

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Resolución N° 9 del
Expediente N° 000581-2023-0-1817-SP-CO-02

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Shiarmely Melendez Flores

ASESOR:
Gino Elvio Rivas Caso


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, GINO ELVIO RIVAS CASO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “Informe Jurídico sobre la Resolución N°9 (Expediente N° 000581-2023-0-1817-SP-CO-02)” del autor MELENDEZ FLORES, SHIARMELY dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin del 11 de julio del 2025.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2025

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>RIVAS CASO, GINO ELVIO</u>	
DNI: 070024260	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2072-9064	
Firma:	

RESUMEN

El presente informe tiene como objeto analizar la Resolución N°9 emitida por la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 000581-2023-0-1817-SP-CO-02. En dicha resolución, la Sala resuelve el recurso de anulación de laudo arbitral interpuesto por OSITRAN contra el laudo arbitral emitido en el marco del arbitraje entre JNR Consultores S.A. y OSITRAN, cuyo conflicto tiene origen en la imposición de penalidades contractuales a JNR por presuntos incumplimientos, las cuales fueron declaradas como nulas por el Tribunal Arbitral en razón de su caducidad. La finalidad del informe es realizar un análisis jurídico respecto a si correspondía que la Sala declare fundadas las pretensiones de OSITRAN, a partir de la evaluación del carácter arbitrable de la materia y el alcance de la potestad del Tribunal Arbitral para aplicar de oficio figuras jurídicas como la caducidad

Palabras clave

Arbitraje, caducidad, materia no arbitrable, anulación de laudo arbitral.

ABSTRACT

The purpose of this report is to analyze Resolution N°9 issued by the Second Civil Chamber of the Lima Superior Court of Justice in Case N° 000581-2023-0-1817-SP-CO-02. In said resolution, it was decided to resolve the appeal for annulment of the arbitration award filed by OSITRAN against the arbitration award issued in the arbitration between JNR Consultores S.A. and OSITRAN, whose conflict has its origin in the imposition of contractual penalties to JNR for alleged non-compliance, which were declared null and void by the Arbitration Court due to their expiration.

The purpose of the report is to carry out a legal analysis as to whether the Chamber should declare OSITRAN's claims to be well founded, based on the evaluation of the arbitrable nature of the matter and the scope of the Arbitral Tribunal's power to apply ex officio legal concepts such as forfeiture.

Keywords

Arbitration, statute of limitations, non-arbitrable matter, vacatur of an award

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1 Justificación de la elección de la resolución	6
1.2 Presentación del caso y del análisis	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	9
2.1 Antecedentes	10
2.2 Hechos relevantes del caso	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
3.1 Problema principal	14
3.2 Problemas secundarios	14
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	15
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	15
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	19
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	19
5.1 Marco Teórico	19
5.1.1 Acto administrativo	19
5.1.2 Materia arbitrable	21
5.1.3 Caducidad	25
5.1.4 <i>Iura Novit Arbitrator</i> (el <i>Iura Novit Curia</i> del Arbitraje)	27
5.2 ¿La Sala Comercial debió declarar fundadas las pretensiones de OSITRAN en cuanto al carácter no arbitrable de la materia y al pronunciamiento <i>extra petita</i> del Tribunal Arbitral?	29
Carácter no arbitrable de la materia	29
5.2.1 ¿Cuál es la naturaleza de la Resolución emitida por OSITRAN y sus efectos, son actos administrativos o actos jurídicos privados derivados de una relación contractual?	30
5.2.3 ¿Debió la Sala pronunciarse de oficio respecto al carácter no arbitrable de la materia?	35
El pronunciamiento <i>extra petita</i> del Tribunal Arbitral	37
5.2.4 ¿Fue correcta la decisión del Tribunal Arbitral respecto a declarar la caducidad de las penalidades?	37
5.2.5 ¿La evaluación de oficio de una eventual caducidad debe darse sin una oportunidad de que las partes puedan ser escuchadas?	40
5.2.6 ¿La caducidad constituye una cuestión de fondo o de forma y cómo incide ello en la competencia de la Sala Comercial para revisar su aplicación?	43

VI. CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	46



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Expediente N° 000581-2023-0-1817-SP-CO-02/ Resolución 9
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Procesal, Arbitraje
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución N°9, Laudo Arbitral (Resolución N°68)
Demandante / Denunciante	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN
Demandado / Denunciado	JNR CONSULTORES S.A.
Instancia administrativa o jurisdiccional	CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL
Terceros	-
Otros	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La resolución seleccionada para el análisis del presente informe se justifica por su trascendencia jurídica en el ámbito del derecho procesal y el arbitraje. En particular, el caso aborda crucialmente los límites de las materias no arbitrables y aquellas cuestiones sobre las cuales el Tribunal Arbitral pudo haberse pronunciado sin que ello haya sido sometido ni discutido por las partes. Este análisis es fundamental para comprender los límites del arbitraje en las controversias donde convergen el derecho público y privado.

En lo que respecta el caso planteado, el Tribunal Arbitral declaró nula la imposición de penalidades contractuales aplicadas por OSITRAN a JNR Consultores S.A., por ser impuestas fuera del plazo de conformidad con la Directiva de Penalidades, que fue aprobada mediante Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN. En consecuencia, OSITRAN presentó una demanda para anular el laudo arbitral, fundamentando su pretensión en las causales b), c) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje - Decreto legislativo N°1071 (en adelante, "LA").

La principal cuestión del presente caso surge del conflicto sobre la naturaleza jurídica de la Resolución de Gerencia General N.º 026-2015-GG-OSITRAN (en adelante, "la Resolución"), que dispone la aplicación de las penalidades a JNR y la ejecución de la carta fianza. Al respecto, OSITRAN sostiene que dichas penalidades son actos administrativos, puesto que se trata de una manifestación emitida por un organismo estatal y se encuentra dentro del marco del derecho público. Contrario a ello, el Tribunal fundamentó que tales derivan de una relación contractual de naturaleza privada, por lo que debían revisarse desde el derecho civil.

En esa línea, la fundamentación del laudo arbitral se apoya en la aplicación de la Directiva de Penalidades y las disposiciones del Código Civil, concluyendo que los plazos de las penalidades habían caducado.

Por tanto, la complejidad del caso se centra en determinar si se habría incurrido en las causales de anulación de laudo respecto a la materia no susceptible al arbitraje y materia no sometida a decisión del Tribunal. En relación a ello, se analizará si el Tribunal Arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre los actos emitidos por OSITRAN, que sugieren ser de naturaleza administrativa. Ello nos lleva a cuestionarnos si el Tribunal incurrió en un exceso de competencia al resolver sobre materias que no serían arbitrables como los actos administrativos. Asimismo, se evaluará si correspondía que Sala Comercial se pronuncie de oficio sobre dicha cuestión de conformidad a lo dispuesto en el artículo 63 inciso 3¹ de la LA.

