UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO | Derecho
Facultad de Derecho

INFORME JURÍDICO SOBRE EL EXPEDIENTE ARBITRAL N.º 1530-162-2008

Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar al Título Profesional de
Abogado

Presentado por

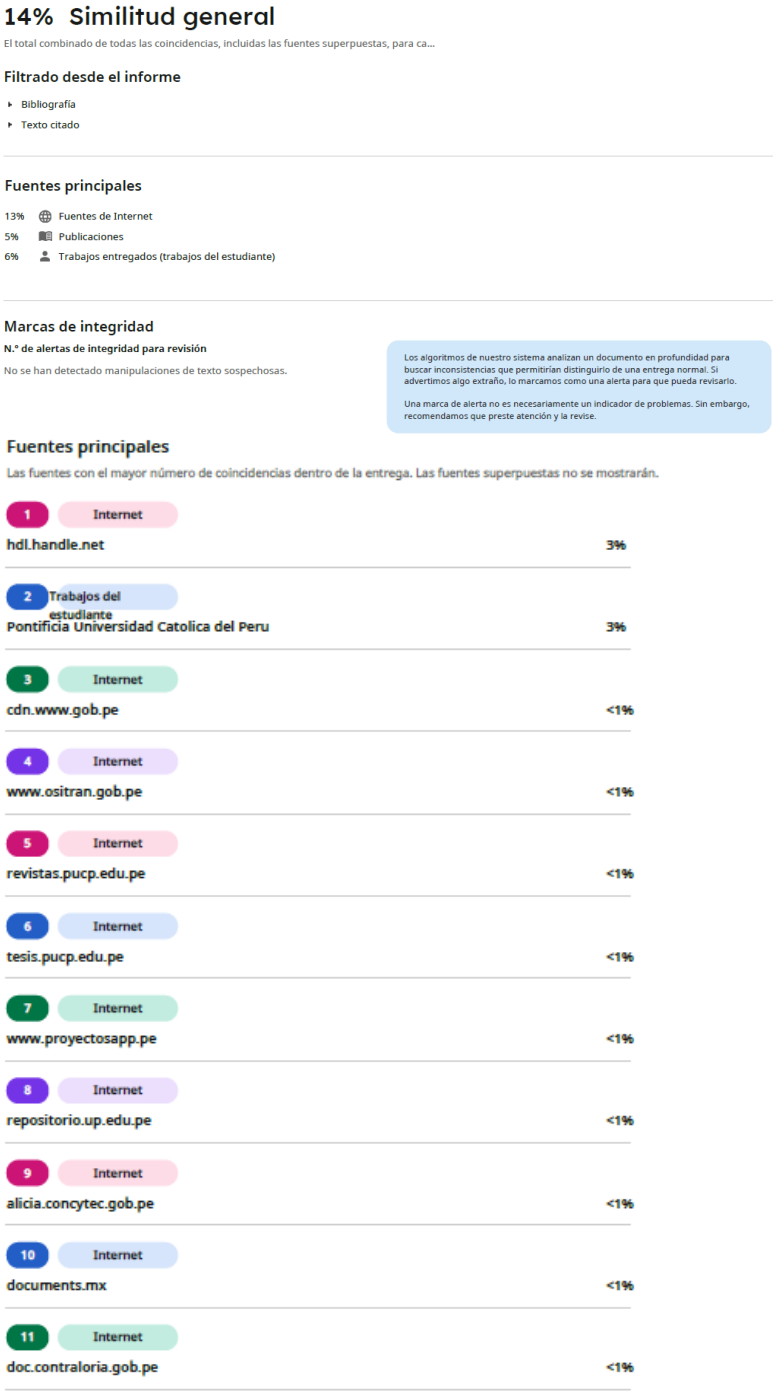
Melissa Lisset del Pino Yupari

Nicole Betsabe Nalvarte Atencia

Lima, mayo 2026

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO
FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional "INFORME JURÍDICO SOBRE EL EXPEDIENTE ARBITRAL N.º 1530-162-2008" presentada por la Srta. Melissa Lisset del Pino Yupari, con DNI 74831602, y la Srta. Nicole Betsabe Nalvarte Atencia, con DNI 76700350, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 7 de mayo del año 2026; obteniendo el siguiente resultado:



14% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Filtrado desde el informe

- Bibliografía
- Texto citado

Fuentes principales

13% Fuentes de Internet
5% Publicaciones
6% Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.° de alertas de integridad para revisión

No se han detectado manipulaciones de texto sospechosas.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	3%
	hdl.handle.net	
2	Trabajos del estudiante	3%
	Pontificia Universidad Catolica del Peru	
3	Internet	<1%
	cdn.www.gob.pe	
4	Internet	<1%
	www.ositran.gob.pe	
5	Internet	<1%
	revistas.pucp.edu.pe	
6	Internet	<1%
	tesis.pucp.edu.pe	
7	Internet	<1%
	www.proyectosapp.pe	
8	Internet	<1%
	repositorio.up.edu.pe	
9	Internet	<1%
	alicia.concytec.gob.pe	
10	Internet	<1%
	documents.mx	
11	Internet	<1%
	doc.contraloria.gob.pe	

Detalles del documento

Identificador de la entrega
trn:oid:::1:3559380914

Fecha de entrega
4 may 2026, 10:04 p.m. GMT-5

Fecha de descarga
7 may 2026, 4:53 p.m. GMT-5

Nombre del archivo
Del_Pino_Melissa_Nalvarte_Nicole_Trabajo_de_suficiencia_profesional_Derecho_2026.docx

Tamaño del archivo
1.4 MB

80 páginas

22.897 palabras

127.260 caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 11 de mayo de 2026



Humberto Zúñiga Schroder
Decano de la Facultad de Derecho

RESUMEN

Este informe legal analiza los principales problemas jurídicos que se discutieron en el arbitraje seguido por Concesionaria Vial del Perú S.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en el marco del Contrato de Concesión de la Red Vial N.º 6 (Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S). La controversia se centró en el alcance de las obligaciones de mantenimiento aplicables a los Subtramos 2, 3 y 5 antes de su desafectación, pues serían reemplazados por Nuevos Subtramos.

De un lado, la Concesionaria sostuvo que solo correspondía ejecutar el Mantenimiento Rutinario; mientras que el MTC y OSITRAN exigieron que también se realice el Mantenimiento Periódico. En el arbitraje solo participaron la Concesionaria y el MTC; y el proceso culminó con la emisión de un laudo que le dio la razón a la demandante. Los árbitros concluyeron que, bajo una correcta interpretación de las obligaciones pactadas en el Contrato de Concesión, solo correspondía que la Concesionaria realice el Mantenimiento Rutinario en los Subtramos 2, 3 y 5.

El informe evalúa la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la interpretación del Contrato de Concesión, considerando las facultades interpretativas del OSITRAN, así como la pertinencia de la participación del regulador en el arbitraje. Adicionalmente, se analiza el alcance de la obligación de mantenimiento respecto de los subtramos en cuestión.

Palabras clave: Contratos de concesión – arbitraje – infraestructura vial – arbitrabilidad – OSITRAN – interpretación contractual.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 1

I. DATOS GENERALES DEL ARBITRAJE 2

II. HECHOS RELEVANTES 2

II.2. Sobre el inicio de la controversia entre COVIPERÚ y el MTC 10

II.3. Sobre el arbitraje iniciado por COVIPERÚ 13

II.3.1 Las excepciones al arbitraje interpuestas por el MTC 14

II.3.2 La incorporación del OSITRAN al arbitraje 18

II.3.3 El pedido de interpretación contractual solicitado por COVIPERÚ 20

II.3.4 La medida cautelar solicitada por COVIPERÚ 25

III. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES 28

III.1. Problemas jurídicos de jurisdicción o competencia arbitral 28

III.2. Problemas jurídicos de la medida cautelar 28

III.3. Problemas jurídicos del fondo de la controversia 28

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y OPINIÓN DE LAS BACHILLERES 29

IV.1. Determinar si la controversia sobre la interpretación del Contrato de Concesión es materia arbitrable 29

IV.2. Determinar si era necesario que la Concesionaria agote la vía administrativa ante el OSITRAN, previamente al inicio del arbitraje 37

IV.3. Determinar si el OSITRAN debía ser incorporado al arbitraje 39

IV.4. Determinar si el Tribunal Arbitral otorgó válidamente la medida cautelar a favor de COVIPERÚ 42

IV.5. Definición de la naturaleza del Contrato de Concesión 44

IV.6. Determinar si COVIPERÚ tiene la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5 51

V. CONCLUSIONES 68

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 71

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Subtramos
Tabla 2	Matriz de obligaciones y parámetros de desempeño según la tipología de los subtramos viales
Tabla 3	Matriz técnica de obligaciones de COVIPERÚ para el mantenimiento y conservación por subtramos
Tabla 4	Comparativa de la inversión en Mantenimiento Periódico: Oferta Técnica inicial vs. Exigencia del MTC

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	Distribución territorial de las carreteras que integran la Red Vial Nacional concesionada
Figura 2	Representación geográfica de la Red Vial N.º 6

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1	Acta de Instalación del Tribunal Arbitral del 2 marzo de 2009.
Anexo 2	Contrato de Concesión.
Anexo 3	Adendas N.º 2 y N.º 7 del Contrato de Concesión.
Anexo 4	Demanda arbitral de COVIPERÚ del 16 de marzo de 2009.
Anexo 5	Escrito de COVIPERÚ del 30 de marzo de 2009, por el que ofreció el Informe Jurídico.
Anexo 6	Contestación de demanda y formulación de excepciones, presentado por el MTC el 8 de abril de 2009.
Anexo 7	Escrito de COVIPERÚ del 23 de abril de 2009, por el que se opuso a la incorporación de OSITRAN
Anexo 8	Resolución N.° 9 del 24 de agosto de 2009 que desestimó las excepciones.
Anexo 9	Resolución N.º 11 del 31 de agosto de 2009 que rechazó la incorporación de OSITRAN.
Anexo 10	Escrito de precisión del petitorio de la demanda, presentado por COVIPERÚ el 10 de diciembre de 2009.
Anexo 11	Acta de Audiencia de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 9 de marzo de 2010.
Anexo 12	Escrito presentado por COVIPERÚ el 15 de abril de 2010.
Anexo 13	Solicitud cautelar, presentada por COVIPERÚ el 25 de junio de 2010.
Anexo 14	Resolución Cautelar N.° 1 del 15 de julio de 2010, por la que se otorgó la medida cautelar.
Anexo 15	Escritos de reconsideración del MTC y el OSITRAN, presentados el 26 y 27 de julio de 2010, respectivamente.
Anexo 16	Resolución Cautelar N.° 2 del 3 de agosto de 2010 en la que se declaró improcedente el recurso de reconsideración del OSITRAN.
Anexo 17	Resolución Cautelar N.° 6 del 28 de febrero de 2011, por la que el Tribunal Arbitral declaró infundado el recurso de reconsideración del MTC.
Anexo 18	Laudo emitido el 23 de marzo de 2011.
Anexo 19	Pedido de interpretación del Laudo, presentado por COVIPERÚ el 7 de abril de 2011.
Anexo 20	Escrito de absolución al pedido de interpretación, presentado por el MTC el 26 de mayo de 2011.
Anexo 21	Resolución N.º 53 del 22 de junio de 2011, por la que el Tribunal Arbitral declaró fundado el pedido de interpretación.

INTRODUCCIÓN

El expediente arbitral elegido reviste relevancia jurídica e interés público, en tanto versa sobre la concesión de una de las infraestructuras viales más importantes del país: la Carretera Panamericana Sur, en el Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial N.º 6). En efecto, se trata de una carretera de alto tránsito que cumple un rol esencial en la conexión entre Lima e Ica y en el desarrollo económico de la zona sur del Perú. Asimismo, el Contrato de Concesión se mantiene vigente, por lo que las controversias relacionadas con su interpretación conservan plena actualidad.

En este caso, la controversia arbitral giró en torno a la interpretación de la obligación de mantenimiento de los Subtramos 2, 3 y 5 de la Concesión, antes de su desafectación, específicamente si correspondía ejecutar solo el Mantenimiento Rutinario o también el Mantenimiento Periódico. El criterio interpretativo adoptado ha servido de guía para la ejecución del Contrato de Concesión hasta la fecha, toda vez que las partes debieron acatar lo resuelto en el laudo.

A partir de este caso, el presente informe tiene por objeto analizar las decisiones adoptadas en el arbitraje, tanto en materia de jurisdicción como de fondo. Para ello, se identificarán los problemas jurídicos más trascendentes y se emitirá nuestra opinión en el siguiente orden: En primer lugar, se analizará la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse sobre la interpretación del Contrato de Concesión, considerando las facultades atribuidas a OSITRAN en dicha materia. En segundo lugar, se examinará la pertinencia de la incorporación del regulador al arbitraje. En tercer lugar, se evaluará la medida cautelar otorgada en favor de la Concesionaria. Finalmente, se determinará el alcance de las obligaciones de mantenimiento respecto de los Subtramos 2, 3 y 5.

I. DATOS GENERALES DEL ARBITRAJE

Demandante:	Concesionaria Vial del Perú S.A.
Demandado:	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Materia:	Arbitraje sobre interpretación del Contrato de Concesión de la Red Vial N.º 6
Expediente:	N.º 1530-162-2008
Institución:	Cámara de Comercio de Lima

II. HECHOS RELEVANTES

II.1. Contexto y marco contractual de la Concesión de la Red Vial N.º 6

1. En el Perú, la infraestructura vial que articula el territorio nacional se agrupa en el Sistema Nacional de Carreteras (SINAC). Este sistema clasifica las vías en carreteras de alcance nacional, departamental y provincial en función del ámbito territorial que conectan y del nivel de gobierno encargado de su gestión (MTC, 2025).

2. Dentro de este sistema, las carreteras de alcance nacional conforman la Red Vial Nacional y cumplen la función de interconectar las capitales de los 24 departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Su administración corresponde al MTC y se subdivide en la red no concesionada y la concesionada. Para efectos del presente análisis, interesa la Red Vial Nacional concesionada, cuyas carreteras son operadas por las sociedades concesionarias, bajo la supervisión del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público ("OSITRAN").

3. Actualmente, la Red Vial Nacional concesionada está integrada por 16 carreteras distribuidas a lo largo del territorio peruano. La ubicación de dichas vías permite apreciar su alcance geográfico e importancia dentro del sistema de infraestructura vial del país, tal como se muestra en el mapa que se presenta a continuación:

Figura 1

Distribución territorial de las carreteras que integran la Red Vial Nacional concesionada



Nota: Adaptado de información gráfica publicada por OSITRAN

4. El expediente arbitral bajo análisis versa sobre la Red Vial N.º 6, identificada en el mapa precedente mediante la línea roja 10. Entonces, resulta pertinente detallar los antecedentes contractuales que enmarcaron el otorgamiento de su concesión.

5. En el marco del proceso de promoción de la inversión privada, el 18 de abril de 2005, el comité de Proyectos de Infraestructura y de Servicios Públicos de PROINVERSIÓN

aprobó las "Bases de la Segunda Licitación Pública Especial para la concesión del Tramo Vial Puente Pucusana- Cerro Azul- Ica de la carretera Panamericana Sur – R01S" (la "Concesión"). Dichas Bases fueron posteriormente ratificadas por el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN en sesión del 22 de abril del mismo año.

6. El 30 de junio de 2005, el Consejo Directivo de PROINVERSIÓN aprobó el texto contractual que sería suscrito entre el Estado Peruano –representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ("MTC" o "Concedente")– y la futura sociedad concesionaria.

7. Así, el 20 de julio de 2005 se adjudicó la Buena Pro al Consorcio Binacional Andino, integrado por Hidalgo & Hidalgo S.A., Conorte S.A. y Construcción y Administración S.A. Con posterioridad, el Consorcio se constituyó como la sociedad Concesionaria Vial del Perú S.A. ("COVIPERÚ" o "Concesionaria").

8. El 20 de setiembre de 2005, el MTC y COVIPERÚ suscribieron el "Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S" ("Contrato de Concesión de la Red Vial N.º 6"). En virtud de dicho contrato, la Concesión fue otorgada por un plazo de treinta años, con vigencia hasta el año 2035.

9. Las partes establecieron como finalidad de la Concesión la ampliación de la cobertura de la infraestructura vial del país y mejorar la calidad de los servicios prestados, otorgándose a COVIPERÚ el derecho de construir y explotar la infraestructura pública correspondiente al tramo que conforma la Red Vial N.º 6. Por ello, las principales prestaciones objeto del Contrato de Concesión comprenden la entrega, uso y reversión de bienes, así como la construcción, puesta a punto, conservación y explotación de la infraestructura vial, de acuerdo con las condiciones establecidas.

10. La siguiente figura ilustra la ubicación geográfica de la Red Vial N.º 6, la cual abarca la carretera Panamericana Sur desde Pucusana, en Lima, hasta Guadalupe, en Ica:

Figura 2

Representación geográfica de la Red Vial N.º 6



Nota: Tomado del portal institucional del OSITRAN.

11. Según las definiciones y el Apéndice 1 del Anexo I del Contrato de Concesión, la Red Vial N.º 6 está comprendida por los siguientes Subtramos:

Tabla 1

Subtramos

Subtramo	**Localidad**	**Longitud**	**Km o Progresiva**
Subtramo 1	Desde el Puente Pucusana hasta el Ingreso Cerro Azul	72.700 km.	Del km 58 al km 130.70 o Prog 0+000
Subtramo 2	Desde el Ingreso Cerro Azul a Cerro Calavera	1.600 km.	De la Prog 0+000 a la Prog 1+600
Subtramo 3	Desde Cerro Calavera hasta Pampa Clarita	18,701 km.	De la Prog 1+600 a la Prog 20+301

Subtramo 4	Desde Pampa Clarita hasta Intercambio Chincha Alta	33,085 km.	De la Prog 20+301 a la Prog 53+386
Subtramo 5	Desde Intercambio Chincha Alta hasta Empalme San Andrés	41,114 km.	De la Prog 53+386 a la Prog 94+500
Subtramo 6	Desde Empalme San Andrés hasta Guadalupe	54,495 km	De la Prog 94+500 a la Prog 148+995 o al km 290.877

Nota: Elaboración propia, los datos son del Anexo 1 del Contrato de Concesión. Fuente: Contrato de Concesión (2005).

