-16-GSF-OSITRAN, No 064-16-GSF-OSITRAN, No 287-16-GSF-OSITRAN y No 308-16-GSF-OSITRAN, y que se sustentan en el atraso del Concesionario en la subsanación de observaciones a los EDI PV20, EDI PV21, EDI PV22, EDI PVI1 EDI PV24 y EDI PV19Bis, respectivamente, por más de diez (10) días calendario, en contravención a lo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión; así como los Oficios No 046-16-GG-OSITRAN (Informe No 10-16-GAJ-OSITRAN), No 061-16-GG-OSITRAN (Informe No 15-16-GAJ-OSITRAN), N°057-16-GG-OSITRAN (Informe No 13-16-GAJ-OSITRAN), No 063-16-GG-OSITRAN (Informe No 16-16-GAJ-OSITRAN). No238-16-GG-OSITRAN (Informe No 068-2016-GAJ-OSITRAN) Y Oficio No 250-16-GG-OSITRAN (Informe No 072-16-GAJ-OSITRAN), que resolvieron las impugnaciones y ratificando las penalidades, se han emitido conforme a lo pactado por las partes en el Contrato de Concesión.

Finalmente es de indicar que, al momento de presentar sus alegaciones escritas, el MTC ha señalado que OSITRAN se encontraba facultado directamente a aplicar las penalidades al Concesionario, por lo que, nos encontramos ante el supuesto de mora automática, previsto en el numeral 1 del artículo 1333° del Código Civil. Y ante la verificación del incumplimiento, el Regulador OSITRAN aplicó correctamente la penalidad establecida en el Anexo 10 del Contrato de Concesión.

25. **Breve resumen de los fundamentos esenciales de OSITRAN a lo largo del arbitraje**

Sostiene que no resultaba necesario constituir en mora al METRO a efecto de aplicar las penalidades.

Para ello el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta el mecanismo establecido en torno a la aplicación de las penalidades por parte de OSITRAN, el mismo que se encuentra regulado en las cláusulas 17.12 a 17.17 del Contrato de Concesión, y que se puede esquematizar de la siguiente manera:

- El Regulador (esto es, OSITRAN) se encuentra facultado para aplicar las penalidades establecidas en el Contrato.

- En caso de incumplimiento del Concesionario de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al Concedente y al Concesionario del incumplimiento e indicará los mecanismos de subsanación y los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contendías en el Anexo 10 del Contrato.

- El Concesionario podrá impugnar la imposición de la penalidad ante el Regulador (esto es, OSITRAN) en un plazo máximo de diez días.

- El Regulador contará con un plazo de quince días para emitir su pronunciamiento. En caso el Regulador no se haya pronunciado en dicho plazo, se entenderá por denegada la impugnación. La decisión del Regulador tendrá carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del Concesionario.

- El pago de la penalidad será abonado por el Concesionario al Concedente a la cuenta RPMO del Fideicomiso, en el plazo de diez días contados a partir del día siguiente de la notificación que reciba por parte del Regulador.

- En caso el Concesionario incumpla con pagar dichas penalidades dentro del plazo, el Concedente podrá ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del Contrato de Concesión, hasta el monto al que ascienda la penalidad impuesta.

Sostiene por tanto que el mecanismo planteado por el propio Contrato no importa ni exige que se intime en mora al Concesionario, a efectos de imponer el pago de alguna penalidad.

La intimación en mora se da en un ámbito estrictamente civil, y no en un caso como el que es materia del arbitraje. De hecho, la cláusula 17.13 del Contrato claramente estipula que:

> *"En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del concesionario, el Regulador podrá exigir las subsanaciones necesarias,* ***sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y/o penalidades que correspondan****". (El subrayado y la negrita son de OSITRAN).*

Sostiene por ende que el propio Contrato no exige intimación alguna en mora para aplicar las penalidades, razón por la cual todo el razonamiento esbozado por Metro de Lima, en lo referido a cuestionar la imposición de las penalidades por la falta de intimación en mora, resulta equivocado y carece de sustento legal.

La lectura del Contrato, en ese sentido, debe ser literal y no cabe imponer conductas adicionales (como intimar en mora) a hechos tan claros como los que han ocurrido.

En este punto, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que en ningún momento el Concesionario se encarga de justificar o desvirtuar responsabilidad alguna en torno al retraso en el que ha incurrido.