Por otra parte, se examinará el alegato de OSITRAN, quien alega que el Tribunal Arbitral llegó a emitir un pronunciamiento que no fue discutido (extra petita) y que está relacionado a la declaración de la caducidad de las penalidades, dado que dicho argumento no fue invocado expresamente por las partes. En ese sentido, se analizará si el Tribunal se encuentra habilitado para aplicar de oficio la caducidad y, si en caso fuera así, si su aplicación fue correcta en el caso. De lo anterior deriva la cuestión de si la aplicación de una figura jurídica de oficio implica que ésta no deba ser cuestionada ni discutida por las partes. Finalmente, se analizará si la caducidad constituye una cuestión de forma o de fondo, pues ello incide en la posibilidad de control por parte de la Sala Comercial.

1.2 Presentación del caso y del análisis

La resolución analizada trata sobre la solicitud de anulación del laudo, que discute la falta de competencia del Tribunal para declarar la nulidad de actos administrativos y el supuesto pronunciamiento extra petita sobre la caducidad de las penalidades (en aplicación de la Directiva de Penalidades y el Código Civil).

¹ Artículo 63.- Causales de anulación. 3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Ello en razón a la imposición de penalidades contenidas en la Resolución emitida por OSITRAN dentro del marco del Contrato de Locación de Servicios N°034-2013-OSITRAN.

Al respecto, la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, “la Sala Comercial”) emitió la Resolución N°9, correspondiente al Expediente N° 000581-2023-0-1817-SP-CO02, mediante la cual resuelve declarar infundado el recurso de anulación de laudo presentado por OSITRAN.

Habiendo mencionado lo anterior, este informe identifica como cuestión principal si La Sala Comercial debió declarar fundadas las pretensiones de OSITRAN en cuanto al carácter no arbitrable de la materia (respecto a los actos administrativos) y el supuesto pronunciamiento extra petita del Tribunal Arbitral.

Dicha cuestión trae consigo diversos problemas secundarios, entre los más destacados encontramos los siguientes: la identificación de la naturaleza jurídica de la Resolución y sus efectos; la competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre penalidades derivadas de supuestas potestades públicas; el deber de la Sala de actuar de oficio sobre el carácter no arbitrable de la materia; el análisis de validez sobre el uso de la caducidad en la controversia y si dicha invocación de oficio implica la omisión de su discusión en el proceso arbitral; finalmente, si la Sala Comercial cuenta con competencia (a fin de pronunciarse sobre la caducidad planteada), ya que si es considerada una cuestión de fondo ello generaría su irrevisabilidad.

En relación a ello, la postura que guarda el presente informe es que, si bien la Resolución de OSITRAN tiene naturaleza administrativa, los efectos contractuales de dicha Resolución son de naturaleza privada.

En ese sentido, el Tribunal tiene competencia para conocer las penalidades derivadas de los efectos contractuales de la Resolución. Por tanto, su carácter administrativo no excluye la posibilidad de que el Tribunal revise su impacto en la relación jurídico-contractual.

Asimismo, aunque la Sala Comercial declaró infundada la pretensión relativa a la competencia del Tribunal sobre el carácter no arbitrable de la materia, no emitió una argumentación de fondo al considerar que se trataba un aspecto irrevisable, postura con la que no estamos de acuerdo. Dado que la propia Ley de Arbitraje habilita una revisión mínima de oficio cuando se trate de materia manifiestamente no arbitrable.

Por otro lado, consideramos que el Tribunal tiene potestad para invocar la caducidad de oficio; sin embargo, en el marco del caso analizado dicha aplicación no fue correcta, porque se hizo caso omiso a lo regulado en el artículo 2004 del CC².

En esa línea, no hubo un pronunciamiento extra petita, pero sí incongruente. Por tanto, la aplicación de oficio de figuras como la caducidad deben cumplir con estándares mínimos, entre los cuales se debe garantizar la congruencia, el derecho de defensa y contradicción.

Finalmente, la caducidad tiene que ser entendida como una cuestión de fondo, pues incide en la relación sustancial de las partes, por lo que la Sala no podría revisar esta cuestión.

Las fuentes jurídicas empleadas a lo largo de este informe, primordialmente, serán la doctrina nacional e internacional especializada en el tema, la jurisprudencia en cuanto a anulación de laudo por materia no sometida a arbitraje y materia no susceptible a arbitraje, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), Código Civil (Decreto Legislativo N°295), la LPAG (Ley N° 27444), entre otros.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

² Artículo 2004 del Código Civil. - Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.

2.1 Antecedentes

Actualmente, existen diversas controversias que surgen de los contratos entre el Estado peruano y los particulares. En particular suscita una problemática recurrente sobre la determinación del régimen jurídico aplicable sobre los actos administrativos y sus efectos dentro de las relaciones contractuales, “nos hemos perdido mucho en definir si el régimen administrativo o civil es aplicable a los contratos públicos” (Huapaya, 2024).

En esa línea, evidenciamos que tanto el derecho público como el privado coexisten en los contratos públicos, pues durante su ejecución, la Entidad tiene la facultad de dictar un acto administrativo que afecte la esfera privada del contratista. Ello evidentemente repercutirá en la relación contractual, especialmente cuando el contrato tiene una cláusula de resolución de controversias que impone a las partes el deber de acudir al arbitraje.

Al respecto, surge la cuestión de si los tribunales arbitrales tienen competencia para revisar disposiciones administrativas emanadas por la Entidad bajo el ámbito de un contrato con un privado. Como señala Bullard, dependerá que los conflictos originados en las decisiones regulatorias sean efectivamente susceptibles de ser sometidos a arbitraje, su viabilidad está condicionada a ello (2012). En razón de ello, la respuesta a la cuestión mencionada dependerá de si dichos actos son materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

2.2 Hechos relevantes del caso

El 4 de octubre de 2013, OSITRAN y JNR Consultores S.A. suscribieron el Contrato de Locación de Servicios N.º 034-2013-OSITRAN (en adelante “el Contrato”), para la supervisión de obras en la concesión vial del Eje Multimodal Amazonas Norte (IIRSA Norte).

Con fecha 11 de febrero de 2015, la Gerencia, del área de Supervisión y Fiscalización, de OSITRAN emite el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN (en

adelante “el Informe”), recomendando aplicar penalidades a JNR por supuestos incumplimientos contractuales.

Posteriormente, OSITRAN emitió la Resolución de Gerencia General, la cual dispone imponer penalidades a JNR y la exigencia de ejecución de la carta fianza entregada por JNR.

En consecuencia, JNR recurre al arbitraje conforme a la cláusula de controversias del contrato. En su demanda, solicita como pretensiones: declarar la nulidad del Informe, la Resolución y la ejecución de la carta fianza, entre otros.