12. Las partes acordaron que los Subtramos originales 2, 3 y 5 serían reemplazados por los nuevos subtramos construidos por COVIPERÚ. Una vez entregados los subtramos de reemplazo, los antiguos quedarían desafectados de la Concesión y serían devueltos al MTC. Precisamente, la controversia objeto de análisis versa sobre dichos subtramos.

13. Respecto al método de solución de controversias, el Contrato de Concesión establece en su cláusula 15.13 que aquellas controversias de naturaleza no técnica cuya cuantía no supere los US$ 5'000,000 de dólares americanos serían resueltas a través de arbitraje de derecho. Para ello, se prevé que el procedimiento sea administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, "Centro de Arbitraje") y según sus reglas aplicables.

14. A lo largo de la etapa de ejecución del Contrato de Concesión, las partes han celebrado un total de once adendas, las cuales se describen a continuación[1]:

    a) **Adenda N.º 1 (celebrada el 28 de agosto de 2007):**

    En atención al incremento de accidentes en puntos específicos de la vía, por factores ajenos a las partes, se determinó necesaria la realización de obras para preservar la seguridad de los usuarios y terceros. Al tratarse de obras nuevas y no previstas en el contrato, se estableció que las partes definirían el mecanismo de retribución correspondiente a favor de la Concesionaria por su ejecución.

[1] En la página web del OSITRAN se puede consultar el detalle de las adendas al Contrato de Concesión: https://www.ositran.gob.pe/anterior/carreteras/red-vial-6/

Asimismo, se acordó la no reubicación inmediata de los peajes de Jahuay e Ica. En ese contexto, se incluyó la construcción de un puente peatonal en el kilómetro 58 + 600, así como la realización de otras obras adicionales y no contempladas inicialmente en los peajes de Jahuay e Ica. Como retribución a la Concesionaria, se autorizó el uso de los fondos originalmente destinados a la construcción por reubicación de los mencionados peajes. Finalmente, se especificó que, si el costo de las inversiones superara dicho monto, el Concedente asumiría el pago en efectivo u otra modalidad de retribución acordada.

b) Adenda N.º 2 (celebrada el 8 de abril de 2009):

Debido al retraso en la entrega de predios a la Concesionaria, las partes acordaron modificar el cronograma contractual de obras y actualizar los plazos previstos en el Contrato de Concesión para la entrega de los predios. En ese sentido, las partes dispusieron intercambiar algunas obras previstas recién para el Módulo A de la Segunda Etapa con las de la Primera Etapa.

c) Adenda N.º 3 (celebrada el 16 de marzo de 2010):

Mediante esta adenda las partes modificaron el proceso para la ejecución de obras nuevas, autorizando la ejecución directa por parte de la Concesionaria en caso de mutuo acuerdo. Además, se estableció que el valor total de tales obras no debe superar el 15% de la inversión proyectada referencial para todas las fases de construcción del Contrato de Concesión, y que la Concesionaria debe entregar una garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10% del monto acordado para la obra nueva.

d) Adenda N.º 4 (celebrada el 15 de junio de 2011):

A través de esta adenda, las partes acordaron adelantar el inicio de las obras del Módulo A de la Segunda Etapa del Cronograma Contractual de obras (Anexo II del Contrato de Concesión), las cuales corresponden al Subtramo 4.

e) Adenda N.º 5 (celebrada el 13 de agosto de 2012):

Las partes acordaron sustituir la obligación de realizar la obra de revegetación y su mantenimiento (del tramo km 0+000 al km 53+386) por la ejecución de las

obras, con sus respectivos mantenimientos, que se detallaron en la cláusula cuarta de la Adenda. Así, se modificó el Anexo IV del Contrato de Concesión a fin de incluir la construcción del Intercambio Vial Asia, como parte de la Primera Etapa, y del Puente Peatonal Asia, dentro del Módulo A de la Segunda Etapa.

f) Adenda N.º 6 (celebrada el 30 de enero de 2015):

Esta adenda tiene por objeto adelantar la ejecución de las obras de la Segunda Etapa (Módulos A y B) y que no fueron contempladas en las Adendas N.º 4 y N.º 5. Además, las partes acordaron las condiciones para la ejecución y mantenimiento de las obras de la Tercera Etapa, formalizaron el incremento real de la tarifa (en cumplimiento de un laudo arbitral), y pactaron la no ejecución de las obras de revegetación del tramo km 53+386 al km 94+500 de la Segunda Etapa.

g) Adenda N.º 7 (celebrada el 20 de julio de 2016):

Las partes acordaron que la Concesionaria elabore los estudios técnicos de las obras nuevas señaladas en la cláusula quinta de la adenda y que ejecute las labores constructivas de las obras nuevas detalladas en el Anexo 2 de la adenda. Asimismo, establecieron que la Concesionaria se encargue de ejecutar el Mantenimiento Periódico del Subtramo 5 y el cierre de las lagunas de oxidación ubicadas en el tramo del km 84+500 al km 84+660 (San Clemente).

Por otro lado, esta adenda permitió que las partes puedan decidir la aceptación parcial y puesta en servicio de tramos concluidos de la Segunda y Tercera Etapa, asegurando la continuidad con la autopista que ya se encontraba en servicio. Se incorporó al Contrato de Concesión el Anexo XI: "Procedimiento aplicable para la ejecución de empalmes provisionales para la aceptación parcial de obras y para la ejecución de obras nuevas".

h) Adenda N.º 8 (celebrada el 1 de diciembre de 2016):

Esta adenda tuvo por objeto modificar el Contrato de Concesión a fin de que la Concesionaria logre el financiamiento necesario para el cierre financiero de las obras de la Segunda y Tercera Etapa.

i) Adenda N.º 9 (celebrada el 1 de diciembre de 2016):

Se acordó reemplazar la construcción del Intercambio Vial de Tambo de Mora por el Paso a Desnivel de Tambo de Mora y sus mejoras. Asimismo, se permitió la colaboración de la Concesionaria en la liberación de predios a cargo del MTC y se precisó el inicio de las obras nuevas encargadas en la Adenda N.º 7.

Por otro lado, se incluyó la cláusula 14.14.A que asegura que, en caso de terminación anticipada del Contrato de Concesión, el MTC pague a la Concesionaria los montos pendientes por obras nuevas y liberación de terrenos.

j) Adenda N.º 10 (celebrada el 29 de mayo de 2024):

Debido a la desaparición de la tasa LIBOR del mercado financiero, las partes acordaron sustituirla por la tasa CME Term SOFR como referencia para el cálculo de los intereses aplicables durante el periodo restante de vigencia del Contrato de Concesión.

k) Adenda N.º 11 (celebrada el 19 de julio de 2024):

En esta adenda, se dispuso que la Concesionaria asuma la ejecución de veintiún obras nuevas en los Subtramos 1, 5 y 6, cuyo contenido fue detallado en el Anexo 1 (puentes peatonales, pasos a desnivel e intercambios viales). Estas obras corresponden a aquellas cuyos estudios técnicos habían sido previamente ordenados en la cláusula quinta de la Adenda N.º 7. También acordaron que el MTC debía efectuar la entrega de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras mencionadas, conforme a lo previsto en el Anexo 2 de la Adenda N.º 11.

Adicionalmente, se introdujo una modificación a la cláusula 6.20 del Contrato, con el objetivo de adecuar el procedimiento de autorización de obras nuevas a la normativa vigente, en particular al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 1362 y a sus reglamentos o normas que lo sustituyan. Esta regulación resulta aplicable al Contrato desde la celebración de la adenda.

De otro lado, se incorporó una cláusula anticorrupción al Contrato de Concesión, estableciendo el compromiso de las partes de prevenir y combatir

prácticas corruptas.

15. Cabe precisar que, al momento en que surgió la controversia entre el Concedente y COVIPERÚ en torno a la interpretación del Contrato de Concesión, se encontraba vigente la versión del Contrato que únicamente incorporaba las modificaciones introducidas en la Adenda N.º 1. Luego, durante el trámite del arbitraje objeto de análisis de este informe, fueron celebradas las Adendas N.º 2, 3 y 4[2]. Las demás adendas son posteriores a la culminación del arbitraje que resolvió dicha controversia.

II.2. Sobre el inicio de la controversia entre COVIPERÚ y el MTC

16. Durante los primeros años de ejecución del Contrato, COVIPERÚ, el MTC y OSITRAN sostuvieron posiciones distintas en torno al contenido y alcance de las obligaciones de mantenimiento aplicables a los Subtramos 2, 3 y 5, particularmente, respecto a las actividades exigibles antes de su reemplazo. A continuación, se expondrá el intercambio y desarrollo de las comunicaciones entre las partes que dieron origen a la controversia.

17. En un primer momento, COVIPERÚ puso en conocimiento del MTC, mediante la Carta C. 143.08 del 13 de febrero de 2008, que los Subtramos 2, 3 y 5 no se encontraban en las mismas condiciones que fueron previstas cuando se elaboró el Expediente Técnico de la Obra. Habiendo transcurrido alrededor de diez años, y a pesar de que se realizaba el Mantenimiento Rutinario, advirtió que dichos subtramos podrían presentar deficiencias estructurales cuando sean reemplazados por los nuevos subtramos. Por ello, la Concesionaria planteó al Concedente la posibilidad de asumir el costo de un Mantenimiento Periódico previo a la reversión de los Subtramos 2, 3 y 5.

OSITRAN emite su primera opinión

18. A los pocos días de esa consulta, el 22 de febrero de 2008, OSITRAN emitió el Informe N.° 098-08-GS-OSITRAN, en el cual concluyó que COVIPERÚ también debía asumir la ejecución del Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5 hasta su devolución

[2] El arbitraje N.º 1530-162-2008 inició el 12 de diciembre de 2008 y finalizó el 22 de junio de 2011. La Adenda N.º 1 se celebró el 28 de agosto de 2007, la Adenda N.º 4 el 15 de junio de 2011 y la Adenda N.º 5 el 13 de agosto de 2012 (después de la finalización del arbitraje).

al Estado Peruano. Esta posición fue posteriormente comunicada a la Concesionaria mediante el Oficio N.° 496-08-GS-OSITRAN del 26 de febrero de 2008.

Primera postura del MTC

19. Independientemente de la postura del regulador, el MTC respondió la Carta de COVIPERU por Oficio N.° 533-2008-MTC/20 del 3 de abril de 2008. El Concedente le solicitó que le brinde mayor información técnica sobre la evaluación funcional y estructural de los subtramos con el propósito de que puedan ser incluidos en los programas de Mantenimiento Periódico de Provías Nacional, no de la Concesionaria.

OSITRAN exige el mantenimiento periódico en los subtramos

20. Por su parte, OSITRAN se mantuvo firme en su postura inicial. El asesor técnico del regulador emitió la Notificación de Detección de Parámetros de Condición Insuficiente N.° 003-GS-08, de fecha 8 de abril de 2008, en la que identificó deficiencias en los Subtramos 2, 3 y 5 y concluyó que correspondía a COVIPERÚ realizar las reparaciones necesarias.

21. Luego, se realizó una inspección el 30 de mayo de 2008. Como resultado de esa diligencia, el regulador y COVIPERÚ suscribieron el Acta de Inspección de Operaciones N.° 040-08. En ella se consignó que la Concesionaria no cumplió con realizar la totalidad de las reparaciones indicadas en abril, por lo que se recomendó intensificar las actividades de mantenimiento en los subtramos evaluados.

22. Ante la falta de ejecución de los trabajos requeridos, mediante Oficio N.° 1407-08-GS-OSITRAN, de fecha 5 de junio de 2008, la Gerencia de Supervisión del regulador comunicó a la Concesionaria la emisión de la Notificación de Incumplimiento N.° 001-GS-08. En dicho documento se señaló que los Parámetros de Condiciones Insuficientes no habían sido subsanados en los Subtramos 2, 3 y 5. A su vez, se indicó que, conforme a la Cláusula 4.11 del Anexo I del Contrato, debía realizar las labores de mantenimiento.

El MTC mantiene su primera postura

23. De manera paralela a las actuaciones del regulador y continuando el intercambio de comunicaciones, el Concedente informó a COVIPERÚ que el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5 sería incorporado en el presupuesto institucional correspondiente al año 2009. En consecuencia, indicó que la Concesionaria debía seguir efectuando el Mantenimiento Rutinario en dichos Subtramos, conforme a sus obligaciones contractuales. Lo anterior fue comunicado mediante el Oficio N.° 574-2008-MTC/25, de fecha 5 de junio de 2008.

COVIPERÚ contesta a OSITRAN y solicita confirmación al MTC

24. En atención a las acciones del Regulador, el 11 de junio de 2008, COVIPERÚ remitió a OSITRAN dos cartas rechazando las imputaciones relacionadas con la ejecución del Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5. En la primera, Carta N.° C.570.08, sostuvo, según un análisis de las cláusulas contractuales, que dicha obligación no le resultaba exigible. En la segunda, Carta N.º C.577.08, presentó sus descargos técnicos frente al incumplimiento imputado por el Regulador, solicitando que se consideren por subsanadas las observaciones señaladas.

25. Adicionalmente, COVIPERÚ solicitó al MTC la confirmación del criterio que venía sosteniendo respecto de las obligaciones de mantenimiento aplicables a los Subtramos 2, 3 y 5. En ese sentido, mediante la Carta C.1086.08 del 23 de octubre de 2008, la Concesionaria requirió la ratificación de que, conforme a lo expresado en comunicaciones previas, su obligación en dichos subtramos se limitaba estrictamente al Mantenimiento Rutinario, previéndose que el Mantenimiento Periódico sea incorporado en el presupuesto correspondiente al año 2009.

26. En una segunda Carta, C.1100.08 del 30 de octubre de 2008, la Concesionaria puso en conocimiento del Concedente las comunicaciones sostenidas con el Regulador, en las cuales se le exigía la ejecución del Mantenimiento Periódico. Asimismo, reiteró su pedido de confirmación de que el Contrato de Concesión únicamente imponía la realización del Mantenimiento Rutinario en los Subtramos 2, 3 y 5 antes de su reemplazo.

El MTC cambia de postura y sea alinea al razonamiento de OSITRAN

27. En respuesta a las comunicaciones de COVIPERÚ, el Concedente emitió el Oficio N.º 1125-2008-MTC/25, de fecha 3 de noviembre de 2008, cambiando radicalmente de postura. Al respecto, sostuvo que no era posible desconocer el Oficio de febrero de OSITRAN, según el cual COVIPERÚ debía asumir la ejecución del Mantenimiento Periódico en los Subtramos en cuestión. Agregó que la aparente ambigüedad de la cláusula 7.2 del Contrato debía resolverse con una interpretación sistemática y de buena fe, la que conducía a una conclusión concordante con la opinión del Regulador.

28. Llegado a este punto, las posturas de COVIPERÚ y del MTC se tornaron irreconciliables respecto de las obligaciones de mantenimiento aplicables a los Subtramos 2, 3 y 5, en particular, sobre las actividades exigibles antes de su desafectación de la Concesión.

II.3. Sobre el arbitraje iniciado por COVIPERÚ

29. Al haberse generado una controversia sobre la interpretación del Contrato de Concesión, el 13 de noviembre de 2008 COVIPERÚ inició el mecanismo de Trato Directo previsto en la cláusula 15.12. No obstante, el resultado fue insatisfactorio, pues las partes no lograron conciliar sus posiciones.

30. En esas circunstancias, la Concesionaria activó la cláusula 15.13 de resolución de disputas y dio inicio al arbitraje objeto de análisis. Por ello, el 12 de diciembre de 2008 interpuso la solicitud arbitral contra el MTC ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima - CCL, con la finalidad de que se declare que la obligación de mantenimiento de los Subtramos 2, 3 y 5 se circunscribe al Mantenimiento Rutinario.

31. El 29 de diciembre de 2008, el MTC absolvió la petición de arbitraje presentada por la Concesionaria, y formuló objeciones al arbitraje, alegando que el Tribunal Arbitral resultaba incompetente para pronunciarse sobre la interpretación contractual realizada por OSITRAN.

32. Tras la designación de los árbitros, el Tribunal Arbitral quedó formalmente instalado el 2 de marzo de 2009. En el Acta correspondiente se establecieron las reglas específicas

para la conducción del procedimiento, además de la aplicación del Reglamento del Centro de Arbitraje vigente en el año 2008 y de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N.º 1071).

33. En este arbitraje las partes interpusieron excepciones, pretensiones cautelares y pretensiones de fondo, las cuales fueron resueltas en distintas etapas del proceso. Siguiendo dicho orden, a continuación, se expondrán las posiciones formuladas por las partes y la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral en cada fase arbitral.

II.3.1 Las excepciones al arbitraje interpuestas por el MTC

a) Posición del MTC

34. En su escrito del 8 de abril de 2009, el Concedente dedujo tres excepciones con el objetivo de que el arbitraje se dé por finalizado sin pronunciamiento de fondo:

i. Excepción de incompetencia

35. El Concedente argumentó que las controversias en las que el Estado es parte pueden ser arbitrables si cumplen con dos presupuestos: derivan de un contrato y el ordenamiento jurídico permite la forma en que se manifiesta el consentimiento estatal. Al respecto, indicó que tanto la Constitución Política como las sucesivas leyes en materia arbitral califican como no arbitrables aquellas controversias directamente relacionadas con el ejercicio de potestades o funciones propias del Estado.

36. Haciendo referencia al artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1071, el MTC señaló que son arbitrables las controversias que versan sobre materias de libre disposición o aquellas que son habilitadas por disposición legal o por tratados y convenios internacionales. Por tanto, sostuvo que quedan fuera del ámbito arbitral las controversias indisponibles, como las facultades estatales que se derivan del ejercicio de su *ius imperium.*

37. Así pues, es de la opinión de que las funciones del regulador OSITRAN forman parte de las potestades del Estado, las cuales no constituyen materia de libre disposición, por ende, no son arbitrables. Precisamente, en este arbitraje COVIPERÚ pretendía discutir la

facultad del OSITRAN de interpretar contratos de concesión, atribuida por el inciso e) del artículo 7 de la Ley N.° 26917. A criterio del Concedente, el único competente para interpretar el Contrato de Concesión es el Consejo Directivo del OSITRAN y no un tribunal arbitral.

ii. Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

38. El MTC alegó que COVIPERÚ no había cumplido con la obligación de agotar la vía administrativa antes de iniciar este arbitraje. Siendo que la controversia recae en la interpretación contractual de las obligaciones de mantenimiento, el Concedente señaló que la Concesionaria debió solicitar su pedido de interpretación del Contrato de Concesión ante el Consejo Directivo de OSITRAN.