Solicita al Tribunal Arbitral que analice con sumo cuidado los diversos documentos que OSITRAN ha emitido al momento de imponer las penalidades (los mismos que han sido aportados por las partes a este proceso), y es que en caso el Tribunal decida que las penalidades sí son materia arbitrable (tesis que no comparte por las consideraciones ya expuestas), lo que no debería hacer es sostener que las penalidades han sido impuestas de manera equivocada y errónea.

Manifiesta que, en ese sentido, debe tenerse muy en cuenta el tenor de los siguientes Oficios, a través de los cuales se imponen las penalidades:

- Oficio n.° 015-16-GSF-OSITRAN.
- Oficio n.° 061-16-GSF-OSITRAN.
- Oficio n.° 062-16-GSF-OSITRAN.
- Oficio n.° 064-16-GSF-OSITRAN.
- Oficio n.° 287-16-GSF-OSITRAN.

- Oficio n.º 308-16-GSF-OSITRAN.

Finalmente, manifiesta que el Tribunal deberá también analizar, en detalle, el contenido de los siguientes oficios, a los que se adjuntan Informes que resolvieron las impugnaciones realizadas por el Concesionario a las penalidades ya impuestas, y que resultan de gran valía para entender por qué es que se impusieron las penalidades que hoy, de manera errada, se cuestionan en esta vía:

- Oficio n.º 046-16-GG-OSITRAN (Informe n.º 10-16-GAJ-OSITRAN).
- Oficio n.º 061-16-GG-OSITRAN (Informe n.º 15-16-GAJ-OSITRAN).
- Oficio n.º 057-16-GG-OSITRAN (Informe n.º 13-16-GAJ-OSITRAN).
- Oficio n.º 063-16-GG-OSITRAN (Informe n.º 16-16-GAJ-OSITRAN).
- Oficio n.º 238-16-GG-OSITRAN (Informe n.º 068-16-GAJ-OSITRAN).
- Oficio n.º 250-16-GG-OSITRAN (Informe n.º 072-16-GAJ-OSITRAN).

Finalmente, al momento de presentar sus alegaciones escritas ha manifestado que el hecho de que el METRO pretenda alegar que no se le "intimó en mora" (término no previsto en el Contrato) y que, por ello, nunca supo de su incumplimiento, implicaría desconocer el contenido del propio Contrato que fue aceptado por el Demandante al suscribirlo, lo cual resulta inválido. Sostiene que el régimen legal peruano en ningún momento establece una formalidad para la existencia de la intimación en mora. Indica OSITRAN que, de modo alguno se puede entender la existencia de la exigencia de intimar en mora en los términos que expone el Demandante. Sin embargo, sí resulta alarmante que no se tenga en claro que la observación, por sí misma, constituye esa intimación a la que hace referencia el Demandante y que sus ojos no quieren ver ni entender como un claro supuesto de intimación en mora por incumplimiento. En ese sentido, y en relación a la intimación, queremos señalar que ni el Contrato ni la ley exige la intimación en mora en los términos que exige el Demandante, pero ello no implica, en modo alguno, que no haya existido una intimación para cumplir, y en nuestro caso esa intimación está representada por la observación que se ha realizado a los EDIs.

Por el contrario, desde el momento en que el Demandante tomó conocimiento de las observaciones del MTC y del requerimiento de su subsanación, el Concesionario sabía que estaba en incumplimiento, ya que de lo contrario el EDI no habría sino observado sino aprobado por el MTC.

26. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

26.1 El Tribunal advierte que la discusión se centra en determinar si corresponde o no la aplicación de las penalidades que se impusieron al METRO por el

"atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecido en el contrato".

26.2 En este sentido, se aprecia que el Contrato de Concesión ha previsto en su Anexo No 10 las Penalidades referidas a la ejecución de las Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha, dentro de las cuales se incluye:

*"**Tabla N° 2: Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha***

Monto en UIT	***Descripción de penalidad***	***Criterio de Aplicación***
1 UIT	*Atraso en la subsanación de observaciones al Estudio Definitivo de Ingeniería dentro del plazo máximo establecidos en el Contrato.*	*Cada día*

(...)"

A efecto de poder comprender la aplicación de dicha penalidad, resulta relevante tener presente lo indicado en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión respecto al procedimiento de aprobación de los EDIs, que indica:

"6.4(...)