OSITRAN contesta la demanda, formula excepción de incompetencia y presenta una reconvencción. En dicho escrito argumenta que tanto el Informe como la Resolución son actos administrativos que, acorde al artículo 1 de la Ley N°. 27444, deben ser impugnados mediante el proceso contencioso administrativo, por tanto no son revisables en sede arbitral.

JNR responde a la excepción planteada por OSITRAN el 7 de diciembre de 2017 y sostiene que la excepción de incompetencia es improcedente, en tanto lo establece el numeral 15.1 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato³. Por ello, si las partes han decidido someter a arbitraje aquellas controversias que se originaron del contrato, entonces no pueden sostener que dichas controversias sean resueltas por el Poder Judicial.

El 13 de abril de 2023 el tribunal arbitral resuelve la controversia y expide el laudo arbitral, en el cual declara fundadas las pretensiones de JNR, que dispone la anulación de las penalidades y ejecución de la carta fianza, ya que tales penalidades estaban caducas por haberse impuesto fuera del plazo acorde a lo

³ Numeral 15.1 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato. - “Cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente contrato, será resuelto por una solución amigable o por los mecanismos alternativos de solución de controversias o de manera definitiva mediante arbitraje de derecho”.

establecido en la Directiva⁴, aprobada mediante Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN (en adelante “Directiva de Penalidades”).

El 11 de septiembre de 2023, se emite Resolución N.º 73 (post laudo) que integra una omisión en la parte resolutive: el tribunal decide declarar infundada la excepción de incompetencia, que fue formulada por OSITRAN.

Posteriormente, el 14 de noviembre de 2023, OSITRAN presenta el recurso anulación del laudo arbitral frente al órgano judicial e invoca las causales b), c) y d) del artículo 63.1 de la LA argumentando lo siguiente:

- En primer lugar, sobre la **causal b) del artículo 63.1**, indica que hubo una afectación al debido proceso, derecho de defensa y debida motivación, pues el Tribunal no habría motivado la razón por la cual declaró infundada la excepción de incompetencia a la luz de lo establecido en la Ley N° 27444. En esa línea, señala que el tribunal no absolvió si la declaración de una entidad (el Informe y la Resolución de Gerencia General) son actos administrativos. Además, en el Contrato y la normativa señalada en la cláusula 3.2 no se señalaría la consecuencia de incumplir los plazos contractuales, por lo que la nulidad no es una cuestión controvertida. Sobre los plazos de la directiva, señala que estos deben ser fijados por ley, por tanto el Tribunal no puede señalar que son plazos que se rigen por el código civil (plazos acorde a la caducidad).
- En segundo lugar, sobre la **causal c) del artículo 63.1**, OSITRAN señala que se transgredió su derecho a la defensa y al acuerdo de las partes, toda vez que no se consideró el régimen aplicable del contrato establecidos en su cláusula 3 y 8, las cuales no estipulan la nulidad en caso de incumplimiento de plazo.
- Tercero, respecto a la **causal d) del artículo 63.1**, la Entidad indica que la caducidad, en ningún momento del proceso arbitral, fue alegada por las partes y por tanto el Tribunal se habría manifestado sobre una cuestión que no fue sometida para su resolución.

⁴ Directiva N°072-2009-PD-OSITRAN signada como “Procedimiento de Aplicación de Penalidades previstas en los Contratos de Supervisión”.

Finalmente, con fecha 11 de julio de 2024, la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial declara infundada la demanda de anulación, ratificando la validez del laudo arbitral, en los siguientes términos:

- Es infundada la supuesta vulneración de la causal b) del artículo 63.1, ya que el recurso de anulación no permite revisar el fondo ni la motivación que haya realizado el Tribunal Arbitral, sino que se limita a revisar la forma y aceptabilidad racional de sus fundamentos. Además, la Sala consideró que la motivación del tribunal fue suficiente y concuerda con que se realizó un debido razonamiento respecto a lo siguiente:
 - Sobre la naturaleza de los actos administrativos, el Tribunal desarrolla esta cuestión y señala que son manifestaciones de la potestad administrativa, de conformidad al derecho público y no son de aplicación al derecho privado. Sin embargo, las penalidades impuestas mediante dichos actos estaban regidas por la Directiva de penalidades (como un reglamento integrado al contrato), la cual dispone que su aplicación se genera acorde a las normas de derecho común; por tanto, las penalidades estaban sujetas a lo que establece el contrato y supletoriamente al Código civil.
 - Sobre la naturaleza civil de las penalidades, el tribunal considera que éstas surgen de una relación obligatoria contractual cuando OSITRAN terceriza sus laborales con empresas que se rigen en el ámbito privado; por ende, son actos jurídicos sometidos al derecho privado.
 - Respecto a la normativa aplicable, el tribunal señala que el contrato reviste las características de los contratos administrativos privados, que además en su cláusula 11 establece que en caso JNR incumpla sus obligaciones, se procederá acorde a la Directiva de penalidades. En este caso JNR no es subordinado de OSITRAN, sino que ambos tienen una relación igualitaria. Además, la Resolución es un acto administrativo interno que genera predictibilidad al contratista y la Directiva es una cláusula contractual, cuyos plazos son preclusivos y definitivos para las partes, por ende, aplica la caducidad. Entonces, si OSITRAN

desconoce dicha Directiva estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica.

- Asimismo, la declaración de penalidades forma parte del derecho privado, ya que no puede ser una sanción administrativa, de lo contrario sería apelable, pero en la directiva se menciona que la penalidad no es impugnable.
 - Por otra parte, OSITRAN también habría incumplido en realizar el procedimiento de la Directiva, al no comunicar a tiempo y en varias ocasiones los incumplimientos de JNR, por lo que dichos actos habrían caducado.
- Respecto a la supuesta vulneración de la **causal c) del artículo 63.1**, la Sala la declara infundada, al considerar que, si se respetó el acuerdo entre las partes, toda vez que las actuaciones del Tribunal giraron en torno el régimen aplicable al contrato como se explicó anteriormente. -
- Finalmente, sobre la supuesta vulneración de la **causal d) del artículo 63.1**, la Sala declara la infundada al no haber un pronunciamiento *extra petita*, pues la caducidad no es un plazo procesal por generar efectos en la relación sustancial subyacente y previa de las partes; en consecuencia, no es un mero plazo procesal preclusivo. Además, forma parte del debate arbitral, lo que genera que no sea revisable por la Sala.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿La Sala Comercial debió declarar fundadas las pretensiones de OSITRAN en cuanto al carácter no arbitrable de la materia y al pronunciamiento *extra petita* del Tribunal Arbitral?