39. Según el MTC, el camino debió ser: primero, que el Consejo Directivo de OSITRAN interprete el contenido del contrato; segundo, reconsiderar o apelar tal decisión para así agotar la vía administrativa; tercero, recurrir al proceso contencioso-administrativo en sede judicial. No obstante, COVIPERÚ acudió directamente a la sede arbitral.

iii. Excepción de falta de legitimidad para obrar como demandado del MTC

40. El MTC reiteró que la competencia exclusiva para interpretar el Contrato de Concesión recaía en el Consejo Directivo de OSITRAN. Sobre esa base, argumentó que el pedido de interpretación contractual de COVIPERÚ debió dirigirse contra el OSITRAN y no contra el MTC, quien no tendría legitimidad para obrar como demandado en el arbitraje.

b) Posición de COVIPERÚ

41. En su escrito del 30 de abril de 2009, COVIPERÚ absolvió las excepciones formuladas por su contraparte, solicitando que sean desestimadas:

i. Sobre la excepción de incompetencia

42. La Concesionaria señaló que la facultad de interpretación del Contrato de Concesión no es exclusiva de OSITRAN. Así pues, explicó que en la ejecución de cualquier contrato

son las partes quienes realizan una interpretación de lo acordado; y, en caso de discrepancia, pueden activar los mecanismos de solución de controversias. En este caso, destacó que las partes tenían dos alternativas: solicitar la interpretación a OSITRAN o buscar directamente una solución.

43. En el escenario que las partes deciden buscar una solución directa y no llegan a un acuerdo, la controversia persiste, por lo que deben iniciar el arbitraje para solucionarla. Ello de conformidad con el pacto de solución de controversias de la cláusula 15.2 del Contrato de Concesión.

ii. Sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

44. La Concesionaria sostuvo que no existía un pronunciamiento previo de OSITRAN con carácter vinculante. Además, precisó que acudir al Consejo Directivo de dicho organismo para solicitar una interpretación contractual no era el único camino ni un requisito previo establecido en el convenio arbitral para activar el arbitraje.

iii. Sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar

45. La Concesionaria resaltó que las partes contractuales son el MTC y COVIPERÚ, quienes también integran la relación jurídica sustantiva y, en consecuencia, deben conformar la relación procesal en el arbitraje. Lo contrario implicaría desconocer la calidad de parte del MTC.

46. A fin de reforzar sus argumentos, COVIPERÚ presentó el Informe Jurídico sobre la Arbitrabilidad de la Controversia, elaborado por el Estudio Bullard, Falla y Ezcurra el 12 de marzo de 2009 (en adelante, "Informa Jurídico"). En dicho informe se arribaron a las siguientes conclusiones:

- Si existe una discrepancia en la interpretación contractual efectuada por OSITRAN, se puede activar los mecanismos de solución de controversias previstos en el Contrato.

- Cualquier interpretación del Contrato de Concesión puede dar lugar a un arbitraje,

incluso si el Estado emitió su opinión en base a sus atribuciones *ius imperium,* pues se evalúa si ella vulnera o no el pacto contractual.

- Incluso si el Consejo Directivo de OSITRAN hubiera interpretado el Contrato como un acto administrativo, ello no implica la necesidad de agotar la vía administrativa o judicial como requisito previo al inicio del arbitraje.

c) Posición del Tribunal Arbitral

47. En la Resolución N.º 9 del 24 de agosto de 2009, el Tribunal Arbitral declaró infundadas todas las excepciones formuladas por el MTC, en base al siguiente razonamiento:

i. Sobre la excepción de incompetencia

48. El Tribunal Arbitral determinó que, tanto la Constitución Política como el marco normativo para las concesiones, permiten que las controversias sobre materias contractuales sean resueltas en la vía arbitral. En esa línea, resaltó que la discusión relativa a la interpretación contractual tiene un inherente carácter patrimonial por estar circunscrita a una relación jurídica de naturaleza contractual, independientemente de si esta es privada o pública.

49. En ese sentido, el Tribunal Arbitral agregó que el convenio arbitral contenido en el Contrato de Concesión delimita las materias que pueden ser sometidas a arbitraje. En este caso, concluyó que dicho pacto arbitral incluye expresamente las controversias vinculadas con la interpretación del contrato.

50. Respecto a la facultad interpretativa de OSITRAN, el Tribunal Arbitral no desconoció dicha función, pero precisó que no le es exclusiva, pues válidamente las partes pueden acordar que esa materia sea vista en arbitraje. Asimismo, indicó que se debe diferenciar la interpretación contractual que realizan los órganos de OSITRAN en el ejercicio de sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción de la facultad interpretativa atribuida a su Consejo Directivo. Ante una controversia sobre el sentido de las estipulaciones del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral reiteró que el mecanismo idóneo para resolver tal discrepancia es el pactado en ese mismo contrato, es decir, el arbitraje.

ii. Sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa

51. El Tribunal Arbitral consideró que exigir una vía previa, en los términos propuestos por el MTC, es contradictorio y no fue pactado en el convenio arbitral como requisito previo para el inicio del arbitraje.

52. Al respecto, el Tribunal Arbitral también precisó que el Informe N.° 098-08-GS-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión, no es acto de interpretación vinculante. Señaló que dicho informe constituye un acto de supervisión; y que, en este arbitraje no se cuestionaron esas facultades de OSITRAN, por lo que descartó estar ante una impugnación. Además, resaltó que, conforme al numeral 5 del artículo 4 de la Ley N.° 27584, que Regula el Proceso Contencioso-Administrativo, se infiere que respecto a la interpretación de los contratos que celebra la administración pública, en los cuales se haya pactado arbitraje, no resulta obligatorio acudir a la vía administrativa para resolver una controversia.

iii. Sobre la excepción de falta de legitimidad para obrar

53. El Tribunal Arbitral enfatizó que, en el presente caso, las partes contractuales son el Estado Peruano —a través del MTC— y COVIPERÚ. Siendo ello así, el MTC es quien debía ser parte del arbitraje y no OSITRAN, entidad que cumple una función distinta en el organigrama del estado. Además, señaló que el convenio arbitral previsto en la cláusula XV del Contrato de Concesión delimita el término "partes" al Concedente (MTC) y la Concesionaria (COVIPERÚ).

54. Por otro lado, el Tribunal Arbitral resaltó que la materia controvertida es la interpretación del Contrato de Concesión, asunto que afectará patrimonialmente a las partes y no a OSITRAN. En consecuencia, concluyó que no correspondía amparar la excepción de falta de legitimad para obrar planteada respecto del demandado (el MTC).

II.3.2 La incorporación del OSITRAN al arbitraje

a) Posición del MTC

55. Junto con su escrito de excepciones y la contestación de demanda, el MTC solicitó la incorporación de OSITRAN en calidad de litisconsorte necesario pasivo, con sustento en el artículo 95 del Código Procesal Civil. Alegó que el resultado del arbitraje podía afectar la facultad interpretativa del Contrato de Concesión que únicamente le pertenece a dicho organismo regulador.

b) Posición de COVIPERÚ

56. La Concesionaria se opuso a la incorporación del OSITRAN argumentando que los presupuestos procesales del litisconsorcio necesario pasivo no son aplicables al arbitraje y que el convenio arbitral no prevé la participación de terceros.

57. COVIPERÚ resaltó que la figura del litisconsorte necesario tiene como premisa que la parte demandante o demandada esté conformada indivisiblemente por una pluralidad de personas, las cuales son titulares de la relación material y tienen una sola pretensión y un mismo interés para obrar, según el artículo 93 del Código Procesal Civil. Considerando que el Contrato de Concesión fue celebrado solo entre el MTC y COVIPERÚ, solo ellos deben integrar la relación jurídica procesal, ya que OSITRAN no es parte de la relación jurídica material.

58. Adicionalmente, la Concesionaria alegó que la cláusula arbitral de la sección XV del Contrato de Concesión estableció que las partes son las autorizadas a resolver cualquier controversia sobre la interpretación contractual. No se pactó que las partes puedan solicitar la inclusión de un tercero al arbitraje. Además, en este caso, no está en discusión la facultad interpretativa del OSITRAN.

c) Posición del Tribunal Arbitral

59. Luego de desestimar las excepciones formuladas por el MTC, el Tribunal Arbitral también optó por rechazar la incorporación del OSITRAN. Así fue decidido en la Resolución N.º 11 del 1 de agosto de 2009. En su razonamiento, el Colegiado se remitió a los fundamentos de la Resolución N.º 9, en la cual ya había determinado que al MTC le correspondía la calidad de demandado.

60. En coherencia con lo anterior, reiteró que las únicas partes de la relación jurídica sustantiva y del convenio arbitral son el MTC (en representación del Estado) y COVIPERÚ. Además, el Tribunal precisó que el Estado no había facultado al regulador para representarlo en el arbitraje, por lo que no podía participar en el arbitraje; y que la controversia solo versa sobre la interpretación de obligaciones contractuales que afectan las esferas patrimoniales de las partes y no las facultades de interpretación propias de OSITRAN.

61. Por otro lado, el Tribunal Arbitral exhortó a las partes a no invocar el Código Procesal Civil, estableciendo que dicha norma no es de aplicación supletoria en el arbitraje y que solo puede servir como referencia ilustrativa en casos de vacío normativo, siempre que sea pertinente.

II.3.3 El pedido de interpretación contractual solicitado por COVIPERÚ

a) Posición de COVIPERÚ

62. Inicialmente, al presentar su demanda, COVIPERÚ formuló el siguiente petitorio:

> "Primera pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral declare que las obligaciones de mantenimiento de los Sub-Tramos 2, 3 y 5 de cargo de COVIPERÚ solamente comprenden el Mantenimiento Rutinario, tal como se desprende de una adecuada interpretación del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica." (Demanda arbitral de COVIPERÚ, 2009).
>
> "Segunda pretensión principal: Que declarada fundada la demanda, el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago de las costas y costos del proceso, conforme a lo previsto en el literal e) de la Cláusula 15.14 del Contrato de Concesión." (Demanda arbitral de COVIPERÚ, 2009).

63. Luego, mediante escrito del 10 de diciembre de 2009, COVIPERÚ precisó su petitorio, en los siguientes términos:

"Que las obligaciones de mantenimiento de los Sub-Tramos 2, 3 y 5 de cargo de COVIPERÚ solamente comprende el Mantenimiento Rutinario, tal como se desprende de una adecuada interpretación del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica.

Que el Tribunal Arbitral defina los alcances del Mantenimiento Rutinario según lo establecido en el Contrato de Concesión, declarando que:

(i) El Mantenimiento Rutinario no equivale al Mantenimiento Periódico;
(ii) El Mantenimiento Rutinario no equivale a la Puesta a Punto;
(iii) El Mantenimiento Rutinario no tiene por finalidad alcanzar los niveles de servicio establecidos en el Anexo I del Contrato de Concesión; y,
(iv) El Mantenimiento Rutinario tiene por finalidad mantener los niveles de servicio establecidos en el Anexo I del Contrato de Concesión". (Escrito de precisión del petitorio de COVIPERÚ, 2009, pp. 1-2)

64. COVIPERÚ fundamentó su posición sosteniendo la existencia de una dependencia técnica entre los conceptos de Puesta a Punto y Mantenimiento Periódico, definiendo a la primera como el paso previo indispensable para alcanzar los niveles de serviciabilidad que permiten la ejecución de tareas preventivas posteriores. Bajo esta premisa, COVIPERÚ argumentó que la Puesta a Punto constituye técnicamente el primer mantenimiento periódico de la vía y que, al haber sido esta actividad programada únicamente para los Subtramos 1, 4 y 6 en el Apéndice 2 del Anexo I del Contrato, resulta materialmente inviable exigir el Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5. Esta diferenciación técnica responde al espíritu del Contrato, el cual reserva las inversiones de capital para los tramos que permanecen bajo la gestión del privado hasta el fin de la Concesión, excluyendo de tales labores a aquellos sectores destinados a ser revertidos al Estado Peruano

65. Asimismo, rechazó la interpretación literal y aislada que el MTC realizó sobre el numeral 7.2 del Contrato, planteando en su lugar una interpretación sistemática fundamentada en el artículo 169 del Código Civil. COVIPERÚ sostuvo que las disposiciones contractuales deben entenderse de forma conjunta, por lo que la mención a un plan de trabajo que precise actividades de mantenimiento periódico y rutinario debe aplicarse bajo un criterio de correspondencia según la naturaleza de cada tramo. De este modo, la obligación de

mantenimiento periódico es exclusiva para los subtramos que recibieron la Puesta a Punto inicial (1, 4 y 6), mientras que para los sectores 2, 3 y 5 la responsabilidad se restringe estrictamente al ámbito rutinario, evitando así que se exija una prestación sin la correspondiente retribución económica.

b) Posición del MTC

66. Luego, mediante escrito del 8 de abril del 2009, el MTC contestó la demanda rechazando la interpretación sistemática planteada por COVIPERÚ, argumentando que la obligación de ejecutar el Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5 es una consecuencia inherente a la naturaleza del servicio público concesionado y su desarrollo cronológico. Bajo esta premisa, sostuvo que dicha responsabilidad permanece plenamente exigible en tanto no se culmine la construcción de los nuevos tramos que habrán de reemplazar a los Subtramos 2, 3 y 5, toda vez que no se ha verificado aún la condición técnica que liberaría a COVIPERÚ de tal compromiso. Para el MTC, desatender estas labores bajo una lectura restrictiva del Contrato afectaría el funcionamiento de un servicio esencial y la debida satisfacción de los usuarios que transitan por dichos sectores.

67. Asimismo, planteó que el mantenimiento debe entenderse como una práctica dinámica orientada a conservar los niveles de servicio dentro de los parámetros contractuales, por lo que las intervenciones deben adaptarse a las necesidades técnicas que surjan para asegurar la funcionalidad de la vía. En tal sentido, la determinación de cuándo resulta necesario un mantenimiento periódico dependería de un análisis constante de los requerimientos de servicio. El MTC concluyó que la negativa a cumplir con estas labores permitiría a COVIPERÚ eludir inversiones obligatorias, beneficiándose de mayores ingresos a cambio de un menor despliegue de capital, situación que afectaría directamente el equilibrio económico-financiero pactado originalmente por las partes.

c) Los puntos controvertidos

68. En la Audiencia de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, realizada el 9 de marzo de 2010, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos que serían objeto de pronunciamiento en el laudo:

"1. Determinar si corresponde declarar que, de la interpretación del contrato materia de litis, se desprende que las obligaciones de mantenimiento de los Sub Tramos 2, 3 y 5 a cargo de Coviperú solamente comprenden el mantenimiento rutinario de tales tramos o, por el contrario, si las obligaciones del demandante lo obligan a realizar un mantenimiento rutinario y además un mantenimiento periódico.

2. En caso se establezca que el mantenimiento que está obligado a realizar Coviperú de los Sub Tramos 2, 3 y 5 es solo rutinario, determinar los alcances de tal mantenimiento según lo establecido en el contrato materia de litis.

Asimismo, atendiendo a lo antes indicado, el Tribunal Arbitral deberá responder las siguientes preguntas:

a. ¿El mantenimiento rutinario equivale al mantenimiento periódico?
b. ¿El mantenimiento rutinario a la puesta a punto?
c. ¿El mantenimiento rutinario tiene como finalidad alcanzar los niveles de servicio establecido en el Anexo I del contrato materia de litis?
d. ¿El mantenimiento rutinario tiene por finalidad mantener los niveles de servicio establecidos en el Anexo I del Contrato de Concesión?

3. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrables". (Acta de Puntos Controvertidos, 2010, pp. 3-4)

d) Posición del Tribunal Arbitral en el laudo

69. El 23 de marzo de 2011, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo declarando fundada la primera pretensión principal de COVIPERÚ. Para ello, el Tribunal Arbitral delimitó el alcance de las obligaciones de mantenimiento, basándose en una interpretación estricta y literal del Contrato de Concesión, rechazando así las alegaciones del MTC. Los fundamentos principales se resumen así:

i. El Tribunal Arbitral reconoció que el mantenimiento es una "práctica dinámica", pero aclaró que este dinamismo no es una carta abierta. La obligación de Mantenimiento Rutinario solo es exigible en los Subtramos 2, 3 y 5 mientras estos no hayan sido

devueltos al Concedente; una vez entregados para las obras de Puesta a Punto, la naturaleza de la obligación cambia.

ii. Se determinó que no es correcto exigir mantener índices de serviciabilidad (Mantenimiento Periódico) en subtramos que nunca pasaron por una Puesta a Punto. En vista de que el Apéndice 2 del Anexo I del Contrato de Concesión no contempla obras de Puesta a Punto para los Subtramos 2, 3 y 5, concluyó que no se le puede exigir a la Concesionaria que mantenga estándares de calidad que los tramos nunca alcanzaron.

iii. A fin de resolver la discrepancia interpretativa de la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral aplicó el principio de la voluntad real de las partes. Así, resaltó que la Propuesta Técnica de COVIPERÚ, que tiene una redacción casi idéntica a la mencionada cláusula, contempló realizar únicamente un Mantenimiento Rutinario básico para asegurar el tráfico fluido en los Subtramos en cuestión.

Adicionalmente, el Laudo se refirió a la responsabilidad del MTC al suscribir la Adenda N.° 2. El Tribunal concluyó que, si el Concedente cambió el cronograma de obras, debió prever el impacto en el régimen de mantenimiento. El no haberlo hecho lo calificó como un hecho negligente del MTC, el cual no puede subsanarse mediante interpretaciones forzadas que pretendan extender las obligaciones de COVIPERÚ.

e) Posición del Tribunal Arbitral post laudo

70. COVIPERÚ solicitó una interpretación del laudo para que se precisen los alcances exactos del Mantenimiento Rutinario. A pesar de la oposición del MTC —quien alegó que el pedido no era parte de la controversia—, el Tribunal Arbitral le dio la razón a la Concesionaria.

71. Mediante la Resolución N.° 53 del 22 de junio de 2011, el Tribunal determinó que las actividades de Mantenimiento Rutinario a cargo de COVIPERÚ son las taxativamente señaladas en el Anexo I del Contrato de Concesión.