Procedimiento para la aprobación del EDI de material Rodante o del (los) EDI(s) de Obras del Tramo 5

*El **Regulador emitirá su opinión sobre la materia disponiendo de un plazo máximo de diez (10) Días de recibido el EDI** correspondiente, la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE para su evaluación, con copia al CONCESIONARIO para conocimiento.*

***El CONCEDENTE dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días, a partir de recibida la opinión del Regulador o de vencido el plazo para emitirla, para aprobarlo o para emitir las observaciones correspondientes**, indicando las Especificaciones Técnicas Básicas y/o la cláusula contractual y/o la norma incumplida. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, se entenderá denegado el EDI presentado.*

***En caso existan observaciones formuladas por el CONCEDENTE, el CONCESIONARIO dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días Calendario para subsanarlas, contados desde la fecha de recepción de dichas observaciones**. La subsanación deberá ser remitida tanto al CONCEDENTE como al Regulador. El Regulador contará con un plazo de diez (10) Días para emitir su opinión la cual deberá ser remitida al CONCEDENTE, quien deberá pronunciarse en un plazo no mayor de diez (10) Días. En caso el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el EDI presentado, se entenderá por denegado.*

***El atraso en la entrega y/o en la subsanación de observaciones al respectivo EDI dentro de los plazos máximos establecidos en la presente Cláusula, dará lugar a la aplicación de penalidades, conforme a lo previsto en el Anexo 10 del presente Contrato**.*

A tal efecto, el CONCESIONARIO deberá presentar el EDI al CONCEDENTE, con copia al Regulador con la debida anticipación considerando los plazos establecidos para la aprobación y subsanación de observaciones.". (El resaltado es nuestro)

26.3 Es bajo la invocación de dichas disposiciones contractuales que se han impuesto al METRO las penalidades que son materia del presente arbitraje.

26.4 Revisada la posición del METRO, el Tribunal puede advertir que, fundamentalmente, los argumentos esenciales de sus pretensiones se basan en dos aspectos:

- Determinar si mediante las comunicaciones (Oficios) a través de los cuáles el MTC requirió la subsanación de las observaciones al METRO en una segunda o tercera ronda; concedieron o no a esa parte un nuevo plazo para la subsanación, es decir, dejaron sin efecto el plazo inicial de 10 días, pues el METRO ha venido sosteniendo que ello significó un reinició del plazo y por ende no podría alegarse la existencia de un incumplimiento subsanación de observaciones en los 10 días calendarios que se tenían para tal efecto conforme a la cláusula 6.4 del CONTRATO; y

- Si era o no necesaria la intimación en mora al METRO por no haber cumplido con subsanar las observaciones en el plazo máximo de 10 días que se prevé para tal efecto en la cláusula 6.4 del CONTRATO

26.5 Sobre el primer aspecto, se advierte que la tesis del METRO es que, si bien la cláusula 6.4 del CONTRATO prevé una sola "ronda" para subsanar las observaciones (10 días calendarios); cuando el MTC (Concedente) comunicó la subsistencia de observaciones generó una "segunda ronda"[10] y otorgó, en los hechos, un plazo adicional igual para subsanarlas (lo que significa que se volvió a iniciar el plazo para subsanar las observaciones). A efecto de verificar si ello es correcto el Tribunal estima pertinente remitirse a las propias comunicaciones (Oficios) que curso el MTC al METRO.

En todos estos documentos: Oficio No 635-2015-MTC/25 (PV20), Oficio No 290-2015-MTC/25 (PV21)[11], Oficio No 641-2015-MTC/25 (PV22), Oficio No 3785-2014-MTC/25 y Oficio No 370-2015-MTC/25 (ambos del PV23), Oficio No 833-2015-MTC/25 (PV19Bis) y Oficio No 715-2014-MTC/25 (PV24), se utiliza esencialmente la misma frase por parte del MTC cuando comunicaba la subsistencia de observaciones:

> *"Al respecto, mediante el documento de la referencia se remite las observaciones realizadas por la Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – AATE, así como las del Regulador – OSITRAN,* ***las cuales deberán ser subsanadas de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas 6.3 y 6.4 del Contrato de Concesión"****.* (resaltado y subrayado del Tribunal Arbitral).