3.2 Problemas secundarios

Respecto al carácter no arbitrable de la materia:

- A. ¿Cuál es la naturaleza de la Resolución emitida por OSITRAN y sus efectos, son actos administrativos o actos jurídicos privados derivados de una relación contractual?
- B. ¿Puede un Tribunal Arbitral pronunciarse válidamente sobre actos estatales que aparentemente se fundan en potestades públicas?
- C. ¿Debió la Sala pronunciarse de oficio respecto al carácter no arbitrable de la materia?

Respecto al supuesto pronunciamiento extra petita del Tribunal Arbitral:

- D. ¿Fue correcta la decisión del Tribunal Arbitral al declarar la caducidad de las penalidades?
- E. ¿La evaluación de oficio de una eventual caducidad debe aplicarse sin darle oportunidad a las partes para pronunciarse?
- F. ¿La caducidad constituye una cuestión de fondo o de forma y cómo incide ello en la competencia de la Sala Comercial para revisar su aplicación?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Para responder la pregunta de la cuestión principal es necesario resolver previamente las cuestiones jurídicas secundarias, las cuales están relacionadas con la pregunta central y permiten descomponerla en aspectos específicos que contribuyen al desarrollo argumentativo de su respuesta.

En ese sentido, respecto a los problemas secundarios del carácter no arbitrable de la materia: cabe señalar que existe un debate respecto a la naturaleza de la Resolución y sus efectos, dentro del alcance del Contrato de Locación de Servicios, pues la Entidad considera que son actos de naturaleza administrativa, mientras que el Tribunal considera que son de naturaleza privada.

Al respecto, consideramos que la Resolución tiene carácter administrativo con efectos privados. En ese sentido, el Tribunal Arbitral tiene competencia para resolver sobre las penalidades.

Ello se debe a que las penalidades tienen naturaleza privada al ser sometidas a la Directiva de Penalidades, la cual declara que se estas se rigen supletoriamente a lo establecido en el CC.

5.2	Las reglas de aplicación de las penalidades quedan sujetas a lo establecido en cada Contrato de Supervisión, y supletoriamente, a lo previsto en el Capítulo Tercero: Obligaciones con Cláusula Penal, del Título IX: Inejecución de Obligaciones del Código Civil.
-----	---

En atención a lo anterior, acorde al artículo 9 de la LPAG⁵, los actos administrativos solo pueden ser anulados en otra instancia administrativa, como el proceso contencioso-administrativo, de lo contrario no son considerados válidos. Ello nos indica que el Tribunal Arbitral no puede ejercer potestades públicas, ni anular formalmente actos administrativos. Sin embargo, tiene competencia para decidir sobre actos jurídicos que se encuentren dentro de los efectos de las obligaciones contractuales.

Asimismo, sostenemos que la Sala incurre en una equivocación al no ejercer el control de oficio sobre la cuestión que hace OSITRAN de la materia no arbitrable de los actos administrativos. Pues, los hechos certifican que OSITRAN planteó una excepción de incompetencia y señaló que las pretensiones eran actos administrativos. Por tanto, de conformidad al artículo 63, numeral 3 de la LA, el juez puede revisar de oficio lo establecido en el inciso e) del numeral 1 del referido artículo, el cual señala que la materia no susceptible al arbitraje es motivo de anulación de laudo.

Por otro lado, el Tribunal invoca de oficio la figura de la caducidad para evaluar la validez de las penalidades contractuales. Si bien el Tribunal se encuentra

⁵ TUO LPAG, Artículo 9.- Presunción de validez. Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda

habilitado para invocar de oficio la caducidad, de conformidad al artículo 2006 del CC, consideramos que los plazos previstos no son plazos de caducidad; por tanto, no se tomó en consideración lo establecido en el artículo 2004 del CCI, pues estos plazos deben ser fijados por ley. Asimismo, se advierte que el Tribunal argumenta que la Directiva de Penalidades se rige por las normas de derecho común/privado, lo cual generaría su potestad para aplicar la caducidad, además su razonamiento también se fundamenta en el principio de seguridad jurídica. No obstante, ello no excluye que es imperativo que la caducidad sea prevista expresamente por Ley.

Ahora bien, consideramos que no hubo un pronunciamiento extra petita. Contrario a ello, la aplicación de normas de oficio debe cumplir con ciertos requisitos, pues nos hallamos frente a una eventual aplicación del *lura Novit Arbitrator*, este principio permite que el Tribunal Arbitral pueda aplicar normas jurídicas no invocadas expresamente por las partes, siempre que estas sean esenciales para resolver la controversia y no alteren el objeto sometido al arbitraje. Además, si los árbitros llegan a identificar una cuestión jurídica que sea importante para la resolución de la controversia, y que además esta no haya sido formulada por las partes, entonces se podrá investigar ello y posteriormente requerir a las partes las aclaraciones que consideren necesarias (Gárate, 2022, 150).

En relación a lo mencionado, tanto la invocación de oficio o la facultad del árbitro para aplicar el principio *lura Novit Arbitrator*, tiene que garantizar ciertos requisitos, entre ellos: la congruencia procesal, el derecho de defensa y contradicción, lo cual no se ha producido en este caso, pues la declaración de oficio fue conocida por las partes en el Laudo Arbitral y no durante el transcurso del proceso arbitral previo a la emisión del laudo. De esta manera, las partes solo contaban con los recursos de solicitudes contra laudo (rectificación, interpretación, integración y exclusión), los cuales no permiten cuestionar directamente lo fundamentado por el Tribunal. En esa línea, su oportunidad para pronunciarse estaba limitada.

Finalmente, la caducidad pertenece al fondo de la controversia y no deviene en un plazo procesal, ya que genera efectos en la relación sustancial de las partes,

por lo que coincidimos con el pronunciamiento de la Sala en cuanto a su irrevisabilidad. En conclusión, sobre el carácter no arbitrable de la materia, es preciso señalar que, en primer lugar, la Resolución tiene naturaleza administrativa; no obstante, la penalidad, que es entendida como un efecto jurídico contractual, no lo es.

En relación a ello, si bien el Tribunal Arbitral no posee facultades para cuestionar potestades públicas, puede pronunciarse sobre los efectos contractuales derivados de la intervención de OSITRAN en el contexto del contrato celebrado con JNR. Dado que, las penalidades se encontraban regidas por el derecho común, por tanto debe ser considerado como materia arbitrable.

Del mismo modo, la Sala Comercial incurre en un error al no ejercer de oficio el control judicial, ya que la causal de materia no arbitrable puede ser conocida de oficio conforme a la LA.

En segundo lugar, sobre la alegación del supuesto pronunciamiento extra petita, el Tribunal no realizó una correcta aplicación de la caducidad, dado que los plazos previstos en la Directiva no son plazos previsto por Ley, ya que la Directiva no tiene rango legal y por tanto la caducidad no fue aplicada correctamente como lo exige el artículo 2004 del CC.