II.3.4 La medida cautelar solicitada por COVIPERÚ

a) Solicitud cautelar

72. Durante el trámite del arbitraje, COVIPERÚ informó que OSITRAN había iniciado, paralelamente, un procedimiento administrativo sancionador vinculado a un supuesto incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento en los Subtramos 2, 3 y 5 de la vía hasta su devolución al Estado Peruano. Ante ello, la Concesionaria solicitó al Regulador la suspensión de dicho procedimiento hasta que concluyera el arbitraje, en el cual se determinaría si incumplió o no con dichas obligaciones, así como sus alcances.

73. No obstante, mediante la Resolución N.° 063-2009-GG-OSITRAN, de fecha 12 de noviembre de 2009, la Gerencia General de OSITRAN denegó el pedido de suspensión, declaró la configuración de incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, y, en consecuencia, impuso una multa ascendente a 10 UIT. Inconforme con esa decisión, COVIPERÚ interpuso recurso de reconsideración y, posteriormente, apeló la resolución que declaró improcedente el recurso de reconsideración.

74. Posteriormente, 13 de mayo de 2010, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió la Resolución N.° 015-2010-CD-OSITRAN, confirmando la multa de 10 UIT, declarando agotada la vía administrativa y disponiendo dar inicio a las acciones de cobranza que correspondan. Esta decisión fue notificada a COVIPERÚ el 18 de mayo de 2010.

75. En ese contexto, por escrito del 25 de junio de 2010, la Concesionaria presentó ante el Tribunal Arbitral la siguiente solicitud de medida cautelar dirigida contra el Estado Peruano, en calidad de contraparte del Contrato de Concesión y no limitándose al MTC:

- Que se abstenga de iniciar procedimientos administrativos sancionadores en contra de la Concesionaria, relacionados con el presunto incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de los Subtramos 2, 3 y 5, así como suspender aquellos ya iniciados. Asimismo, suspender la ejecución de cualquier resolución definitiva en contra de la Concesionaria, incluyendo la ejecución de garantías y el inicio de procedimientos de cobranza coactiva, respecto de los Subtramos 2, 3 y 5 que son objeto del arbitraje.

76. COVIPERÚ afirmó cumplir con los presupuestos de las medidas cautelares, con base en los siguientes fundamentos:

- Verosimilitud del derecho: Se remitió a los fundamentos desarrollados en su escrito de demanda. Esto es, una correcta interpretación de las cláusulas 5.18 y 7.2 del Contrato de Concesión lleva a concluir que, respecto de los Subtramos 2, 3 y 5 únicamente resulta exigible el Mantenimiento Rutinario hasta ser desafectados de la Concesión.

- Peligro en la demora: Considerando que la Resolución N.° 015-2010-CD-OSITRAN había agotado la vía administrativa y que la sanción impuesta resultaba ejecutable, la Concesionario sostuvo que tal situación la colocaba en un grave riesgo de ejecución de la multa o incluso a la eventual configuración de una causal de caducidad de la Concesión.

- Contracautela: COVIPERÚ sostuvo que, si bien OSITRAN ya contaba con una carta fianza destinada a asegurar el cumplimiento de sus obligaciones —incluyendo eventuales penalidades o sanciones—, ofrecía como contracautela una carta fianza equivalente a 10 UIT, correspondiente al monto de la multa impuesta.

77. COVIPERÚ solicitó que el pedido cautelar sea tramitado *inaudita altera pars,* que la decisión cautelar sea notificada al MTC y que se ordene su cumplimiento al OSITRAN.

b) Decisión del Tribunal Arbitral

78. El Tribunal Arbitral concedió la medida cautelar sin correr traslado a la contraparte. En la Resolución Cautelar N.º 1, consideró que, al ser el Estado Peruano —representado por el MTC— parte del Contrato de Concesión, el convenio arbitral resultaba vinculante para el Estado en su conjunto, incluyendo a OSITRAN. Bajo esa premisa, señaló que las entidades involucradas debían acatar las decisiones arbitrales, sin que la organización interna del Estado pueda invocarse para desconocer el convenio arbitral o interferir en la controversia relativa a los Subtramos 2, 3 y 5.

79. A fin de sustentar el otorgamiento de la medida cautelar, el Tribunal Arbitral consideró que la interpretación contractual planteada por COVIPERÚ sobre el mantenimiento de los tramos destinados a la desafectación cumplía con el requisito de verosimilitud del derecho, al presentar apariencia de buen derecho. Asimismo, verificó la existencia del peligro en la demora, en atención al riesgo inminente de ejecución de la sanción impuesta por OSITRAN.

80. De igual modo, advirtió una estrecha vinculación entre la controversia sometida a arbitraje y las imputaciones formuladas por el regulador en el procedimiento sancionador, lo que generaba el riesgo de que el laudo y la decisión de OSITRAN resultaran contradictorios. En tal sentido, para asegurar la eficacia del futuro laudo, estimó necesario ordenar la suspensión inmediata de toda actuación ajena al arbitraje orientada a ejecutar la decisión de OSITRAN, así como evitar el inicio de nuevos procedimientos con dicha finalidad.

81. Así pues, el Tribunal Arbitral ordenó al Estado Peruano —representado por el MTC— y a OSITRAN —como integrante del Estado Peruano— abstenerse de iniciar procedimientos administrativos sancionadores vinculados al presunto incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento en los Subtramos 2, 3 y 5, así como suspender aquellos que se encontraban en curso o en fase de ejecución. Además, aceptó la contracautela ofrecida por COVIPERÚ.

c) Solicitud de reconsideración a la medida cautelar dictada

82. Debido a que OSITRAN fue notificada con la decisión cautelar, mediante escrito del 26 de julio de 2010, interpuso recurso de reconsideración solicitando que se deje sin efecto la Resolución Cautelar N.º 1. Como fundamento, alegó que el Tribunal Arbitral no contaba con competencia para interferir en el ejercicio de sus facultades sancionadoras, ya que es una potestad exclusiva y excluyente conferida por ley.

83. Por su lado, el MTC también interpuso recurso de reconsideración a través del escrito del 27 de julio de 2010. Alegó que la decisión del Tribunal Arbitral interfería con potestades exclusivas de OSITRAN, refiriéndose a su facultad interpretativa del Contrato

y al ejercicio de su potestad sancionadora, materias que no son de libre disposición ni arbitrables.

d) Decisión del Tribunal Arbitral sobre la reconsideración

84. El Tribunal Arbitral, mediante Resolución Cautelar N.º 2 de fecha 3 de agosto del 2010, declaró improcedente la reconsideración de OSITRAN, alegando que no podía participar en el arbitraje al no ostentar la calidad de parte.

85. Adicionalmente, a través de la Resolución Cautelar N.º 6 del 28 de febrero de 2011, el Tribunal Arbitral desestimó la solicitud de reconsideración del MTC.

III. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES

III.1. Problemas jurídicos de jurisdicción o competencia arbitral

(i) Determinar si la controversia sobre la interpretación del Contrato de Concesión es materia arbitrable.

(ii) Determinar si era necesario que la Concesionaria agote la vía administrativa ante el OSITRAN, previamente al inicio del arbitraje.

(iii) Determinar si el OSITRAN debía ser incorporado al arbitraje.

III.2. Problemas jurídicos de la medida cautelar

(iv) Determinar si el Tribunal Arbitral otorgó válidamente la medida cautelar a favor de COVIPERÚ.

III.3. Problemas jurídicos del fondo de la controversia

(v) Determinar la naturaleza del Contrato de Concesión

(vi) Determinar si COVIPERÚ tenía la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y OPINIÓN DE LAS BACHILLERES

Análisis de los problemas jurídicos de jurisdicción o competencia arbitral

86. COVIPERÚ inició el arbitraje con el objetivo de que se determine el alcance de las obligaciones de mantenimiento que recaen en los Subtramos 2, 3 y 5 antes de ser revertidos al Concedente. Resolver ese petitorio requería una labor de interpretación del Contrato de Concesión; esa fue la materia sometida a decisión de los árbitros, es decir, el eje central del fondo de la controversia. En contraste, el MTC intentó evitar que los árbitros analicen el fondo del petitorio, para lo cual interpuso diversas excepciones.

87. Todas las excepciones presentadas por el MTC se derivan de un mismo argumento: la interpretación del Contrato de Concesión no es materia arbitrable. Bajo la premisa de que se trataba de una facultad exclusiva de OSITRAN, planteó una excepción de incompetencia, una de falta de agotamiento de vía previa y otra de falta de legitimidad para obrar del MTC. Adicionalmente, solicitó que se incorpore a OSITRAN al arbitraje.

88. En función a las discusiones arbitrales de jurisdicción, nuestra labor ha sido identificar los problemas jurídicos para analizarlos y emitir una opinión sobre lo resuelto por el Tribunal Arbitral. Para ello, seguiremos el esquema propuesto en la sección precedente, en lo que respecta a los problemas de jurisdicción o competencia arbitral.

IV.1. Determinar si la controversia sobre la interpretación del Contrato de Concesión es materia arbitrable

89. El MTC interpuso la excepción de incompetencia alegando que los árbitros carecían de competencia para resolver el fondo de la controversia, por tratarse de una materia no susceptible de ser discutida en sede arbitral. En esta sección se analizará si la decisión del Tribunal Arbitral, al declarar infundada dicha excepción y determinar su competencia

para pronunciarse sobre el petitorio de COVIPERÚ, fue correcta o no según nuestra posición jurídica sobre la arbitrabilidad de la controversia.

90. La competencia de los árbitros para resolver cierta controversia es otorgada por el acuerdo arbitral. En efecto, dicho acuerdo delimita qué controversias las partes han decidido resolver mediante arbitraje; nos referimos al alcance o *scope* del convenio arbitral. Sin embargo, no toda controversia es factible de ser llevada a la vía arbitral, es decir, es arbitrable. Por tanto, para determinar la competencia de los árbitros no basta con remitirse al texto del convenio arbitral, también se requiere verificar la arbitrabilidad objetiva de la controversia.

91. La arbitrabilidad objetiva consiste en "la condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros, lo cual implica, en otras palabras que no se trate de aquellas sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales" (Caivano, 2013, p. 65). En esa línea, Caivano (2013) explica que la condición de arbitrable depende de la opción legislativa de los países (p. 65).

92. En el caso peruano, el artículo N.º 2.1 del Decreto Legislativo N.º 1071 ("Ley de Arbitraje") fija el criterio de arbitrabilidad que se debe seguir al analizar si una controversia puede ser resuelta mediante arbitraje:

> "Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.
> 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. (…)". (D. L. N.º 1071, Art.2, 2008)

93. Conforme a la Ley de Arbitraje, existen dos formas de cumplir con el requisito de arbitrabilidad: (i) que se trate de una materia de libre disposición y (ii) que sea autorizada por ley, tratado o acuerdo internacional. Al tratarse de un contrato de concesión que tiene al Estado como una de las partes, nos encontramos en el segundo supuesto, por lo que debemos remitirnos a la normativa que habilita el arbitraje en estos casos.

94. La Constitución Política del Perú reconoce expresamente que las entidades del Estado también pueden discutir las controversias derivadas de sus relaciones contractuales en la

vía arbitral:

> "Artículo 63.- (…)
> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley". (Constitución Política del Perú, Art. 63, 1993). (Énfasis agregado).

95. La habilitación otorgada por la Constitución se desarrolla en las normas con rango de ley. Considerando que el Contrato de Concesión se celebró el año 2005 y al amparo del "Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos", aprobado mediante Decreto Supremo N.° 059-96-PCM, debemos remitirnos al artículo N.º 17 del mencionado TUO:

> "Artículo 17.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último.
>
> El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Constitución Política del Perú, aunque no se hubiera celebrado el contrato al que se refiere el párrafo anterior". (D. S. N.° 059-96-PCM, 1996). (Énfasis agregado).

96. Nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto que, en el marco de los contratos de concesión, solo son arbitrables las controversias que revisten un carácter patrimonial; característica que se asemeja al criterio de libre disposición. Si bien en este caso la condición de arbitrable, conforme al artículo 2 de la Ley de Arbitraje, se obtiene por

habilitación legal, la ley especial también contempla el contenido patrimonial de la controversia.

i. El contenido patrimonial de la presente controversia

97. En aplicación de la normativa sobre concesiones, debemos verificar el carácter patrimonial del reclamo de COVIPERÚ a fin de determinar si es arbitrable. Debido a que la pretensión es de naturaleza declarativa y requiere una labor de interpretación del Contrato[3], se aprecia inicialmente su carácter contractual. Profundizando en su contenido, se advierte que el punto central de la discusión es el alcance de las obligaciones de mantenimiento, cuya naturaleza es patrimonial.

98. Así, lo esencial era determinar si COVIPERÚ estaba obligado a ejecutar solo el Mantenimiento Rutinario en los Subtramos 2, 3 y 5 o tanto el Mantenimiento Rutinario como el Periódico. Estas prestaciones no solo son patrimoniales en sentido amplio, sino también en sentido estricto y tangible, pues incluir o no el Mantenimiento Periódico tiene un impacto directo en los costos de la Concesionaria. El valor económico de la controversia radica en los recursos adicionales que COVIPERÚ destinaría a dicha labor, lo que, a su vez, se traduce en un beneficio económico para el MTC, que recibiría los Subtramos en un mejor estado de conservación.

99. Entonces, al haberse comprobado el carácter patrimonial de la controversia sometida a discusión de los árbitros, se cumple con lo dispuesto en la normativa arbitral y de concesiones sobre la arbitrabilidad, por lo que estamos ante una materia arbitrable. Por tanto, coincidimos con el análisis del Tribunal Arbitral que lo llevó a concluir que la interpretación del Contrato de Concesión tiene un contenido patrimonial.

ii. ¿La interpretación del Contrato es una facultad exclusiva de OSITRAN?

100. Hasta esta sección, se ha verificado el requisito de la patrimonialidad de la controversia. Sin embargo, el análisis de arbitrabilidad no termina ahí porque, al plantear la excepción

[3] "Que las obligaciones de mantenimiento de los Sub-Tramos 2, 3 y 5 de cargo de COVIPERÚ solamente comprende el Mantenimiento Rutinario, tal como se desprende de una adecuada interpretación del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica. (…)". (Demanda arbitral de COVIPERÚ, 2009).

de incompetencia, el MTC alegó que OSITRAN ostenta la facultad exclusiva para interpretar el Contrato de Concesión, por lo que los árbitros no tendrían competencia para dirimir esta controversia. Por ello, se analizará la competencia de OSITRAN y de los árbitros sobre interpretación contractual.

101. A nuestro juicio, es indubitable que las partes pactaron en el convenio arbitral de la cláusula N.º 15 del Contrato de Concesión que las disputas sobre interpretación contractual serían resueltas mediante arbitraje, en caso la fase de trato directo no resulte satisfactoria:

> "15.12.- Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento, y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez a eficacia del Contrato o caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario regulado por el REGULADOR cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas), serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.
>
> (…)
>
> En caso las Partes, dentro del plazo de trato directo, no resolvieran el conflicto o incertidumbre suscitada, deberán definirlo como un conflicto o incertidumbre de carácter técnico o no-técnico, según sea el caso. Los conflictos o incertidumbres técnicas (cada una, una "Controversia Técnica") serán resueltos conforme al procedimiento estipulado en la Cláusula 15.13.a. Los conflictos o incertidumbres que no sean de carácter técnico (cada una, una "Controversia No-Técnica") serán resueltos conforme al procedimiento previsto en la Cláusula 15.13.b. (…)". (Contrato de Concesión, 2005, p.102). (Énfasis agregado)[4].

102. En ese sentido, los árbitros fueron autorizados expresamente a dirimir conflictos relacionados con la interpretación contractual, como es el caso del alcance de las

[4] Dado que este caso es una controversia no-técninca, se tramitó como un arbitraje de derecho ante la Cámara de Comercio de Lima, en cumplimiento de la cláusula 15.13.b.(ii) del Contrato de Concesión.

obligaciones de mantenimiento. Ahora bien, el asunto es determinar cómo dicho pacto es compatible con el ejercicio de las facultades de OSITRAN, ya que los árbitros no podrían atribuirse funciones del regulador. Para entender ello, debemos delimitar la función interpretativa de OSITRAN.

103. El artículo N.º 7.1 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley N.° 26917) establece las funciones de OSITRAN. Específicamente, en el literal e) se indica la facultad interpretativa:

> "7.1 Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:
> (…)
> e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación". (Ley. N.° 26971, 1998). (Énfasis agregado).

104. Dicha función es ejercida por el Consejo Directivo de OSITRAN, conforme al artículo 29 del Reglamento General del OSITRAN[5]:

> "Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión
>
> Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley Nº 29754.
>
> La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares". (D. S. N.° 044-2006-PCM, 2006)

105. En efecto, por disposición legal, al Consejo Directivo del OSITRAN se la ha otorgado la facultad de interpretar los contratos de concesión. Sin embargo, esta interpretación debe ejercerse en el marco de sus competencias como ente regulador que vela por el

[5] En el artículo 53 del mismo cuerpo normativo se otorga al Consejo Directivo esa función.

cumplimiento adecuado de los contratos de concesión. No se le ha otorgado una potestad exclusiva ni que reemplace la voluntad de las partes. Al respecto, compartimos la siguiente opinión: "Para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de los contratos de concesión, Ositran tiene que entender cuáles son sus alcances y, para eso, debe interpretarlos. Sin embargo, ello no faculta a contradecir la interpretación hecha por las partes. Esta última será la que prime y en la cual Ositran deberá basarse para ejecutar sus funciones" (Manayalle, 2006, p. 72).

106. Incluso en el supuesto de que las partes no tengan una postura concordante sobre los términos del contrato, se debe respetar el método que escogieron para dilucidar dicha incertidumbre:

> "Se debe considerar que en caso la interpretación efectuada por ambas partes sea concordante, esa deberá ser el único sentido en el que deba entenderse la estipulación interpretada. De no llegar a un acuerdo, las partes deberán someterse al mecanismo de solución de controversias previsto en los contratos de concesión, lo cual está conformado por el arbitraje". (Manayalle, 2006, p. 72)

107. De esta manera, la interpretación que pueda efectuar OSITRAN es solo una herramienta más para las partes, la cual no es vinculante ni pone fin de manera definitiva a una divergencia interpretativa entre ellas. Al respecto, concordamos con la siguiente opinión:

> "La interpretación de OSITRAN sólo puede ser utilizada como un mecanismo adicional y complementario para las Partes a fin de esclarecer las incertidumbres del Contrato, mas no puede ser considerada como una opinión o un acto vinculante para éstas; porque reiteramos son las Partes los únicos actores legitimados para determinar los alcances del Contrato". (Menchola y Chamorro, 2015, p. 100)

108. En línea con lo expuesto, consideramos que tanto los árbitros como el OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, pueden interpretar el Contrato de Concesión sin que se configure una superposición de funciones, pues se trata de dos mecanismos con origen y efectos jurídicos distintos. OSITRAN puede ejercer la función interpretativa que le fue atribuida por ley; sin embargo, de existir controversia entre las partes sobre el sentido de

las obligaciones contractuales, esta será resuelta de forma definitiva y vinculante en el laudo, conforme al pacto arbitral.