Bajo dicho texto, el METRO esencialmente sostiene que no se le imputó claramente el haber incumplido con su obligación de subsanar las observaciones en la "primera ronda", y que tampoco se le mencionó en dichas comunicaciones que sería penalizado por tal motivo. Por ende, al haberse hecho referencia simplemente a que debía proceder a subsanar las observaciones de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas 6.3 y 6.4, ello debe ser entendido como un reinicio del plazo para la subsanación de las

---

[10] Y a veces una "tercera ronda".

[11] En este caso se adjunta el Memorándum N° 041-2015-MTC/33 en el cual se indica textualmente: *"Al respecto, de conformidad con lo establecido en las Cláusulas 6.3 y 6.4 del Contrato de Concesión, y luego de la evaluación correspondiente, remitimos nuestras observaciones al EDI antes señalado, las mismas que incluyen las observaciones realizadas por OSITRAN, para que, por intermedio de su representada, éstas sean alcanzadas al CONCESIONARIO a efecto de la subsanación respectiva."*

observaciones, pese a que era la segunda o tercera vez que se le formulaban observaciones.

Sin embargo, a criterio de este Tribunal, la lectura o interpretación que hace el METRO de las referidas comunicaciones con la finalidad de concluir que las mismas reflejan la intención del MTC de haber concedido un reinicio del plazo para subsanar las observaciones, no es correcta, fundamentalmente por lo siguiente:

- En ninguna parte de las citadas comunicaciones se hace mención aun reinicio del plazo o que se estaba dejando sin efecto el plazo ya transcurrido.

- Las citadas comunicaciones solo refieren a las cláusulas 6.3 y 6.4 del Contrato. En este sentido la cláusula 6.4 es clara en señalar que el plazo que tiene el METRO a efecto de subsanar las observaciones es de 10 días calendario y no prevé la asignación de un plazo adicional.

- Una lectura consistente y contextual de dichos Oficios exige que ello se haga a la luz de las propias cláusulas que se citan y del propio contrato.

- La cláusula 18.2 del CONTRATO indica que las partes podrán modificarlo *"previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico – financiero de las prestaciones de las partes"*. En el presente caso, el hecho que se pudiese haber dejado sin efecto o contemplado una "segunda o tercera ronda" para subsanación de observaciones, implicaría a criterio de este Tribunal una modificación de los términos contractuales.

- El Tribunal advierte además que incluso cuando se hace conocimiento del METRO el Oficio No 641-2015-MTC/25 (PV22), se adjunta el Memorándum No 121-2015-MTC/33 en el que expresamente se indica que aún existen observaciones que deben ser subsanadas, es decir, se comunica que se estaba frente a observaciones que subsistían, lo que no puede significar que se esté iniciando nuevamente el plazo para subsanar las observaciones y se dé por no transcurrido el periodo ya pasado.

26.6 Sobre el segundo aspecto, al margen que tanto el MTC como OSITRAN han sostenido en un principio el hecho que de acuerdo con lo establecido en la cláusula 17.13 del CONTRATO, no era necesaria la intimación en mora, pues estábamos frente a un supuesto de mora automática (hecho que este Tribunal no comparte pues para ello la normatividad nacional y en especial el artículo 1333° numeral 1 del Código Civil señala no se requiere de la intimación cuando la ley o el pacto declaren expresamente ello; lo que no sucede en el presente caso); lo cierto es que este Tribunal sí considera que cada una de las comunicaciones (Oficios) en los que se hizo de conocimiento del METRO que no había cumplido con subsanar las observaciones y se le solicitaba que cumpla con lo establecido en la cláusula 6.4 del CONTRATO, sí constituye el aviso de la situación de incumplimiento y un requerimiento para ello.

26.7 De otro lado, en cuanto a la alegación realizada por el METRO en el sentido que en algunas de las oportunidades en que fue penalizado, OSITRAN y/o el MTC se había demorado incluso en emitir sus observaciones, este Tribunal advierte que aun cuando ello es cierto en algunos casos, el CONTRATO celebrado no penaliza un retraso en la formulación de las observaciones por parte de esas entidades. Sin perjuicio de ello también se aprecia que al momento de aplicarse las penalidades finalmente se ha descontado el tiempo no imputable o que no estaba en la esfera del METRO.