Ahora bien, pese a que no se ha configurado un pronunciamiento extra petita y como nos encontramos frente a una manifestación del lura Novit Arbitrator, la aplicación de la caducidad de oficio debe cumplirse acorde al debido proceso, lo cual tampoco se ha dado en este caso, ya que fue invocada en la fase final del arbitraje, por tanto, el derecho a manifestarse, que tienen las partes, se vio limitado.

Finalmente, la caducidad se presenta como una cuestión de fondo al incidir en la relación sustancial de las partes; por tanto, consideramos un acierto que Sala se haya limitado para realizar un control judicial sobre tal figura.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

De lo revisado hasta el momento, no coincidimos con el fallo de la Segunda Sala Comercial respecto al carácter no arbitrable de la materia. Dado que hay que tener en cuenta que la causal configurada en el inciso e) del Artículo 63 de la LA, referida a la arbitrabilidad de la materia, puede ser conocida de oficio acorde al inciso 3 artículo 63⁶ de la LA; lo cual no se aplicó en este caso y debió realizarse, pues la Sala tiene el deber de ejercer un control jurisdiccional que tenga como fin salvaguardar el debido proceso.

Ahora bien, respecto al supuesto pronunciamiento extra petita, concordamos con el razonamiento de la Sala al declarar infundada la pretensión en cuanto a que el Tribunal Arbitral emitió una Decisión sobre cuestiones que no fueron sometidas a su competencia conforme al inciso d), numeral 1 del artículo 63 de la LA. Ello en razón a que la caducidad debe ser abordada como un asunto de fondo y no de forma, por tanto, ahí radica su irrevisabilidad.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 Marco Teórico

El presente marco teórico tiene como finalidad desarrollar y determinar los conceptos jurídicos que serán aplicados en este informe y contribuirán a comprender la materia del asunto.

5.1.1 Acto administrativo

⁶ Artículo 63.- Causales de anulación. (...) 3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Según el inciso 1,1 del artículo de la LPAG, los actos administrativos son declaraciones emitidas por organismos públicos, conforme a las disposiciones de derecho público, y que buscan generar consecuencias jurídicas respecto a los derechos, deberes o intereses de los administrados en casos en concreto. En tal sentido, acorde a Morón (2021, p. 197-201), el acto administrativo se distingue por una serie de elementos que lo integran, entre ellos:

- A) Es una declaración unilateral, emitida por una entidad pública, mediante la cual ejerce, en un caso concreto, una facultad otorgada por la norma o ley, y que posee fuerza vinculante en virtud de su fundamentación legal.

Asimismo, la doctrina sostiene que dichas declaraciones, que fundamentan un acto administrativo, pueden adoptar distintas formas, entre ellas: las declaraciones decisorias, que expresan una voluntad dirigida a alcanzar un objetivo determinado; un ejemplo de ello es la Resolución administrativa. (como se citó en Dromi, 1985, p. 16).

- B) Produce efectos jurídicos externos, cuyos efectos se proyectan de manera directa, tienen carácter público y repercuten en situaciones jurídicas individuales. Además, no comprenden a los actos administrativos de carácter interno.
- C) Genera efectos que inciden en los derechos, deberes e intereses de los administrados, de forma que estos pueden verse afectados positiva o negativamente. En este caso también se excluye aquellos actos, cuya finalidad es generar consecuencias indirectas en el ámbito externo de la administración, aunque sean expresados en forma de resolución.
- D) Se produce en una situación concreta, tendrán un alcance individualizado en una situación jurídico-administrativa en específico.
- E) Se genera dentro del ámbito del Derecho Público, y en este supuesto, la calificación del acto no depende de quién lo emite, sino de la potestad pública que ejerce mediante el órgano administrativo. Además, la

administración puede sustraer el marco jurídico del derecho público, pero debe hacerlo de forma expresa. De esta manera, quedará excluida la posibilidad de calificar como acto administrativo las actuaciones de las entidades, amparadas en un marco legal habilitante, que se rige por el derecho común; situación que es ejemplificada cuando una entidad estatal acude a arbitraje para resolver los conflictos derivados de su actuación.

Por otro lado, en el inciso 1.2 del artículo 1 de la LPAG se encuentra establecido que no se consideran como actos administrativos, aquellas acciones internas de las entidades que estén orientadas a estructurar o gestionar el funcionamiento de sus servicios o actividades. Dichas actuaciones se encuentran reguladas por normas propias internas, en concordancia con el Título Preliminar de la mencionada ley y otras disposiciones que así lo indiquen expresamente.

De todo lo anterior, se tiene que son actos administrativos aquellos que a) constituyen una manifestación unilateral de voluntad emitida por una entidad; b) que estén emitidos bajo la potestad del Derecho Público; c) que produzca consecuencias jurídicas directas respecto derechos, deberes o intereses de los administrados; d) que logre tener un alcance individual en una situación concreta; y, d) que tengan fuerza vinculante (*imperium iuris*).

Asimismo, se concluye que no constituyen actos administrativos: a) los actos internos, que se destinen a hacer funcionar los servicios de actividades internas de la entidad; b) los actos con efectos jurídicos indirectos en el ámbito externo; c) las declaraciones no decisorias, como opiniones técnicas, informes, recomendaciones, etc.; y, d) las actuaciones sujetas al derecho común, lo cual se produce cuando una Entidad suscribe un contrato civil, entonces actúa como sujeto de derecho privado y no ejerce potestad pública.

5.1.2 Materia arbitrable

Como señala Arrarte, cuando hablamos de la arbitrabilidad de un conflicto “su especial cualidad es la que permite a los árbitros asumir competencia para resolverla en virtud del convenio arbitral o de la ley” (2015). De esta forma, no todas las materias son arbitrables, sino que tienen que cumplir con ciertos requisitos que determina si puede ser resuelto en sede arbitral.

En esa línea, el arbitraje tiene ciertos límites, entre ellos, las restricciones o límites establecidos en el marco legal y aquellas que son acordadas por las partes, las cuales están dirigidas a los árbitros (Castillo y Sabroso, 2011, p. 61).

Por tanto, en el primer caso son las propias leyes las que prohibirán que cuestiones pueden ser sometidas a arbitraje; en el segundo caso, las mismas partes son quienes deciden y pactan que se someterá a arbitraje.

Asimismo, la arbitrabilidad se divide en objetiva y subjetiva. La objetiva analiza la materia de la controversia; y, la subjetiva, si bien tiene la misma finalidad, tiene un matiz distinto al centrarse en la facultad de las partes para someter la controversia a arbitraje (Arrarte, 2015, p. 245). A efectos del presente informe, desarrollaremos la definición de arbitrabilidad objetiva.

Entonces, nos centraremos en determinar qué materias pueden ser llevadas a arbitraje y si estas se encuentran dentro del ámbito de la libre disposición por las partes. De acuerdo con el artículo 2 inciso 1 de la LA, serán susceptibles 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”. Dicho enunciado tiene una interpretación abierta, de modo que, cuando hablemos de libre disposición corresponderá revisar caso por caso que controversias pueden arbitrarse o no.