109. En conclusión, la controversia sobre el alcance de la obligación de mantenimiento en los Subtramos 2, 3 y 5 tiene carácter patrimonial y su resolución mediante arbitraje no implica el ejercicio de potestades reservadas a OSITRAN. Por tanto, es arbitrable y no cabe amparar una excepción de incompetencia en los términos propuestos por el MTC.

iii. Evaluación de las posiciones de las partes y del Tribunal Arbitral

110. Si bien es correcto señalar que OSITRAN está facultado para interpretar el Contrato de Concesión, disentimos completamente con la postura del MTC en el extremo de que dicha facultad sería exclusiva del regulador y que el Tribunal Arbitral estaría interfiriendo con tal función al conocer la presente controversia. En consecuencia, rechazamos las alegaciones destinadas a cuestionar la arbitrabilidad de la materia sometida a decisión de los árbitros.

111. Nos encontramos de acuerdo con la postura sostenida por COVIPERÚ al defender la arbitrabilidad de la controversia y la competencia del Tribunal Arbitral. En efecto, diferenció el rol de OSITRAN al interpretar el Contrato de Concesión y el de los árbitros al resolver la discrepancia entre las partes. Sin perjuicio de ello, somos de la opinión de que faltó profundizar en el carácter patrimonial de la materia en discusión.

112. Compartimos la decisión del Tribunal Arbitral al determinar que la materia es arbitrable, resaltar su carácter patrimonial y desestimar la excepción de incompetencia. Sin embargo, discrepamos con el razonamiento expresado en el fundamento vigésimo tercero de la Resolución N.º 9, en el que concluye que la interpretación efectuada por el Consejo Directivo de OSITRAN es vinculante para las partes[6]. Conforme a lo desarrollado al analizar la facultad interpretativa del regulador, nuestra posición es que la opinión del

[6] "Vigésimo Tercero: Que, de otro lado, es necesario que distingamos que una cosa es la interpretación del contrato que deben realizar los órganos pertinentes de OSITRAN para ejercer sus funciones (sobre todo de supervisión, de fiscalización y sancionadora) y otra la facultad que tiene el Consejo Directivo de interpretar el contrato de concesión según el literal e) del inciso 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura del Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreos, siendo esta segunda la que sería vinculante para las partes, mientras que la primera solo serviría como un medio para que OSITRAN ejerza sus funciones, pero que de ninguna manera fija el contenido de los contratos de concesiones ni es oponible a las partes". (Resolución N.º 9, 2009).

Consejo Directivo no es de cumplimiento obligatorio para las partes, quienes tienen expedito el derecho a resolver su discrepancia en la vía arbitral, en base al convenio arbitral pactado.

IV.2. Determinar si era necesario que la Concesionaria agote la vía administrativa ante el OSITRAN, previamente al inicio del arbitraje

113. En la sección precedente hemos concluido que la controversia sobre la interpretación del Contrato de Concesión es arbitrable y que OSITRAN no tiene la facultad exclusiva para interpretar el Contrato. Si bien esas conclusiones son suficientes para determinar que el Tribunal Arbitral estuvo válidamente facultado para conocer la controversia, es también imprescindible pronunciarnos sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa interpuesta por el MTC, así como evaluar la decisión del Tribunal Arbitral que la declaró infundada.

114. Al plantear esta excepción, el MTC no cuestionó la arbitrabilidad objetiva *per se* de la controversia. El demandado abordó la discusión desde otra perspectiva, pero con el mismo objetivo de impedir que el Tribunal Arbitral resuelva el caso. Por ello, alegó que COVIPERÚ primero debió solicitar la interpretación del Contrato al Consejo Directivo de OSITRAN y agotar los medios impugnatorios en sede administrativa.

115. Recordemos que la divergencia de opiniones entre el Concedente y la Concesionaria sobre el mantenimiento que correspondía ejecutar en los Subtramos 2, 3 y 5, antes de ser revertidos, se originó con la opinión de OSITRAN. Sin embargo, en este arbitraje COVIPERÚ no cuestionó formalmente la postura del regulador, lo que hizo fue solicitar una interpretación del Contrato de Concesión para poner fin a la controversia entre las partes sobre el alcance de las obligaciones.

116. Sin perjuicio de lo anterior, resaltamos que en el Informe N.° 098-08-GS-OSITRAN, notificado a COVIPERÚ por Oficio N.° 496-08-GS-OSITRAN, se determinó que la Concesionaria tenía la obligación de ejecutar el Mantenimiento Periódico en los Sub-Tramos 2, 3 y 5. Este informe fue emitido por la Gerencia de Supervisión del OSITRAN y constituye solo una opinión o recomendación, no puede ser considerada una interpretación del contrato, pues esa facultad está reservada para el Consejo Directivo.

Tampoco es una opinión vinculante para las partes del Contrato de Concesión, ni estamos frente a un acto administrativo que sea impugnable.

117. Por otro lado, el Consejo Directivo no ejerció su facultad interpretativa en este caso. Ello no significa que COVIPERÚ estuviera obligado a solicitarle la interpretación del Contrato de Concesión y, posteriormente, impugnar tal pronunciamiento en sede administrativa, como equivocadamente sugirió el MTC. Recordemos que, al analizar esta facultad de OSITRAN, concluimos que la interpretación no es vinculante para las partes ni menoscaba su derecho a activar el convenio arbitral para resolver una desavenencia sobre el sentido de lo pactado en el Contrato de Concesión. Además, la interpretación del Consejo Directivo no tiene naturaleza de acto administrativo, por lo que tampoco es factible de ser impugnado hasta agotar la vía administrativa.

118. Incluso si estuviéramos ante actos administrativos, consideramos que es jurídicamente incorrecto plantear una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en sede arbitral. Agotada la sede administrativa, la única vía para cuestionar la decisión de la administración es el proceso judicial contencioso-administrativo. Por tanto, es contradictorio exigir que un acto administrativo quede firme antes de iniciar el arbitraje. En ese escenario, el arbitraje no está habilitado.

119. Siendo ello así, nos encontramos en desacuerdo con la posición del MTC y nos parece acertada la decisión del Tribunal Arbitral de declarar infundada esta excepción.

Evaluación de las posiciones de las partes y del Tribunal Arbitral

120. Discrepamos de la estrategia seguida por el MTC al plantear la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en sede arbitral. Esta figura no es compatible con un arbitraje ni puede ser considerada como una vía previa.

121. Aún en el escenario de que se hubiera solicitado la interpretación contractual al Consejo Directivo de OSITRAN, el pronunciamiento en sí mismo no sería materia arbitrable, toda vez que es una potestad del regulador en ejercicio de sus funciones de *ius imperium.* Sin perjuicio de que no sea vinculante para las partes y, en caso de controversia, puedan recurrir al arbitraje para interpretar los alcances del Contrato de Concesión.

122. Con relación a la posición de COVIPERÚ, estamos de acuerdo en que la vía administrativa previa no resulta aplicable en sede arbitral. No obstante, no compartimos el extremo de sus alegatos que resaltan que el convenio arbitral no ha establecido dicho requisito como vía previa, pues es susceptible de generar confusión e implícitamente dar a entender que, si el convenio lo señalara, se podría impugnar actos administrados que causen estado en la vía arbitral, cuando el mecanismo para ello es la vía judicial.

123. Consideramos que el Tribunal Arbitral ha decidido correctamente desestimar la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, pues esta es una excepción aplicable en el marco de un proceso judicial contencioso-administrativo, no en el arbitraje. Ahora bien, al acoger los argumentos de COVIPERÚ, criticamos que el Tribunal Arbitral haya incluido entre sus fundamentos el que la cláusula arbitral no impone tal requisito como vía previa, toda vez que resulta innecesario para desestimar la posición del MTC y puede causar confusión como lo indicamos en el párrafo anterior.

IV.3. Determinar si el OSITRAN debía ser incorporado al arbitraje

124. El MTC pretendió que esta controversia se discuta con la participación de OSITRAN desde dos frentes argumentativos. El primero fue al plantear la excepción de falta de legitimidad para obrar de sí mismo, señalando que lo correcto era emplazar al regulador, pues se cuestionaba su facultad de interpretación de los contratos. El segundo, fue al solicitar su incorporación como litisconsorte necesario pasivo, alegando también que la decisión podía afectar esa facultad interpretativa. Ambos pedidos fueron rechazados por el Tribunal Arbitral, por lo que emitiremos nuestra opinión al respecto.

125. En las secciones anteriores hemos aclarado que en este arbitraje no se discutió la potestad de OSITRAN. Hemos diferenciado entre la interpretación contractual que realiza OSITRAN, incluyendo su Consejo Directivo, y la competencia de los árbitros para resolver una discrepancia entre las partes sobre los alcances de sus obligaciones pactadas en el Contrato de Concesión. Fue el MTC quien, siguiendo las opiniones no vinculantes de OSITRAN, sostuvo una posición contraria a la interpretación contractual efectuada por COVIPERÚ, versión en la que el Mantenimiento Periódico no era exigible para los Subtramos 2, 3 y 5.

126. Al haberse generado perspectivas discrepantes sobre lo que el MTC y COVIPERÚ interpretaban del contenido de las obligaciones de mantenimiento, la Concesionaria activó el mecanismo de solución de disputas acordado por las partes. En efecto, se trata de una controversia exclusivamente entre el MTC y la Concesionaria, quienes son partes contractuales y del convenio arbitral, por lo que fue correcto interponer la demanda contra el Concedente y no contra el OSITRAN. En tal sentido, no estamos de acuerdo con la postura del MTC y consideramos válida la decisión del Tribunal Arbitral de desestimar la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva.

127. En relación a la petición de incorporación del OSITRAN en calidad de litisconsorte necesario, nos inclinamos por descartar la aplicación de figuras del derecho procesal civil al arbitraje. A nuestro juicio, la inclusión de participantes en el arbitraje debe efectuarse al amparo de la normativa arbitral.

128. Así pues, OSITRAN no es parte signataria del convenio arbitral ni encaja en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje[7], a fin de que se le extienda el convenio arbitral y se habilite su participación. Es más, el propio pacto arbitral es concluyente al especificar que esa sección incluye solo al MTC y a COVIPERÚ, en la claúsula referida a solución de controversias:

> "Definición de Partes para la Presente Sección
>
> 15.11.- Para efectos de toda la Sección XV, cuando se hable de Partes, este término comprenderá indistintamente a la SOCIEDAD CONCESIONARIA y a el CONCEDENTE. Los conflictos a que se refiere la presente sección se pueden suscitar entre la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE". (Contrato de Concesión, 2005, p.102)

129. El arbitraje es consensual y exclusivo para las partes del convenio arbitral, no permite la intervención de terceros. OSITRAN, al ser un tercero, no estaba autorizado a participar

[7] Artículo 14 del Decreto Legislativo N.º 1071 (2008):
"Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.
El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos".

en este arbitraje, por tanto, aprobamos la decisión del Tribunal Arbitral de desestimar la inclusión del regulador, tal como lo solicitó el MTC.

130. Ahora bien, debemos reconocer que en la actualidad la participación de los reguladores en los arbitrajes sobre contratos de concesión se ha vuelto posible por mandato legal. Al momento que se celebró este arbitraje no existía tal disposición; sin embargo, desde el año 2015, con el Decreto Legislativo N.º 1224, hasta la actual normativa es obligatorio que los organismos reguladores participen como coadyuvantes en los arbitrajes que se discuten materias vinculadas a su competencia, tal como se establece en el artículo N.º 60.2 de la reciente "Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos":

> "Artículo 60. Solución de controversias
> (…)
> 60.2 La entidad pública titular del proyecto garantiza la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales, para coadyuvar al debido patrocinio del Estado. El árbitro o Tribunal Arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a su competencia, conforme a la normativa vigente". (Ley N° 32441, 2025)

131. Bajo esas modificaciones, consideramos que, en la actualidad, OSITRAN podría desempeñar el rol de coadyuvante del MTC en el arbitraje. Si bien en este caso no se discute la facultad interpretativa *per se* de OSITRAN, además de no ser arbitrable, los asuntos contractuales abordados se vinculan con las competencias de OSITRAN como la de velar por el adecuado cumplimiento del Contrato de Concesión.

Evaluación de las posiciones de las partes y del Tribunal Arbitral

132. No compartimos la posición del MTC al señalar que la demanda de la Concesionaria debió ser interpuesta contra OSITRAN, pues la controversia es entre el MTC y COVIPERÚ. Asimismo, estamos en desacuerdo con la solicitud de incorporación del regulador al arbitraje, toda vez que no es parte del Contrato de Concesión ni del convenio arbitral.

133. En ese sentido, consideramos que la postura defendida por COVIPERÚ fue correcta. A su vez, nos adherimos a las decisiones del Tribunal Arbitral que declaró infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar y rechazó la inclusión del regulador en el arbitraje.

134. Hasta este punto, expresamos nuestra conformidad con las decisiones del Tribunal Arbitral sobre los asuntos de jurisdicción, sin perjuicio de que a lo largo de este acápite identificaramos algunas discrepancias con el razonamiento expuesto. En consecuencia, consideramos que el Tribunal Arbitral tenía competencia para continuar con el trámite del arbitraje y dilucidar el fondo de la controversia: interpretar el Contrato de Concesión para esclarecer el alcance de las obligaciones de mantenimiento de los Subtramos 2, 3 y 5.

Análisis de los problemas jurídicos de la medida cautelar

IV.4. Determinar si el Tribunal Arbitral otorgó válidamente la medida cautelar a favor de COVIPERÚ

135. En el contexto del procedimiento administrativo sancionador iniciado por OSITRAN contra COVIPERÚ —bajo el cargo de incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento en los Subtramos 2, 3 y 5, según el artículo 15.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (Resolución de Consejo Directivo N.° 023-2003-CD/OSITRAN) — la Concesionaria formuló una solicitud cautelar. Dicha medida fue finalmente otorgada por el Tribunal Arbitral; por tanto, analizaremos si esta decisión fue adecuada.

136. A nuestro juicio, COVIPERÚ sí se encontraba en una situación que requería tutela cautelar urgente, toda vez que el riesgo de materialización del daño, derivado de la inminente sanción de OSITRAN, era real. Asimismo, existía vinculación entre el resultado de la decisión del Tribunal Arbitral sobre el alcance de las obligaciones de mantenimiento y la infracción imputada por el regulador. Sin embargo, fue un exceso de COVIPERÚ solicitar que el Tribunal Arbitral ordene directamente a OSITRAN la suspensión del proceso sancionador. Consideramos que la Concesionaria mezcló indebidamente procesos de distinta naturaleza.

137. En efecto, el presente arbitraje tiene por objeto definir la interpretación contractual que esclarezca la discrepancia sobre el tipo de mantenimiento que correspondía a los Subtramos 2, 3 y 5; una controversia de naturaleza estrictamente contractual y patrimonial. En cambio, el procedimiento administrativo sancionador constituye un ejercicio de la potestad sancionadora de OSITRAN, atribución de *ius imperium*. Por lo tanto, la vía idónea para cuestionar las decisiones del regulador es la administrativa y, una vez agotada esta, el proceso contencioso-administrativo en sede judicial, donde COVIPERÚ mantiene su derecho de solicitar la tutela cautelar correspondiente para suspender los efectos del acto administrativo.

138. Bajo este análisis, concluimos que el Tribunal Arbitral incurrió en graves errores jurídicos al dictar la medida cautelar contra OSITRAN: i) excedió los límites de su competencia, ii) se pronunció sobre una materia no arbitrable, iii) interfirió indebidamente con la potestad sancionadora del regulador y iv) emitió órdenes contra un tercero ajeno al arbitraje.

Evaluación de las posiciones de las partes y del Tribunal Arbitral

139. Discrepamos completamente de la estrategia de COVIPERÚ al solicitar una medida cautelar en sede arbitral para suspender el proceso administrativo sancionador iniciado por OSITRAN. Consideramos que esta postura resulta contradictoria con su anterior negativa a la incorporación de OSITRAN, ya que pretende que se emita órdenes vinculantes contra alguien que no es parte del proceso arbitral. En nuestra opinión, COVIPERÚ debió acudir a la vía judicial para buscar la tutela cautelar correspondiente, respetando la naturaleza de cada proceso.

140. En línea con lo expuesto, estamos en total desacuerdo con la medida cautelar dictada por el Tribunal Arbitral contra OSITRAN. Dicho error no fue rectificado al desestimar las solicitudes de reconsideración presentadas. Es más, la contradicción se hizo manifiesta cuando el Tribunal Arbitral rechazó el escrito del regulador alegando que este no es parte del arbitraje.

Análisis de los problemas jurídicos del fondo de la controversia

IV.5. Definición de la naturaleza del Contrato de Concesión

141. Consideramos que, con la finalidad de poder resolver la divergencia entre el MTC y COVIPERÚ presentada en el arbitraje con relación a la existencia o no de la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5, es necesario que primero definamos la naturaleza del Contrato de Concesión.

142. Al respecto, vimos que la posición de COVIPERÚ fue negar que le correspondía realizar el Mantenimiento Periódico pues considera que tal obligación no se encontraba prevista expresamente en el Contrato de Concesión.

143. Por su parte, el MTC afirmó que dicha obligación sí se encontraba prevista en el Contrato y que, incluso si tal obligación no se encontrara pactada expresamente, esta nacía "implícitamente" del servicio público concesionado y de la consecuente protección del interés público de mantener la carretera en óptimas condiciones para los usuarios.