26.8 En lo que respecta a la alegación del METRO en el sentido que finalmente todas las subsanaciones se realizaron antes de la fecha máxima que tenía para contar con un EDI debidamente aprobado, y por tanto no correspondería aplicar las penalidades por el retraso en la absolución de los EDI que parcialmente presentaba; este Tribunal estima que dicho argumento no resulta atendible pues las partes pactaron la existencia de una penalidad específica para el caso de retraso en la absolución de las observaciones a los EDIs.[12]

En este mismo contexto el Tribunal no concuerda con lo manifestado por el METRO en el sentido que en aquellos casos que el MTC (Concedente) se había retrasado en comunicar las observaciones, el Concesionario podía

[12] Tampoco concuerda el Tribunal por tanto con el argumento del METRO en el sentido que dentro del plazo máximo que contaba el Concesionario para lograr la aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería, podía presentar permanentemente EDIs parciales sin ser penalizado en caso que los mismos sean observados y no cumpla con levantar dichas observaciones, pues al margen que se haya previsto una penalidad específica para ello, tampoco puede admitirse como válido y acorde a la buena fe, que pudiese esa parte estar presentando permanentemente EDIs parciales incompletos o con deficiencias, a efecto de ser observados, con el consiguiente empleo de recursos que cada revisión genera a la administración pública.

perfectamente dar por denegado el EDI y volverlo a presentar[13]; pues lo cierto es que en los hechos el METRO en ninguno de los casos que son materia de este arbitraje dió por denegado el EDI, sino que espero la comunicación de las observaciones y actuó en consecuencia a efecto de levantar la mismas.

26.9 Por las consideraciones expresadas, este Tribunal estima que no corresponde amparar los puntos controvertidos y en consecuencia desestimar las pretensiones de la demanda.

30. Respecto de las costas y costos del arbitraje

30.1 En cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70 y 73 del Decreto Legislativo No 1071, disponen que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

30.2 Los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral: (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

30.3 No obstante, en el presente caso debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 57 del Reglamento de Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, aplicable por temporalidad al presente arbitraje, el cual establece:

"Condena de costos

Artículo 57º.-

[13] No escapa al análisis de este Tribunal el hecho que de cuerdo con la cláusula 6.4 del CONTRATO, "en caso que el CONCEDENTE no se pronuncie en el plazo señalado, el EDI se entenderá por denegado"

1. El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

2. El término costos comprende:

a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro.

b. Los gastos administrativos del Centro.

c. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.

d. El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.

e. Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

3. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

4. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro."

30.4 Dentro de tal orden de ideas, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes, considerando el resultado o sentido de este Laudo, pero además que, dados los argumentos presentados por las partes para sustentar sus posiciones, le permite concluir que existían motivos razonables para litigar; así como el buen comportamiento procesal de las partes y su respetuosa colaboración con el Tribunal, se ordena lo siguiente:

(i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal y asesoramiento en los que hubiera incurrido, y

(ii) Que en lo que corresponde a los honorarios del tribunal arbitral (S/ 15,368.68) y de los gastos administrativos del centro (S/ 5626.84), ellos deben ser asumidos por la parte perdedora del presente arbitraje, es decir por el METRO al haberse declarado infundadas las pretensiones de su demanda.

Por tanto, habiéndose advertido que el monto total de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro, fueron cancelados por el METRO no corresponde reembolso alguno.

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral —por unanimidad— **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la Excepción de incompetencia deducida.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda.

SÉTIMO: Declarar I**NFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal de la demanda.

OCTAVO: Respecto de los costos arbitrales se ordena lo siguiente:

(i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal y asesoramiento en los que hubiera incurrido, y

(ii) Que en lo que corresponde a los honorarios del tribunal arbitral (S/ 15,368.68) y de los gastos administrativos del centro (S/ 5,626.84), ellos deben ser asumidos por la parte perdedora del presente

arbitraje, es decir por el METRO al haberse declarado infundadas las pretensiones de su demanda.

Habiéndose advertido que el monto total de los honorarios del tribunal arbitral y de los gastos administrativos del Centro, fueron cancelados por el METRO no corresponde reembolso alguno.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.

ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN

SERGIO TAFUR SÁNCHEZ

NORMA CARPIO SOTOMAYOR

ANNA PAULA TAMAYO
SECRETARIA ARBITRAL