Respecto a la libre disposición, como afirma Campos, será susceptible de arbitraje aquella pretensión, mediante la cual el solicitante afirme poseer un derecho subjetivo, y que implique una obligación correspondiente para la parte demandada, sin importar su fuente o procedencia (2006). De ello se entiende

que en estos casos no es relevante el origen del derecho, sino que este se encuentre disponible por las partes.

Es importante destacar que, como la misma ley de arbitraje lo señala en su inciso 1 del artículo 2, no serían disponibles las materias que no vayan conforme a derecho o aquellos que la ley, tratados o acuerdos internacionales no autoricen. Sobre ello, Soto y Bullard señalan algunos ejemplos de materias no arbitrables, tales como: las cuestiones que vayan en contra de la moral o las buenas costumbres, los reclamos que conlleven a alguna sanción penal, los temas referidos al estado, la capacidad legal de los individuos para ejercer y contraer derechos civiles, la modificación de contratos, entre otros (2011, p. 9-10).

Habiendo mencionado lo anterior, a fin de analizar el presente informe jurídico, traemos a colación una de las discusiones doctrinales que se han generado en base a la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias, siendo que algunos lo consideran como un acto administrativo y no pueden ser materia arbitrable.

Sobre ello, observamos que no hay una tendencia clara en la doctrina sobre este tema, por un lado, hay autores que consideran que los actos administrativos no pueden ser impugnados vía arbitral. Como sostienen Castillo y Sabroso, todos los actos emitidos por OSITRAN, que se encuentran dentro del marco de sus competencias, deben ser considerados como actos administrativos ejercidos bajo el poder del imperio del Estado. Por ello, su impugnación debe realizarse mediante un procedimiento contencioso administrativo (2011, p. 46).

Asimismo, los autores consideran que el proceso a seguir debería iniciar con la primera instancia (la Gerencia General de OSITRAN) y luego, vía apelación, al Consejo Directivo. De ese modo, el concesionario debe acudir al proceso contencioso-administrativo, pues mediante este existe una supervisión respecto a las acciones de la administración pública.

Por otro lado, autores como Bullard señalan que se debe interpretar de otra forma el inciso 1 del artículo 2 de la LA, el cual indica que es materia arbitrable aquella situación que esté permitida por la normativa legal, así como por los

tratados o convenios internacionales. Entonces, dicha normativa, permitiría que se arbitren asuntos, que en principio, no estarían dentro del ámbito de la libre disposición y un claro ejemplo de ello serían los contratos ley, “se confunde la arbitrabilidad de un asunto derivado de una decisión regulatoria con quién debe ser parte en el arbitraje” (Bullard, 2012, p. 313-314). Es decir, el hecho de que la decisión sea emitida por un organismo regular, ello no implica necesariamente que este sea parte, sino que quien debe serlo es la persona que suscribe el contrato con el concesionario.

Sobre ello, Castillo y Sabroso sostienen que tanto el concedente como el concesionario carecen de facultades para disponer de las funciones de OSITRAN, así como de los actos administrativos que emite dicha entidad en ejercicio de su función. En otras palabras, las partes no tienen libertad para decir sobre dichos asuntos, por lo que tampoco pueden habilitar esa función a un tercero, como por ejemplo un Tribunal Arbitral, y tampoco tienen la autoridad para definir el contenido o alcance de dichos actos (2011, p. 144).

A lo cual Bullard refuta y señala que son los árbitros los que deciden si el contrato fue vulnerado y cuáles son los efectos que dicho hecho produce. Por lo que no se trata de que el contratista tenga o no la facultad de disponer de las actuaciones de OSITRAN, es más, el contrato indica que el Estado garantiza la actividad de OSITRAN, así como cualquier entidad estatal no altere ni restrinja las obligaciones derivadas del contrato. En tal sentido, no se somete a arbitraje la validez o eficacia del acto regulatorio. Asimismo, es preciso indicar que el arbitraje no sustituye la vía del procedimiento contencioso administrativo, sino que se centrará en dirimir las consecuencias del contrato derivados del acto administrativo (2012, p. 314).

Entonces, a partir de la revisión doctrinal, se advierte que la LA establece un marco general de lo que es considerado como materia arbitrable, la cual estaría sujeta a límites normativos y contractuales. Esta generalidad trae consigo debates relevantes, específicamente en lo que respecta a decisiones regulatorias, pues no hay unanimidad sobre si pueden ser sometidas a arbitraje. Por un lado, se proponen restricciones fundadas en el orden público, mientras

que por otro se tiene una visión amplia de arbitrabilidad. Dichas discrepancias serán relevantes al momento de examinar el objeto del presente informe jurídico.

5.1.3 Caducidad

Tradicionalmente la caducidad, en los procesos arbitrales, suele presentarse como una cuestión de forma, especialmente cuando se presentan las excepciones procesales, las cuales permiten que el demandado (o demandante según el caso) puedan cuestionar la ausencia de un presupuesto procesal.

Las excepciones se entienden como aquellos mecanismos procesales, mediante los cuales, (usualmente) el demandado, impugna la inexistencia o deficiencia en la configuración de un presupuesto procesal o de una condición necesaria para la procedencia de la acción. (Priori, 2004, p. 51). En esa línea, mediante las excepciones se busca demostrar la invalidez del proceso e impedir que se decida respecto al contenido sustancial del conflicto.

Ahora bien, en la regulación civil la caducidad se manifiesta expresamente como una de las excepciones acorde al inciso 11 artículo 436 del Código Procesal Civil⁷, siendo esta un instrumento procesal que tiene como fin impedir que el juez emita un pronunciamiento respecto al contenido sustancial o fondo del conflicto en caso la acción haya sido invocada fuera del plazo legal.

Asimismo, la LA tampoco no está desvinculada de esta figura, ya que en el inciso 1 del artículo 41⁸ reconoce a la caducidad como una de las excepciones que pueden ser invocadas por las partes, también se relaciona como una cuestión sobre la competencia del tribunal arbitral. Entonces, entendemos que la

⁷ Artículo 446.- Excepciones proponibles.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: (...) 11.- Caducidad.

⁸ Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. 1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

caducidad puede ser un impedimento del tribunal arbitral para conocer el asunto sustancial de la disputa.

No obstante, aunque la caducidad tenga efectos sustantivos, su declaración en el proceso arbitral también puede tener implicaciones en el fondo. Al respecto, la caducidad está regulada en el Título II del Libro VIII del CC, cuyo artículo 2003 establece que extingue el derecho y la acción correspondiente, además su artículo 2004⁹ exige que los plazos deben estar pactados por Ley y que puede ser advertida y resuelta por iniciativa del propio órgano jurisdiccional de conformidad al artículo 2006¹⁰ de la referida norma.