144. Ante ello, el Tribunal Arbitral señaló que, para resolver la controversia, correspondía determinar si, en el supuesto que la obligación no se encontrara establecida expresamente en el contrato de concesión, esta podía ser igualmente exigible a COVIPERÚ como parte de una "obligación general" de conservación del tramo. Finalmente, resolvió declarando que tal obligación no se encontraba a cargo de COVIPERÚ, en virtud de: (i) la interpretación sistemática del contrato, (ii) la voluntad real de las partes; y (iii) el principio de preservación del equilibrio económico-financiero.

a) Sobre los contratos de concesión en el ordenamiento jurídico peruano

145. En primer lugar, a efectos de dar respuesta a este punto, debemos explorar la naturaleza del contrato de concesión en nuestro ordenamiento jurídico. Así, podemos reconocer que el Estado hace uso de figuras de negociación para realizar tareas de naturaleza pública en sectores que son críticos —como en la provisión de bienes, el de infraestructura y el de servicios públicos— (Morón y Aguilera, 2019). En este escenario, los contratos con el Estado, quien actúa a través de la Administración Pública, surgen como una técnica de

colaboración en la que participan privados para cumplir fines públicos. En el Perú, la tipología contractual es amplia y abarca desde los contratos de aprovisionamiento (compras públicas) hasta las Asociaciones Público-Privadas (APP) y los contratos-ley.

146. Al respecto, si bien en el ordenamiento jurídico de otros países se establece una diferencia entre los "contratos administrativos" y los "contratos de derecho privado de la administración", en nuestro ordenamiento no se recoge una distinción expresa ni existe una legislación unitaria que consolide la regulación de la contratación realizada por la Administración Pública (Danós, 2006).

147. Siguiendo la postura de Huapaya (2013), el contrato público se define como todo acuerdo de voluntades, permitido por ley, en el que interviene una entidad de la Administración Pública en ejercicio de una función o cometido administrativo, del cual surgen derechos y obligaciones para las partes. Bajo esta premisa, estos acuerdos se distinguen de los pactos privados no solo por el elemento subjetivo (la presencia del Estado), sino fundamentalmente por su causa-fin: el cumplimiento de una finalidad administrativa predeterminada por la norma. En consecuencia, mientras que la contratación entre particulares se rige por la autonomía de la voluntad, el contrato estatal se configura como una técnica de colaboración donde la Administración actúa sujeta al principio de legalidad para la implementación de políticas de interés público.

148. Ahora bien, es importante destacar que cuando la Administración Pública contrata lo hace porque la ley lo permite y sujeta al derecho administrativo, lo cual define que el contrato se forme, se suscriba y ejecute. Este es un aspecto importante pues podemos concluir que la Administración Pública actúa desprovista de la "autonomía de la voluntad" propia de los particulares cuando contratan; por lo tanto, para poder llevar a cabo actividad contractual debe cumplir con los procedimientos administrativos que estén regulados, los mismos que pueden ser tanto: (i) internos, para determinar si se contratará y el objeto; como (ii) externos, para la selección del contratista y la forma en cómo se suscribirá y, posteriormente, ejecutará el contrato.

149. Por tanto, de lo expuesto podemos rescatar que este tipo de acuerdos se caracteriza por una relación de desigualdad reglada, donde la Administración Pública se sitúa en una posición de supremacía jurídica de manera que le permita asegurar que el interés público

—el mismo que como ya indicamos anteriormente, es el fin de este tipo de contrato— se cumpla de manera efectiva (Morón y Aguilera, 2019).

150. Esta naturaleza especial genera un conjunto de obligaciones y prerrogativas que no existen en la contratación privada, facultades unilaterales que permiten a la Administración Pública dirigir, controlar e intervenir en la ejecución contractual para adaptarla a las cambiantes necesidades colectivas (Morón y Aguilera, 2019). Es decir, en virtud de estas prerrogativas "exorbitantes", la Administración Pública estaría habilitada a: modificar unilateralmente las obligaciones de su contratante, a rescindir por sí las obligaciones, a dirigir y controlar de manera constante la ejecución del contrato.

151. Habiendo determinado las características del contrato administrativo, es oportuno ahora revisar el tratamiento legal que se da a estos contratos en nuestro ordenamiento. Al respecto, como hemos indicado anteriormente, Danós (2006) precisa que en nuestro ordenamiento no se establece expresamente un concepto o un régimen que lo unifique. En este escenario, los acuerdos que suscribe el Estado están sometidos a marcos legales especiales en función de qué se contrata (servicios públicos, obras, recursos naturales) o de quién lo hace, en función al nivel de gobierno que interviene.

152. El universo de los contratos que se celebran con el Estado peruano es variado y podemos clasificarlos, a grandes rasgos, según la finalidad de la prestación en:

- Contratos de Aprovisionamiento: Orientados a obtener insumos inmediatos. Incluyen la adquisición de bienes, el suministro de tracto sucesivo, la locación de servicios, la consultoría y el contrato de obra pública.

- Contratos de Asociación Público-Privada (APP): Categoría amplia que incluye la concesión, la asociación en participación y los contratos de gerencia, donde se distribuyen riesgos para desarrollar infraestructura o servicios (Morón y Aguilera, 2019).

- Contratos Habilitantes de Recursos Naturales: Concesiones forestales, mineras o de hidrocarburos que otorgan derechos de explotación sobre el patrimonio de la

nación (Danós, 2006; Morón y Aguilera, 2019).

b) <u>Sobre la naturaleza del contrato de concesión bajo el régimen de los Decretos Supremos N.° 059-96-PCM y N.° 060-96-PCM</u>

153. Para iniciar con el análisis de lo que dispone nuestro ordenamiento, debemos observar que, si bien los contratos de concesión suscritos por el Estado peruano se encuentran nutridos por las características que revisamos de un contrato público, finalmente las prerrogativas exorbitantes que lo caracterizan deben respetar el principio de legalidad, por lo que la Administración solo puede actuar cuando la ley la autoriza a ello; es decir, solo cuando el ordenamiento jurídico le ha atribuido previamente la potestad o potestades (Gordillo, 2000).

154. En ese sentido, debemos revisar primero lo establecido en la Constitución Política del Perú, como piedra angular de nuestro ordenamiento. En la misma, se ha previsto que las prerrogativas que tiene el Estado se encuentran limitadas por el principio de seguridad jurídica y por los derechos fundamentales en materia económica de los particulares. Así, tenemos como garantías en favor de los particulares: la libre iniciativa privada (Art. 58), la libertad de empresa (Art. 59), la libertad de contratar y el respeto a los términos y condiciones pactadas (Art. 62), la coexistencia de diversas formas de propiedad (Art. 60 y Art. 70 al 73) y la transparencia en las licitaciones públicas (Art. 76). (Constitución Política del Perú, 1993).

155. Ahora bien, bajo este marco de protección constitucional, debemos tener en cuenta también que la ejecución del Contrato de Concesión encuentra su desarrollo específico en el Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N.° 059-96-PCM (1996) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 060-96-PCM (1996). Dado que el proceso de licitación se inició el 14 de abril de 2005 y se suscribió el contrato el 20 de septiembre de 2005, estos decretos supremos se encontraban vigentes y resultan plenamente aplicables al caso.

156. Estas normas constituyen el bloque de legalidad aplicable; por lo tanto, delimitan las prerrogativas de ejercicio unilateral del Estado, estableciendo que estas son de carácter restrictivo y condicionado a su pacto expreso. Específicamente, observamos que los

artículos 17[8], 32[9] y 33[10] del Decreto Supremo N.° 059-96-PCM (1996), en concordancia con el artículo 30[11] del Decreto Supremo N.° 060-96-PCM (1996), facultan a las partes para acordar taxativamente la forma en que el concedente ejercerá facultades críticas, tales como la resolución unilateral por causas no imputables al concesionario o la modificación de las concesiones.

157. En consecuencia, el ejercicio de estas "cláusulas exorbitantes" por parte del Estado depende estrictamente de su incorporación explícita en el contrato; de lo contrario, tal como disponen las normas citadas, tales prerrogativas no podrán ser invocadas, ya que en este régimen las potestades de la Administración Pública no se presumen ni poseen un carácter implícito (Huapaya, 2013).

158. Por tanto, podemos colegir que el Contrato de Concesión no puede ser calificado técnicamente como un contrato público tradicional, dada la naturaleza especial de su marco legal que supedita la potestad pública al acuerdo de voluntades.

159. No obstante, es intrínseco a la ejecución de estos acuerdos la aparición de tensiones entre las prerrogativas estatales y las garantías de los particulares, manifestadas en la colisión entre el ejercicio del *ius variandi* y el mantenimiento de la ecuación económico-financiera, o entre la facultad de interpretación contractual y los límites de la razonabilidad (Tawil, 2009).

---

8 Artículo 17 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM:
"Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38 y 39 del presente Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último".

9 Artículo 32 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM:
"El Estado podrá:
(...)
d) Modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente".

10 Artículo 33 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM:
"Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:
a) La naturaleza de la concesión;
b) Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
c) El equilibrio financiero para ambas partes."

11 Artículo 30 del Decreto Supremo N° 060-96-PCM:
"Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:
(…)
f. Modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes."

160. Ante tales escenarios, advertimos que el marco normativo que hemos revisado no ofrece un régimen jurídico que regule detalladamente la ejecución de los contratos de concesión ni su interpretación. Por ello, resulta imperativo determinar si existen principios específicos que se puedan emplear.

161. Frente a una aplicación inmediata de las normas civiles, existe un orden de prelación de fuentes: en primer lugar, se aplicarán los principios del Derecho Administrativo; en segundo término, los principios generales del derecho; y finalmente, ante un vacío, se recurrirá a las reglas del derecho privado de forma analógica y adaptadas a la naturaleza pública (Tawil, 2009).

162. Esta jerarquía se justifica en que el contrato de concesión constituye un instrumento para el ejercicio de la función administrativa y, por tanto, su ejecución debe regirse por los principios que gobiernan dicha función (Huapaya, 2013).

163. Es así que Huapaya (2013) identifica y propone los siguientes principios: (a) legalidad, (b) *pacta sunt servanda* razonado, (c) buena fe, (d) razonabilidad, (e) continuidad, (f) aplicación razonada de la *exceptio non adimpleti contractus*, (g) mutabilidad, (h) mantenimiento del equilibrio económico-financiero y (i) el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

164. A partir de lo expuesto, podemos resumir lo desarrollado hasta este punto:

- En la medida que el Contrato de Concesión tiene una naturaleza de contrato público, es primordial identificar sus principios rectores.

- Los Contratos Públicos son aquellos que el Estado suscribe con privados, donde la Administración puede ejercer prerrogativas exorbitantes en la interpretación, ejecución y terminación de los mismos.

- Nuestro ordenamiento jurídico no regula esto de forma unitaria, pues los contratos se someten a regímenes especiales.

- En este caso, el régimen de los Decretos Supremos N.° 059-96-PCM (1996) y N.° 060-96-PCM (1996) limita las prerrogativas a lo pactado y a las garantías otorgadas a los privados.

- Ante la falta de normas de interpretación, consideramos necesaria la aplicación de principios jurídico-administrativos.

c) <u>Evaluación de las posiciones de las Partes y la decisión del Tribunal</u>

165. De la revisión de los actuados, se observa que las partes sustentaron sus pretensiones en marcos jurídicos distintos, utilizando instituciones tanto del Derecho Civil como del Derecho Administrativo.

166. En atención a lo indicado por COVIPERÚ, podemos concluir que considera aplicables figuras previstas en el Derecho Civil: aplicación de los principios de interpretación sistemática y de buena fe. Es pertinente señalar que estos argumentos pueden integrarse dentro de los principios jurídico-administrativos: el análisis sobre la voluntad real de las partes se encuentra comprendido dentro del alcance del principio *pacta sunt servanda*, mientras que la buena fe es un estándar plenamente exigible en esta relación.

167. Por su parte, el MTC indicó que la obligación se encontraba ligada al cumplimiento de ciertos niveles de calidad para el usuario, justificación del otorgamiento de la concesión. Se puede inferir que el demandado alegó la aplicación de figuras del Derecho Administrativo primando el interés público. Sin embargo, las facultades de interpretación y modificación unilateral alegadas por el MTC no guardan coherencia con el régimen legal vigente.

168. En conclusión, si bien el Tribunal aplicó ciertos principios transversales, el análisis fue incompleto. Consideramos que, al no tomar en cuenta los principios administrativos que corresponden a la naturaleza especial de este contrato, la motivación del laudo resultó insuficiente. Para resolver adecuadamente esta divergencia, se considera necesaria la aplicación técnica de los principios de legalidad, *pacta sunt servanda* razonado, buena fe, equilibrio económico-financiero, continuidad y mutabilidad.

IV.6. Determinar si COVIPERÚ tiene la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5

IV.6.1. Aplicación de los principios jurídico-administrativos

169. En virtud del análisis expuesto en el problema jurídico anterior sobre la naturaleza contractual y el régimen interpretativo aplicable, corresponde proceder con la determinación del problema jurídico objeto de consulta. Para tal efecto, se han identificado los siguientes principios jurídico-administrativos que rigen el presente caso:

a) Principio de legalidad

170. Conforme al principio de legalidad, la actuación de la Administración Pública se encuentra estrictamente supeditada a las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico. Este precepto, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001)[12], exige que los entes estatales ciñan sus actos exclusivamente a los fines y competencias atribuidas de manera expresa.

171. Según el planteamiento de Huapaya (2013), la Administración Pública carece de la "autonomía de la voluntad" que tienen los privados; por el contrario, posee una "voluntad vinculada" al ordenamiento jurídico. Esto implica que el Estado no puede actuar por deseo propio ni pactar libremente, sino que su capacidad de actuación está predeterminada y limitada por lo que la norma jurídica le permite de forma expresa. Bajo esta doctrina, la ley no es un freno para el Estado, sino su habilitación necesaria: sin una atribución legal previa, la Administración simplemente no puede actuar. Por ello, no existen facultades "implícitas" o virtuales; cualquier poder o prerrogativa que el concedente pretenda ejercer debe estar escrito de forma clara en la ley o en el contrato, pues la autoridad solo puede hacer aquello para lo que ha sido facultada.

172. Al respecto, el régimen legal aplicable a este contrato se rige por el Decreto Supremo N.°

[12] Numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 (2001):
"Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

059-96-PCM (1996) y el Decreto Supremo N.° 060-96-PCM (1996), marco que es ratificado expresamente en el numeral 1.5 de la Sección I[13] del Contrato de Concesión (2005).

173. El análisis de este principio nos permite determinar si el MTC posee una prerrogativa exorbitante de modificación unilateral, tal como ha sido alegado implícitamente. Dicha tesis sostendría que, aun no estando prevista expresamente la obligación de Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5, tal carga podría derivar del interés público de conservar la infraestructura vial.

174. No obstante, es imperativo precisar que la normativa aplicable, los Decretos Supremos N.° 059-96-PCM (1996) y N.° 060-96-PCM (1996) limita estas prerrogativas. El literal d) del artículo 32 del Decreto Supremo N.° 059-96-PCM (1996) establece taxativamente que el Estado podrá modificar la concesión solo bajo los supuestos del artículo 33[14], procurando respetar la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas convenidas, y el equilibrio financiero.

175. En sintonía con ello, el literal f) del artículo 30[15] del Decreto Supremo N.° 060-96-PCM (1996) refuerza estas limitaciones al exigir el previo acuerdo con el concesionario para cualquier modificación. Complementariamente, el artículo 17 del Decreto Supremo N.° 059-96-PCM (1996) estipula la posibilidad de pactar cláusulas de indemnización ante modificaciones no establecidas en la ley. Resulta relevante señalar que, en el presente Contrato de Concesión, las partes no han pactado cláusula alguna que faculte la modificación unilateral del mismo.

176. Podemos concluir que, en estricta aplicación del principio de legalidad, el MTC no ostenta una prerrogativa exorbitante de modificación unilateral. No es jurídicamente

---

13 Numeral 1.5 de la Sección I del Contrato de Concesión (2005):
Define que
"TUO: Es el Decreto Supremo N° 059-96-PCM [...]
Reglamento: Es el Decreto Supremo N° 060-96-PCM"

14 Literal d) del artículo 32 del D. S. N° 059-96-PCM (1996): Establece que el Estado podrá "Modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente". El artículo 33 añade que se debe procurar respetar la naturaleza de la concesión, las condiciones económicas y técnicas y el equilibrio financiero.

15 Literal f) del artículo 30 del D. S. N° 060-96-PCM (1996): Atribuye al Estado la facultad de "modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero".

válido que la Administración pretenda crear obligaciones adicionales basadas únicamente en el interés público cuando esto no fue previsto en el acuerdo original.

b) <u>Pacta sunt servanda</u>

177. De acuerdo con el planteamiento de Huapaya (2013), el principio *pacta sunt servanda* (respeto a la palabra empeñada) constituye la regla general de la ejecución contractual, exigiendo que las partes cumplan lo pactado de acuerdo con las reglas contenidas en el contrato y las bases. Si bien en la doctrina clásica administrativa este principio se ve atenuado por el *ius variandi* unilateral del Estado, en el régimen peruano la inmutabilidad de los términos pactados prevalece.

178. Este principio exige que los intervinientes en un contrato público de concesión observen y ejecuten fielmente lo pactado. Por tanto, tanto el MTC como COVIPERÚ están obligados al cumplimiento del contrato, rigiéndose por el marco normativo descrito. El numeral 15.3 de la Sección XV del Contrato de Concesión (2005) establece de forma taxativa un orden de prelación jerárquico para resolver discrepancias: en primera instancia, el Contrato y, subsidiariamente, las Bases.

179. Al respecto, las Definiciones de la Sección I del Contrato de Concesión (2005) aclaran que el término "Contrato" comprende el instrumento celebrado junto con la totalidad de sus anexos, mientras que las "Bases" integran los formularios, anexos, apéndices y circulares del Comité.

180. En tal sentido, resulta necesario determinar el alcance exacto de los compromisos asumidos en relación con el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5 mediante una revisión sistemática del Contrato de Concesión y sus anexos:

181. <u>La conservación vial como objeto prestacional (Sección II)</u>: El numeral 2.5 identifica a la Conservación de la Obra como una prestación nuclear, remitiendo su ejecución técnica a la Sección VII del Contrato. (Contrato de Concesión, 2005).

182. <u>El Programa de Conservación (Sección VII)</u>: El numeral 7.1 establece que COVIPERÚ asume la responsabilidad de conservar y mantener la infraestructura desde la toma de

posesión hasta la caducidad. (Contrato de Concesión, 2005).

183. Categorización técnica (Sección I y Anexo I): El numeral 1.5 de la Sección I define la naturaleza de cada intervención. Asimismo, El numeral 7.2 dispone que las tareas de preservación deben seguir estrictamente el Anexo I (Procedimientos para la Conservación, Explotación y Control de Gestión). Así, con respecto a la oportunidad y condiciones de estas labores, el numeral 8 de la Sección 3 del Anexo I ofrece un detalle específico. (Contrato de Concesión, 2005).