En sentido estricto, como afirman Castillo, Sabroso, Castro y Chipana, la caducidad se entiende como el mecanismo, a través del cual, dado el paso del tiempo y la inactividad del titular del derecho, este y su acción para hacerlo valer se extinguen, conforme al plazo que es establecido por la ley. (2021, p. 298). Ello evidencia que la caducidad no solo tiene efectos meramente formales, sino también sustanciales.

En palabras de Aguila, “la caducidad debe considerarse una cuestión material ya que afecta la sustancia de los derechos y no sólo su ejercicio procesal. Debido a su impacto en los derechos de las partes (...)”. (2024, p. 30). Es decir, el hecho de que su vencimiento genere la pérdida del derecho sustantivo lo convierte en una cuestión de fondo.

Del mismo modo, debemos considerar que la caducidad es una variación del derecho sustantivo y que lo resuelto sobre esta figura afecta al fondo, pese a que la ley pueda establecer lo contrario (Wong, 2022, p. 157). Ello es importante, pues al considerarse una cuestión de forma, esto implica su irreversibilidad en la sala judicial, tal como lo manifiesta el inciso 2 del artículo 62¹¹ de la LA, mediante la cual prohíbe a la Sede Judicial examinar el contenido sustancial de la

⁹ Artículo 2004 del Código Civil. - Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.

¹⁰ Artículo 2006 del Código Civil. - La caducidad puede ser declarada de oficio o petición de parte.

¹¹ Artículo 62.- Recurso de anulación. 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

controversia al resolver pretensiones relacionadas a la anulación de laudos arbitrales.

En conclusión, la caducidad tiene una dimensión sustantiva, toda vez que, si bien en la normativa peruana se establece que puede ser invocada como una excepción, la consecuencia jurídica que emana no se limita al ámbito formal, sino que tiene carácter sustancial. Esta precisión es importante, pues genera importantes implicancias en el pronunciamiento del tribunal arbitral como los límites de la revisión judicial del laudo.

5.1.4 *Iura Novit Arbitrator* (el *Iura Novit Curia* del Arbitraje)

El *Iura Novit Arbitrator* es la nueva denominación del principio *Iura Novit Curia* en el arbitraje y se entiende como el árbitro conoce el Derecho. Ello en razón a que, a diferencia del juez, el árbitro actúa en base al convenio contractual, que lo faculta para resolver la controversia de las partes. De la misma manera, dichas partes eligen al árbitro teniendo en cuenta su formación profesional y experiencia necesaria; por tanto, en dicho contexto, se le reconoce (aunque implícitamente) la facultad de calificar de oficio tanto los hechos y los actos jurídicos, así como la identificación de la normativa aplicable, valoración de la prueba, todo ello con la finalidad de emitir un laudo válido y ejecutable (Berges, 2025). De esta forma, este principio se ejercerá por iniciativa propia del árbitro, siempre que las partes contratantes no hayan decidido limitar dicha potestad.

Aunque la LA no recoge este principio, podemos advertir que se encuentra reconocido por el Artículo VII del Título Preliminar del CPC, mediante el cual se determina que el juez está obligado a aplicar el derecho pertinente al caso, incluso si las partes no lo traen a discusión o lo han invocado de forma incorrecta. Empero, su decisión no puede exceder lo solicitado en las pretensiones ni basarse en hechos que no tengan relación directa o no hayan sido presentados por las partes. Es decir, si bien el juez se encuentra habilitado para aplicar el derecho, su aplicación cuenta con ciertos límites: que la decisión no trascienda

sobre asuntos fuera del alcance del proceso, ni tenga una argumentación basada en hechos que no se encuentren relacionados al proceso o sean ajenos a este.

En esa línea, la doctrina establece dos límites, “que el juez respete que le corresponde exclusivamente a las partes definir el objeto del proceso, así como su objeto de debate; y, el respeto irrestricto del derecho de defensa de las partes, que implica además un mandato al juez de garantizar el contradictorio durante las distintas etapas del proceso” (Prado y Zegarra, 2019). Entonces, coincidimos en que las partes son quienes determinarán el problema jurídico que debe ser discutido y sometido a análisis del juez, quien debe garantizar, independientemente de la etapa en la que se encuentre el proceso, que se ejerza el derecho de defensa correctamente.

En el caso del principio de congruencia; por un lado, Campos señala lo siguiente: “podemos definirlo en la necesaria correspondencia entre lo pedido y alegado por las partes al momento de resolver finalmente en la sentencia” (2003, 23). De esta manera, el juez no podría pronunciarse sobre lo que no ha sido definido por las partes, solo puede pronunciarse sobre las pretensiones y los hechos expuestos por las partes, sin que estos sean modificados.

Por otro lado, sobre el derecho de defensa y principio de contradicción, el juez no debe exceder su potestad y decidir sobre fundamentos que no hayan podido ser debatidos por las partes. El derecho de defensa “se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir a su defensor, obligatoriedad del defensor (...) facultades comprendidas en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución”. (Landa, 2002, p. 450).

Lo anterior se encuentra estrechamente relacionado al principio de contradicción, sobre el cual no es posible llevar adelante un proceso carezca de una confrontación de posturas, argumentos, pruebas, entre otros. (Monroy, 1996, p. 81). Ello implica que aunque haya una cuestión invocada de oficio, ello no excluye la posibilidad de que no deba someterse al contradictorio, siendo este un derecho de las partes para que se pronuncien.

En definitiva, a razón de que el *lura Novit Curia*, o *lura Novit Arbitrator*, es una potestad limitada, se pueden encontrar diversos escenarios en los cuales existan problemáticas sobre la ampliación de este principio, pues si bien la invocación de este principio puede ser pertinente en cierto contexto, ello no exime que pueda existir una colisión entre los mismos principios que la restringen. “Pueden darse casos en los que el demandante interpone una determinada pretensión sustentada en el fundamento jurídico “A”, el demandado se defiende alegando que no existe las condiciones para que se aplique el fundamento jurídico “A”; sin embargo, el juez falla a favor del demandado alegando que el petitorio no es amparable en base al fundamento jurídico “B”.” (Prado y Zegarra, 2019). En ese contexto podemos evidenciar que, si bien no se vulnera el principio de congruencia, si hay una afectación al contradictorio, porque dicha decisión es una invocación de oficio dentro de un fallo.

En conclusión, el principio del *lura Novit Arbitrator* (para los procesos arbitrales), es una herramienta jurídica que permite que el juez (o árbitro) aplique el derecho de oficio. Su aplicación no es irrestricta, pues debe regirse bajo los principios de congruencia, defensa y contradicción. Incluso si el árbitro ejerce su potestad basada en una relación contractual. Ello no implica que omita garantizar el debido proceso, ya que de lo contrario estaría comprometiendo la legitimidad del laudo arbitral, más aún cuando las controversias se derivan de contrataciones con el Estado, lo cual desarrollaremos más adelante.