Ahora, revisaremos el detalle a continuación:

- Conservación: Conjunto integral de acciones orientadas a salvaguardar, restaurar o mitigar el deterioro de las condiciones funcionales y estructurales de la vía y los bienes concesionados. Engloba los mantenimientos rutinarios, periódicos y de emergencia.

- Mantenimiento Rutinario: comprende labores continuas de preservación para garantizar la operatividad y los niveles de servicio exigidos. Incluye limpieza de infraestructura, bacheo, señalización puntual, cuidado de áreas verdes y estabilización de taludes. Es una obligación incondicional y permanente según el Anexo I: COVIPERÚ debe ejecutar en toda la extensión de la vía desde el inicio del Contrato de Concesión.

- Mantenimiento Periódico: También denominado "Rehabilitación Superficial", consiste en intervenciones preventivas de mayor envergadura destinadas a asegurar que el camino mantenga su diseño original. Son actuaciones programables y cíclicas, cuya necesidad se detecta mediante el monitoreo de índices de capacidad estructural. Abarca la renovación integral del pavimento (pavimento, sellados, lechadas), rugosidad, señalización y seguridad complementaria.

  Su exigibilidad está supeditada a las reglas de la Sección VII, se rige por un criterio de necesidad ("cuando se requiera"), enfocándose en tareas preventivas mayores y renovación de pavimentos.

No obstante, a diferencia del rutinario, el mantenimiento periódico no es exigible de inmediato en todos los sectores. El tercer párrafo del numeral 7.2 establece que la obligación en los Subtramos 2, 3 y 5 solo se activará una vez concluidas las obras de los tramos que los reemplazarán ("Nuevos Subtramos"), recayendo esta obligación únicamente sobre dichas nuevas infraestructuras.

- Mantenimiento de Emergencia: Acciones excepcionales y reactivas destinadas a recuperar la transitabilidad y funcionalidad de la vía tras eventos fortuitos o naturales (clima, desastres) ajenos al desgaste habitual por el tráfico. Según el Anexo I, es reactivo ante la pérdida de funcionalidad por causas de fuerza mayor.

184. Parámetros de desempeño (Sección VIII): El numeral 8.12 refuerza que las actividades de conservación en los subtramos deben desarrollarse conforme a la Cláusula 7.2 y al Anexo I (Contrato de Concesión, 2005). Bajo este contexto, se deduce que los parámetros de desempeño no son conceptos abstractos, sino que están vinculados a la tipología de mantenimiento pactada.

185. Régimen de exigibilidad (Sección VII): La interpretación literal del numeral 7.2 nos permite desglosar la exigibilidad de las prestaciones según el tipo de tramo, así al realizar el análisis integral del mismo se revela que la naturaleza de la obligación de mantenimiento no es uniforme (Contrato de Concesión, 2005). Veamos:

- Subtramos 1, 4 y 6: en el segundo párrafo se exige el catálogo completo de mantenimiento (rutinario, periódico y de emergencia), pero solo a partir de la recepción de las obras de "puesta a punto".

- Nuevos Subtramos: el tercer párrafo señala que las obligaciones del Anexo I solo serán exigibles después de la recepción y puesta en servicio de estas nuevas obras. Es decir, la obligación de mantenimiento periódico solo nace con respecto a la nueva infraestructura y únicamente después de que esta ha sido construida, recibida y puesta en servicio por el Estado. No puede, por tanto, aplicarse retroactivamente a la vía existente.

- Subtramos 2, 3 y 5 actuales (a ser desafectos): el cuarto párrafo establece taxativamente que, mientras no se concluyan las obras de los tramos que los reemplazarán, la COVIPERÚ deberá realizar el Mantenimiento Rutinario a efectos de asegurar tráfico fluido.

Tabla 2 *Matriz de obligaciones y parámetros de desempeño según la tipología de los subtramos viales*

Tramo	Estado de la Infraestructura	Obligación Principal	Parámetros de Desempeño Exigibles	Hito de Exigibilidad
Subtramos 1, 4 y 6	Existente (Puesta a Punto)	Rutinario + Periódico + Emergencia	Catálogo completo del Anexo I (Condición y Serviciabilidad)	Post-recepción de Obras de Puesta a Punto
Nuevos Subtramos	Obra Nueva (Trazo nuevo)	Rutinario + Periódico + Emergencia	Catálogo completo del Anexo I (Diseño original e integridad estructural)	Post-recepción y puesta en servicio de Obra Nueva
Subtramos 2, 3 y 5 actuales	A ser desafectados (Devolución)	**Solo Mantenimiento Rutinario**	**Operatividad y Tráfico Fluido**(Limpieza, bacheo, señalización básica)	Permanente hasta la desafectación efectiva

Nota: Elaboración propia basada en lo establecido en la Sección VII y el Anexo I del Contrato de Concesión. Fuente: Contrato de Concesión (2005)

186. Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión no prevé el Mantenimiento Periódico para los Subtramos 2, 3 y 5 por una razón técnica evidente: estos serán devueltas al Estado una vez que se entreguen los Nuevos Subtramos que los sustituirán. Por tanto, pretender aplicar parámetros de Mantenimiento Periódico a una infraestructura que el Contrato ordena mantener solo bajo régimen rutinario hasta su desafectación, carece de sustento.

c) El Principio de Buena Fe

187. De acuerdo con el planteamiento de Huapaya (2013), el principio de buena fe en el Derecho Administrativo es más intenso que en el ámbito civil, pues trasciende la mera

lealtad entre partes para convertirse en un deber de salvaguardar la confianza legítima. Según este autor, la posición institucional del Estado exige que el ciudadano (o concesionario) pueda confiar en que su relación honesta con la Administración no le ocasionará un daño innecesario o injustificado. En consecuencia, el Estado asume el deber de brindar "ayuda, enseñanza y explicación" para prevenir tales perjuicios, actuando con coherencia y congruencia en todas las fases del contrato: su génesis, desarrollo y extinción.

i. La confianza legítima en la actuación de la Administración Pública

188. En el ámbito de las relaciones entre el administrado y el Estado, el principio de buena fe se traduce en el deber de salvaguardar la confianza legítima. Esta noción garantiza que el privado pueda actuar bajo la convicción de que la Administración no ejercerá sus prerrogativas de forma arbitraria, sino que se mantendrá dentro de los límites del interés general y el respeto estricto al marco jurídico vigente.

189. Es fundamental precisar que la observancia de la buena fe no recae exclusivamente sobre el contratista privado; esta vincula con igual intensidad al Estado, en este caso, representado por el MTC. En el marco de la ejecución del Contrato de Concesión, consideramos que el comportamiento del MTC frente a COVIPERÚ condicionó sustancialmente el desarrollo del esquema de obligaciones pactadas.

ii. La contradicción en la postura del MTC

190. A pesar de que, en una etapa inicial, el MTC admitió de forma expresa que COVIPERÚ solo estaba obligada a ejecutar el Mantenimiento Rutinario en los Subtramos 2, 3 y 5, con posterioridad procedió a desconocer el alcance de dicha obligación. Este cambio de postura se originó a partir de las conclusiones vertidas por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN mediante el Oficio N.° 496-08-GS-OSITRAN.

191. La secuencia de hechos evidencia una contradicción en la posición administrativa que vulnera la confianza depositada por COVIPERÚ en los pronunciamientos previos del MTC. Veamos:

- Reconocimiento inicial de la obligación: El 5 de junio de 2008, mediante Oficio N.° 574-2008-MTC/25[16] (2008b), el MTC comunicó a COVIPERÚ que, respecto al Mantenimiento Periódico de los Subtramos en controversia, la propia Entidad Concedente asumiría los costos de dichas intervenciones en su presupuesto para el ejercicio 2009. En dicho documento, el MTC ratificó que, conforme al Contrato de Concesión, la Sociedad Concesionaria debía limitarse a las labores de Mantenimiento Rutinario en dichos tramos.

- Alteración unilateral de la interpretación: Sin embargo, el 3 de noviembre de 2008, a través del Oficio N.° 1125-2008-MTC/25[17] (2008a), el MTC dio marcha atrás en su posición original. Afirmó que, conforme a lo señalado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN en el Oficio N.° 496-08-GS-OSITRAN, sí le correspondía a COVIPERÚ ejecutar el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5.

192. Advertimos que este escenario permite concluir que el MTC quebrantó la confianza legítima de COVIPERÚ. Al validar un criterio técnico que contradecía su propia interpretación previa del contrato, el Estado pretendió configurar una nueva prestación a cargo de COVIPERÚ no contemplada en el acuerdo original.

iii. <u>Análisis de hechos e indicadores de mala fe administrativa</u>

193. Para determinar si el cambio de criterio del MTC constituye una conducta contraria a la buena fe, resulta indispensable analizar el contexto previo a la controversia.

194. El 15 de agosto de 2007 ocurrió un terremoto con epicentro en Ica que afectó severamente la zona donde se localiza el Subtramo 5. Paralelamente, el Estado incumplió con su obligación de liberar oportunamente los predios necesarios para las obras, lo que retrasó la desafectación prevista para dicho tramo. Ante este panorama, diversos documentos

---

16 Oficio N.° 574-2008-MTC/25 (2008b):
"Respecto al Mantenimiento Periódico de los Subtramos en controversia, la propia Entidad Concedente asumiría los costos de dichas intervenciones en su presupuesto para el ejercicio 2009. (...) la Sociedad Concesionaria debía limitarse a las labores de Mantenimiento Rutinario en dichos tramos"

17 Oficio N.° 1125-2008-MTC/25 (2008a):
"Conforme a lo señalado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN en el Oficio N.° 496-08-GS-OSITRAN, sí le correspondía a COVIPERÚ ejecutar el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5".

técnicos emitidos por el MTC y OSITRAN revelan que las autoridades buscaron trasladar la carga de estas nuevas condiciones a COVIPERÚ:

- El impacto del sismo de 2007. El Informe de OSITRAN (2008), titulado "Evaluación Económica Anual" lo analiza, en particular, indica que el terremoto en Ica afectó diversos sectores de la carretera concesionada, principalmente aquellos ubicados en el Subtramo 5 (según el Apéndice 1 del Anexo I del Contrato, este comprende las progresivas desde el km 53+386 al km 94+500):

- Demora en entrega de subtramos. Tal como consta en el Informe N.° 155-2009-MTC/25 del MTC (2009), elaborado por su área legal, el poco nivel de formalización de la propiedad que se vio agravado por el terremoto del año 2007, generó el incumplimiento de entregar oportunamente los terrenos liberados para realizar las obras en los Subtramos. Así, el MTC concluyó que el Subtramo 5 fue el que se vio mayormente perjudicado.

- Necesidad de mantenimiento adicional. En el Informe N.° 010-09-GAL-GS-OSITRAN, OSITRAN (2009) señaló que, como consecuencia de la prórroga del plazo para que el concedente entregue los terrenos liberados que se pactaría en la Adenda N.° 2, resultaba necesario que COVIPERÚ realice un "mantenimiento" (sin especificar a cuál se refiere) del Subtramo 5 por un plazo mayor al inicialmente programado. Este hecho se sustentó en que su desafectación se realizaría después del plazo inicialmente previsto.

  En el mismo informe, el OSITRAN concluyó que COVIPERÚ no solo debía realizar el Mantenimiento Rutinario sino también el Mantenimiento Periódico del Subtramo 5, el cual implicaba mayores tareas preventivas, por el mayor plazo previsto para su desafectación hasta que concluyera la construcción del subtramo que lo sustituiría.

195. A partir de este escenario de crisis ante el terremoto, se observa que previamente a lo discutido en este caso, tanto OSITRAN como MTC, eran conscientes de que las condiciones de la vía habían cambiado drásticamente respecto a lo pactado por lo que consideraron necesario analizar las implicancias del terremoto con relación a las prórroga del plazo para la entrega de los terrenos liberados y con relación a los tipos de

mantenimiento que debían realizarse en el Subtramo 5, el cual resultó el más afectado. Reconocían que el Subtramo 5 requería ahora un Mantenimiento Periódico para sostener la transitabilidad durante el tiempo adicional que demoraría la entrega de terrenos. Sin embargo, en lugar de reconocer que esta era una necesidad nueva, lo cual habría exigido un pago adicional, optaron por forzar una "interpretación" para sostener que dicha obligación "ya existía".

196. En particular, en relación con las nuevas necesidades de mantenimiento del Subtramo 5, resulta pertinente recordar que, al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, la decisión de limitar el tipo de mantenimiento que COVIPERÚ debía realizar en el Subtramo 5 a uno de naturaleza rutinaria se fundamentaba en que el MTC previó la entrega de los terrenos liberados para la ejecución de todos los subtramos de la carretera en un plazo menor y no anticipó que este sector de la carretera se vería afectado por un sismo, el mismo que tuvo dos impactos significativos: (i) agravó los problemas de liberación de los terrenos en esta zona y (ii) dañó las condiciones de este sector de la carretera.

197. En respuesta a lo primero, se formalizaría la Adenda N.° 2, para extender el plazo de entrega de terrenos. No obstante, en relación al segundo impacto, OSITRAN y el MTC intentaron incorporar la ejecución del Mantenimiento Periódico del Subtramo 5 en el Contrato en lugar de incorporar una nueva obligación a su cargo para mitigar los daños ocasionados, ello a pesar de que ambas entidades solo tuvieron conocimiento de la necesidad de dicho mantenimiento con posterioridad y como consecuencia del sismo.

iv. *Conclusión*

198. La actuación del MTC representa una contravención directa al principio de buena fe. Los indicios que hemos analizado indican que la Administración intentó interpretar el Contrato sin fundamento en las cláusulas existentes para imponer una carga que no se encontraba contemplada en el pacto original. En esencia, utilizó la interpretación del Contrato como un instrumento para tratar de obtener el mantenimiento que actualmente requiere el Subtramo 5 a expensas de COVIPERÚ, evadiendo así el pago por actividades extraordinarias.

199. La exigencia formulada por el MTC no se originó en una interpretación exhaustiva del Contrato, sino en la necesidad de gestionar crisis derivadas de desastres naturales y retrasos operativos propios. Esta conducta representa una clara infracción al principio de buena fe, al intentar obtener una mejora estructural de la vía sin la contraprestación correspondiente, modificando de manera unilateral y artificiosa el equilibrio de prestaciones acordado entre las partes.

d) El Principio de Mantenimiento del Equilibrio Económico-Financiero

200. De acuerdo con la teoría de Huapaya (2013), el mantenimiento del equilibrio económico-financiero se erige como la institución técnica fundamental de la contratación administrativa, la cual asegura la estabilidad de la relación jurídica a lo largo de su vigencia. Este principio representa un derecho subjetivo del concesionario, integrándose de manera directa en su derecho de propiedad desde una perspectiva constitucional. Su objetivo primordial es preservar la conmutatividad del contrato, garantizando así que la equivalencia honesta entre las prestaciones asumidas y los riesgos asignados al momento de la celebración de este se mantenga inalterada.

i. El ius variandi como factor de alteración del equilibrio contractual

201. Consideramos que la estabilidad económica de un contrato público de concesión se fundamenta en la preservación del equilibrio entre las prestaciones y los riesgos asumidos por las partes al momento de la suscripción. Este balance, esencial para la viabilidad del proyecto, puede verse fracturado por el ejercicio del *ius variandi* estatal, especialmente cuando la Administración impone modificaciones que impactan directamente en la estructura de costos del concesionario sin la debida compensación económica.

202. En el presente caso, advertimos que la interpretación del MTC respecto a la supuesta obligatoriedad del mantenimiento periódico en los Subtramos 2, 3 y 5 constituye un intento de ejercer una prerrogativa unilateral de modificación contractual.

ii. La distorsión de la Oferta Económica y el perjuicio patrimonial

203. Vimos que, si bien la "Conservación" es un objeto general, su ejecución técnica está supeditada a la Sección VII, donde se excluyó deliberadamente el mantenimiento periódico para los subtramos destinados a la reversión (2, 3 y 5), es decir fueron excluidos al momento de presentar la oferta económica.

204. Este compromiso financiero aceptado por el MTC se limitaba estrictamente al Mantenimiento Rutinario de dichos sectores, tal como se refleja en el alcance de lo pactado, en atención a que estos sectores serían revertidos al Estado.

205. Consideramos que la mejor evidencia de esta exclusión es el propio Contrato que hemos analizado a lo largo de este informe, pudimos apreciar que en el mismo se diferencia taxativamente las intervenciones mayores de las rutinarias según el destino de cada subtramo. A partir de la siguiente matriz se puede advertir ello:

Tabla 3

Matriz técnica de obligaciones de COVIPERÚ para el mantenimiento y conservación por subtramos

Subtramos	Mantenimiento Rutinario	Mantenimiento Periódico	Mantenimiento de emergencia	Condición Contractual
Subtramos 1, 4 y 6	X	X	X	Permanencia en la Concesión
Subtramos 2, 3 y 5	X	—	—	Reversión al Estado
Nuevos Subtramos	X	X	X	Permanencia en la concesión

Nota. Elaboración propia basada en la matriz de obligaciones contenida en los anexos técnicos del Contrato de Concesión. Fuente: Contrato de Concesión (2005). El símbolo (—) identifica las prestaciones expresamente excluidas para los tramos destinados a la reversión.

206. De haberse validado la postura del MTC, se habría generado un perjuicio económico sustancial para la sociedad concesionaria. Como veremos a continuación, COVIPERÚ se habría visto obligada a financiar actividades de gran envergadura para las cuales no fue contratada y sobre las cuales no se estableció pago alguno en el modelo financiero de la concesión.

iii. Cuantificación del riesgo y reasignación arbitraria de responsabilidades

207. Se advierte que la magnitud del perjuicio económico no se limita a una mera especulación teórica. Durante el desarrollo del procedimiento arbitral, COVIPERÚ indicó que la ejecución de un programa de Mantenimiento Periódico no contemplado en el contrato original, específicamente en el Subtramo 5, representaba una carga financiera extraordinaria estimada en USD 18,589,542 (Escrito presentado por COVIPERÚ, 2010). En consecuencia, se considera que la pretensión del MTC de transferir este costo a la parte privada constituye una reasignación arbitraria de riesgos, la cual se detalla a continuación:

Tabla 4

Comparativa de la inversión en Mantenimiento Periódico: Oferta Técnica inicial vs. Exigencia del MTC

Concepto	Oferta Técnica Inicial	Exigencia del MTC en Ejecución
Mantenimiento Rutinario Subtramos 2 y 3	USD 456,806	USD 754,249
Mantenimiento Rutinario Subtramo 5	USD 901,850	USD 4’509,250
Mantenimiento Periódico Subtramo 5	-	USD 18,589,542.00
TOTAL	USD 1’358,657	USD 23’853,041

Nota. Elaboración propia basada en la matriz de obligaciones de la Oferta Técnica y las pericias de cuantificación presentadas en el proceso arbitral. Fuente: Contrato de Concesión (2005) y Escrito presentado por COVIPERÚ (2010).

208. Así, el MTC, mediante una “interpretación” extensiva, pretendió que la sociedad concesionaria asumiera este monto, a pesar de que la estructura contractual asignaba este riesgo a otra parte.

209. Consideramos que pretender que una inversión de más de 18 millones de dólares (solo en el Subtramo 5) nazca de una interpretación extensiva del concepto de conservación, cuando la Oferta Técnica la excluyó expresamente, constituye una reasignación arbitraria de riesgos. Esta acción no solo violenta la voluntad de las partes, sino que ignora que cualquier inversión de esta magnitud debió contar con una fuente de pago o compensación que nunca fue prevista en el modelo financiero original.

210. En definitiva, amparar la posición del MTC habría representado una transgresión directa al Principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero pues la tesis del MTC implicaba una reasignación forzada de responsabilidades que perjudicaba gravemente la posición financiera de COVIPERÚ, alterando la estructura de costos original sin una fuente de compensación. Consideramos que, pese a que el riesgo derivado del mantenimiento periódico en los Subtramos 2, 3 y 5 no fue asignado al privado en el contrato original, la autoridad pretendió trasladar dicha carga de forma arbitraria.

e) <u>Principio de Continuidad de la Ejecución</u>

211. El principio de continuidad se fundamenta en la protección del interés público comprometido en el contrato de concesión. En consecuencia, se exige al concesionario la prestación continua y eficiente del servicio, el máximo esfuerzo y diligencia para asegurar la prestación ininterrumpida; sin embargo, esta obligación se encuentra limitada por la condición de que la prestación no resulte perjudicial para el concesionario.

212. Al respecto, Huapaya (2013) precisa que la continuidad no es absoluta: cede cuando el cumplimiento se hace "razonablemente imposible", como en casos de fuerza mayor o cuando el justo equilibrio económico-financiero se quiebra de forma grave e irreversible. Por tanto, la continuidad no justifica la imposición de cargas estructurales no pactadas que excedan el marco de colaboración asumido por COVIPERÚ.

213. En el presente caso, el MTC argumentó que la obligación de COVIPERÚ de realizar el Mantenimiento Periódico de los Subtramos 2, 3 y 5 se derivaba del interés público de mantener la carretera en óptimas condiciones. Tras nuestro análisis, se concluye que la posibilidad de que el MTC imponga una obligación no contemplada en el Contrato de Concesión resulta contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

214. De admitirse la hipótesis planteada por la Administración, se exigiría a la sociedad concesionaria la asunción de un mayor gasto no previsto en su oferta ni en la suscripción de la versión final del contrato. Esta situación generaría un perjuicio económico directo, dado que la empresa no recibiría la correspondiente retribución por esta nueva actividad a su cargo.

215. En conclusión, de acuerdo con el principio de continuidad, no se puede exigir a COVIPERÚ la realización del mantenimiento periódico de los subtramos 2, 3 y 5 como parte del alcance de sus obligaciones. Esta exigencia implicaría un desmedro y un perjuicio económico para la sociedad concesionaria, contraviniendo la naturaleza del contrato pactado.

f) <u>Principio de mutabilidad</u>

216. La mutabilidad (o flexibilidad) permite adaptar el contrato de concesión a lo largo del tiempo en atención al interés público, pero en el régimen peruano esta no es una potestad unilateral, sino una capacidad de modificación paccionada. El Contrato de Concesión es un instrumento de gestión de riesgos de largo plazo que debe permitir ajustes técnicos y económicos siempre que medie acuerdo mutuo (Huapaya, 2013).

217. Consideramos que, en atención a lo dispuesto en el artículo 33 del D.S. N° 059-96-PCM (1996), resulta jurídicamente posible modificar los contratos de concesión. No obstante, advertimos que esta flexibilidad no es absoluta, pues se encuentra condicionada al cumplimiento de presupuestos esenciales: se debe respetar la naturaleza de la concesión, los términos técnicos y económicos pactados originalmente, y la preservación del equilibrio financiero para ambas partes.

218. En el presente caso, vimos que el MTC pretendió variar las condiciones técnicas y económicas que fueron establecidas en el Contrato de Concesión. Esta pretensión de exigir un mantenimiento periódico en los subtramos 2, 3 y 5, actividad no contemplada en la oferta original, se realizó sin reconocer una mayor retribución o compensación a favor de la sociedad concesionaria.

219. Consideramos que este proceder resulta incompatible con el principio de mutabilidad, pues este permite adaptar el contrato a las necesidades del interés público, pero bajo ninguna circunstancia faculta a la Administración para alterar sustancialmente el objeto prestacional y económico sin otorgar la contraprestación debida.

220. En conclusión, la posición sostenida por el MTC no resulta acorde con el principio de mutabilidad ni con lo dispuesto taxativamente en el artículo 33 del Decreto Supremo N.°

059-96-PCM (1996). Advertimos que cualquier intento de modificar las condiciones pactadas sin observar las garantías de compensación económica vulnera flagrantemente el bloque de legalidad que rige la concesión. En definitiva, la mutabilidad debe ejercerse dentro de los cauces de la razonabilidad y el respeto a la integridad financiera del vínculo contractual.

IV.6.2. Evaluación de las posiciones de las partes y el Tribunal

a) Análisis de la estrategia de COVIPERÚ

221. A pesar de que el resultado final fue favorable para sus intereses, consideramos que su línea argumentativa presentó ciertas limitaciones conceptuales. El enfoque de su defensa se concentró primordialmente en instituciones del Derecho Civil, tales como la buena fe y la interpretación sistemática, omitiendo un análisis profundo de la naturaleza administrativa del contrato. Esta omisión impidió que se invocaran con mayor rigor el principio de legalidad, el mantenimiento del equilibrio económico-financiero y el principio de continuidad del servicio, los cuales habrían blindado su postura desde una óptica de derecho público (Huapaya, 2013).

222. Asimismo, advertimos que COVIPERÚ no capitalizó procesalmente el impacto del terremoto de 2007. Este suceso no fue solo un fenómeno natural, sino el evento que el MTC y OSITRAN utilizaron como justificación fáctica para intentar imponer, de forma extemporánea y sin pacto previo, la obligación del Mantenimiento Periódico. En nuestra opinión, este intento resulta abiertamente contrario a la lealtad contractual, dado que el Estado intentó trasladar las consecuencias de un desastre natural y de su propia demora en la entrega de terrenos hacia el concesionario, desnaturalizando la matriz de riesgos original del contrato.

b) Análisis de los fundamentos del MTC

223. Por su parte, sostenemos que la postura del MTC carece de un sustento jurídico sólido. Conforme al principio de legalidad, la Administración Pública se encuentra impedida de modificar unilateralmente los términos del contrato de concesión para crear cargas adicionales al privado si estas no han sido atribuidas previamente por el

ordenamiento (Gordillo, 2000). Si bien el artículo 17 del Decreto Supremo N.° 059-96-PCM (1996) contempla la posibilidad de realizar modificaciones, esta prerrogativa está condicionada a la existencia de una compensación económica que, en este caso, no fue prevista ni pactada.

224. En consecuencia, el ejercicio del *ius variandi* por parte del Estado se encuentra limitado por el principio *pacta sunt servanda*, reconocido implícitamente en los Decretos Supremos N.° 059-96-PCM (1996) y N.° 060-96-PCM (1996). Una revisión integral de las cláusulas operativas y los anexos confirma que la responsabilidad de COVIPERÚ en los Subtramos 2, 3 y 5 se agotaba en el mantenimiento rutinario. Pretender que el concepto de "mantenimiento" abarcara de forma implícita las obras periódicas constituye una interpretación arbitraria que vulnera la buena fe, especialmente cuando las necesidades técnicas de la vía derivaron de factores externos y de la propia demora del MTC en la liberación de áreas.

225. En base a lo expuesto, consideramos que la posición del MTC contraviene lo siguiente: a) principio de legalidad, b) *pacta sunt servanda* de aplicación razonada y ponderada, c) principio de buena fe, d) principio de mantenimiento del equilibrio económico – financiero, e) continuidad de la ejecución y f) principio de mutabilidad (Huapaya, 2013).

c) Análisis del pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

226. Finalmente, respecto a la *ratio decidendi* del colegiado, consideramos pertinente emitir una crítica similar a la formulada contra las partes. El Tribunal omitió definir con precisión la naturaleza jurídica del vínculo contractual y el régimen especial que lo rige. Si bien integró el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero en su razonamiento, no profundizó en los principios de derecho administrativo que contextualizaban la controversia (Tawil, 2009). Si bien esta falta de profundidad dogmática no alteró el sentido del fallo, consideramos que una motivación más técnica habría fortalecido la seguridad jurídica del sistema de concesiones.

227. No obstante lo anterior, debemos reconocer el acierto del Tribunal al desentrañar el alcance real de las obligaciones de COVIPERÚ. Su análisis de las cláusulas específicas fue determinante para ratificar que el compromiso asumido se limitaba al mantenimiento

rutinario, desestimando la intención del MTC de ampliar el objeto del contrato mediante una interpretación unilateral y extensiva que excedía los límites de su competencia administrativa (Danós, 2006).

V. CONCLUSIONES

Sobre la arbitrabilidad de la interpretación del Contrato de Concesión

La controversia sobre el alcance de las obligaciones de mantenimiento en los Subtramos 2, 3 y 5 posee un carácter estrictamente patrimonial, lo que la califica como una materia arbitrable conforme a la Ley de Arbitraje y a la normativa de concesiones. En nuestra opinión, el valor económico en disputa reside en los recursos adicionales que la Concesionaria debería destinar a labores de Mantenimiento Periódico no previstas, lo cual impacta directamente en los costos y en la estructura financiera del Contrato de Concesión.

Asimismo, sostenemos que la facultad interpretativa de OSITRAN no constituye una potestad exclusiva ni excluyente de la vía arbitral, ya que las partes pactaron expresamente en la cláusula 15.12 que las desavenencias sobre interpretación contractual serían resueltas mediante arbitraje. Advertimos que, si bien el regulador puede emitir interpretaciones para ejercer sus funciones de supervisión, estas no pueden reemplazar la voluntad de las partes ni impedir que los árbitros diriman de forma definitiva y vinculante una divergencia contractual con contenido patrimonial. En tal sentido, concluimos que el Tribunal Arbitral del caso bajo análisis sí tenía compentencia para resolver la desavenencia sobre el alcance de las obligaciones de mantenimiento en los Subtramos 2, 3 y 5.

Sobre el agotamiento de la vía administrativa

Exigir el agotamiento de la vía administrativa previo al inicio del arbitraje es una contradicción, toda vez que esta figura pertenece al ámbito del proceso judicial contencioso-administrativo y es incompatible con la sede arbitral. Además, la función interpretativa del Consejo Directivo no genera pronunciamientos vinculantes, mucho menos que limiten el derecho de las partes a activar el convenio arbitral ante una desavenencia sobre el sentido de lo pactado. Sin perjuicio de ello, advertimos que COVIPERÚ no pretendía impugnar un acto administrativo de OSITRAN, sino resolver una discrepancia contractual entre partes.

En línea con lo anterior, calificamos de incorrecta la postura del MTC al pretender que una interpretación de OSITRAN deba causar estado en sede administrativa. De ser así, los árbitros no podrían conocer la controversia, pues carecen de competencia para revisar la validez de actos de *ius imperium*.

Sobre la incorporación del OSITRAN al arbitraje

Respaldamos la no incorporación de OSITRAN al arbitraje, dado que el regulador no es parte signataria del convenio arbitral ni del Contrato de Concesión. Además, consideramos que no resultaba aplicable la extensión del convenio arbitral a OSITRAN, en los términos dispuestos en la normativa arbitral. Por el contrario, es notorio que el propio pacto arbitral, en su cláusula 15.11, define de manera restrictiva que las "Partes" en la solución de controversias son únicamente el MTC y la Concesionaria.

En tanto OSITRAN tiene la calidad de tercero, no está autorizado a participar en el arbitraje, cuya naturaleza es consensual.

Sobre la validez de la medida cautelar otorgada

A nuestro criterio, el Tribunal Arbitral incurrió en graves errores jurídicos al dictar una medida cautelar que ordenaba la suspensión del procedimiento administrativo sancionador seguido por OSITRAN. Al recaer la orden sobre un tercero ajeno al arbitraje y afectar una potestad de *ius imperium* del regulador, los árbitros excedieron su competencia y se pronunciaron sobre una materia no arbitrable, interfiriendo indebidamente en la potestad sancionadora de la administración.

Sostenemos que COVIPERÚ debió buscar la tutela cautelar en la vía judicial contencioso-administrativa. Esa es la vía idónea para cuestionar las decisiones de OSITRAN en ejercicio de sus funciones de *ius imperium*, respetándose la naturaleza de cada proceso y sin pretender que la jurisdicción arbitral suspenda actos de autoridad administrativa.

Sobre la naturaleza del Contrato de Concesión

Un contrato público se caracteriza por crear una relación de "desigualdad reglada", donde la Administración Pública se sitúa en una posición de supremacía para asegurar el fin público.

Sin embargo, precisamos que bajo nuestro ordenamiento jurídico, definimos el Contrato de Concesión como un contrato público de naturaleza especial que, bajo el régimen de los Decretos Supremos N.° 059-96-PCM y N.° 060-96-PCM, supedita las prerrogativas de la administración al acuerdo de voluntades expreso. En este marco, las cláusulas exorbitantes no se presumen ni poseen carácter implícito, por lo que el ejercicio de de la Administración son restrictivas y dependen estrictamente de su pacto expreso, pues no se presumen prerrogativas implícitas.

Por tanto, concluimos que la interpretación del contrato debe realizarse mediante la aplicación técnica de principios jurídico-administrativos, como el equilibrio económico-financiero y el *pacta sunt servanda*, limitando el ejercicio del *ius variandi*a lo pactado y compensado. El MTC actuó erróneamente al pretender derivar obligaciones implícitas del interés público, ignorando que su actuación está vinculada y limitada al principio de legalidad que le impide crear cargas adicionales basadas únicamente en intereses públicos virtuales.

Sobre la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico

Concluimos que COVIPERÚ no tiene la obligación de realizar el Mantenimiento Periódico en los Subtramos 2, 3 y 5, una interpretación sistemática del numeral 7.2 del Contrato limita su responsabilidad exclusivamente al Mantenimiento Rutinario hasta su desafectación. La exigencia del MTC constituye una pretensión de modificación unilateral sin sustento técnico ni legal, que vulnera el principio de legalidad al intentar imponer cargas estructurales que no fueron pactadas ni remuneradas en la oferta técnica original.

Asimismo, concluimos que la conducta del MTC infringió el principio de buena fe al variar arbitrariamente su interpretación inicial del Contrato para gestionar una crisis derivada de: un desastre natural y los retrasos estatales de liberación de predios. Pretendiendo así que una inversión extraordinaria de más de 18 millones de dólares sea absorbida por el privado sin ninguna fuente de compensación. Consideramos que instrumentalizar la interpretación contractual para obtener una mejora patrimonial a expensas de la Concesionaria altera de forma arbitraria la matriz de riesgos y la oferta económica originalmente aceptada, por tanto vulnera los principios de mantenimiento del Equilibrio Económico-Financiero, Continuidad y Mutabilidad.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Caivano, R. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Revista Foro Jurídico*, (12), 62-78. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425

Danós, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (2), 9–44. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330

Gordillo, A. (2000). *Tratado de derecho administrativo* (4.ª ed., Vol. 2). Fundación de Derecho Administrativo.

Huapaya, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *Ius et Veritas*, *23*(46), 284–329. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973

Manayalle, A. (2006). El Arbitraje en las Concesiones: ¿Un mecanismo sin contenido?. *Revista de Economía y Derecho*, 3(12).

Menchola, M., & Chamorro, M. (2015). Algunas reflexiones sobre ejecución de los contratos de concesión. *Derecho & Sociedad*, (45), 91-102. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15228

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2008a). *Oficio N° 1125-2008-MTC/25*.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2008b). *Oficio N° 574-2008-MTC/25*.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2009). *Informe N.° 155-2009-MTC/25. https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2017/12/ADDENDA2COVIPERU31.pdf*

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (21 de febrero de 2025). *Prensa. MTC: Así se clasifican las carreteras en el país.* https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/1113755-mtc-asi-se-clasifican-las-carreteras-del-pais

Morón, J., & Aguilera, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/86fc4d05-8e83-42b3-b4b5-77d75a48b9d5/content

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. (s.f.). *Carreteras.* Recuperado el 20 de diciembre de 2025, de https://www.ositran.gob.pe/carreteras/

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. (s.f.). *Red Vial N° 6: Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica.* Recuperado el 20 de diciembre de 2025, de https://www.ositran.gob.pe/anterior/carreteras/red-vial-6/

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (2008). *Evaluación Económica Anual de la Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial 6) Año 2007.* https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2017/12/InfEE-GRE-2007-COVIPERU1.pdf

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. (2009). *Informe N.° 010-09-GAL-GS-OSITRAN*. https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2017/12/INFORME20010200920GRE20GS20GAL1.pdf

Tawil, G. (2009). Los principios en el contrato de concesión de servicios públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 307–313. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14003.

Normas Jurídicas:

Constitución Política del Perú [Const], 29 de diciembre de 1993.

Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. (28 de junio de 2008). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967713

Decreto Legislativo N.º 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. (25 de setiembre de 2015). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H677529

Decreto Supremo N.º 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. (27 de diciembre de 1996). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H773253

Decreto Supremo N.º 060-96-PCM, Reglamento del Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en Concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. (28 de diciembre de 1996). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H660303

Decreto Supremo N.° 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN. (27 de julio de 2006). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H922214

Ley N.° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo. (23 de enero de 1998). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H777915

Ley N.° 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. (16 de setiembre de 2025). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1416336