Habiendo desarrollado los conceptos teóricos que se utilizarán en este informe jurídico, procederemos a analizar los problemas secundarios, con el objeto de proporcionar una respuesta fundamentada al problema principal.

5.2 ¿La Sala Comercial debió declarar fundadas las pretensiones de OSITRAN en cuanto al carácter no arbitrable de la materia y al pronunciamiento extra petita del Tribunal Arbitral?

Carácter no arbitrable de la materia

5.2.1 ¿Cuál es la naturaleza de la Resolución emitida por OSITRAN y sus efectos, son actos administrativos o actos jurídicos privados derivados de una relación contractual?

En primer lugar, para revelar si la Resolución emitida por OSITRAN es un acto administrativo, procederemos a revisar si cumple con los requisitos para que la califique como tal.

En ese sentido, de lo desarrollado en el marco jurídico, para que un acto sea considerado como acto administrativo, se debe tener en cuenta lo siguiente: 1) debe ser una declaración unilateral, 2) debe generar consecuencias jurídicas directas en el ámbito jurídico externo, 3) recae en los derechos, deberes o intereses de los administrados, 4) el alcance se genere en una situación particular o concreta y 5) emitido bajo la potestad del derecho público.

Entonces, respecto al primer punto, la Resolución y las penalidades son parte de una declaración unilateral, como afirma Danós, es una manifestación que surge del juicio o análisis de la administración pública, dentro del margen de sus funciones. (2010, p. 21). En otras palabras, ello implica que solo la Entidad, previo un análisis, va a manifestar su voluntad sin que sea necesario que haya una aceptación o un acuerdo de la otra parte para que dicha declaración tenga efectos jurídicos, además esta declaración se realizará en el desarrollo de su rol legal asignado.

En segundo lugar, el acto administrativo debe estar destinado a producir efectos jurídicos externos. Es decir, tales actos repercutirán exteriormente, lejos de la organización interna de la administración. (Morón, 2003, p. 141). En relación a ello, la Resolución y las penalidades generan efectos jurídicos externos en el Contratista, pues estas se manifiestan fuera de la esfera de la administración pública.

En tercer lugar, el acto administrativo debe proyectarse sobre los derechos, intereses y obligaciones de los administrados. Dicho de otra manera, es necesario que la declaración de la entidad tenga eficacia exteriormente, y que, a

su vez, tenga efectos que no sean pasibles de recurrir al ámbito interno de la entidad. Por el contrario, debe generar consecuencias jurídicas sobre sujetos externos a la administración que emite tales actos. (Huapaya, 2010, p. 126). En consecuencia, tanto la Resolución como las penalidades cumplen con ello, pues ambas afectan la esfera patrimonial del Contratista, pues se le está imponiendo un deber jurídico de soportar la consecuencia patrimonial dado su incumplimiento contractual.

Como cuarto punto, la Resolución y las penalidades se dan en una situación concreta. Ahora bien, respecto a este supuesto “los actos administrativos no producen efectos generales abstractos, sino más bien operan en una situación concreta, como establece la norma.”. (Guzmán, 2021, p. 430). En ese sentido, esta situación es particular e individualizable, ya que en ambos casos existe un efecto sobre un sujeto: el Contratista; y se da dentro del marco del Contrato.

Finalmente, deben producirse en el marco del derecho público; al respecto, la Resolución se emite en función a la potestad de OSITRAN como una entidad que forma parte de la Administración Pública. En cambio, las penalidades se rigen en base a la Directiva de Penalidades y al Derecho privado, tal como se puede advertir en el contrato:

Los Contratos de Supervisión que tiene celebrado OSITRAN se sujetan a las reglas del Derecho Común y, en consecuencia, su omisión o incumplimiento se sujeta igualmente a lo que en materia de inexecución de obligaciones se tiene previsto en el Derecho Privado.

5.2 Las reglas de aplicación de las penalidades quedan sujetas a lo establecido en cada Contrato de Supervisión, y supletoriamente, a lo previsto en el Capítulo Tercero: Obligaciones con Cláusula Penal, del Título IX: Inejecución de Obligaciones del Código Civil.

En ese sentido, toda actuación emitida por una entidad o administración pública, que se rige bajo las reglas del derecho común, no pueden ser consideradas como actos administrativos, porque la Entidad no está actuando como autoridad, sino como parte. Como señala Morón, en estos casos, la administración actúa dentro de una relación jurídica comercial y por tanto estará sometida a un plano

de igualdad con el contratista (2003, p. 142-143). Por tanto, si bien la Resolución tiene las características de un acto administrativo, se encuentra sometido al régimen privado. De la misma manera, sus efectos (las penalidades) se rigen por el derecho común/derecho civil, ya que se enmarcan exclusivamente dentro de la relación jurídica contractual de Supervisión entre OSITRAN y JNR.

Habiendo mencionado ello, es preciso acotar que las penalidades deben distinguirse de las medidas sancionadoras de carácter administrativo. Dado que, las penalidades se regirán por lo establecido en las partes, hay un acuerdo al que se someten, pues el Contrato establece en su cláusula décimo primera que si JNR incumple con sus obligaciones contractuales, entonces ello conducirá a la imposición de una penalidad:

11.1 El incumplimiento de los plazos de entrega de la documentación, entregables y prestaciones establecidas en el numeral 11 de los Términos de Referencia contenidos en las Bases del Proceso de Selección, serán motivo de penalidad de acuerdo a los montos allí establecidos.

En ese sentido, en caso OSITRAN detecte que EL SUPERVISOR ha incumplido cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente Contrato, se procederá de acuerdo a lo establecido en el numeral VI. PROCEDIMIENTO de la aplicación de la Penalidad, de la Directiva aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN o cualquier norma que la reemplace

En atención a ello, las penalidades están regidas por lo establecido entre las partes y no por una norma con rango legal, por tal razón, no es emanada de la potestad sancionadora del Estado.

Asimismo, cabe precisar que la finalidad de las penalidades es resarcitoria, es decir que tienen como objetivo una compensación en caso se haya dado el incumplimiento de una obligación contractual, a diferencia de las sanciones administrativas que pueden ser por ejemplo multas. Al respecto, Pasache señala que, la normativa civil peruana refuerza el hecho de que las penalidades se rigen dentro del ámbito civil, pues cumplen con una función resarcitoria. Ello quiere decir que, cuando una de las partes no cumple con alguna de las obligaciones asumidas y suscritas en el contrato, entonces su contraparte puede requerir el pago de una suma pactada como compensación por dicho incumplimiento. (2024, pp. 26).

De la misma manera, el numeral 4 del artículo 248¹² del TUO de la LPAG manifiesta que las sanciones solo pueden ser aplicadas por una norma con jerarquía legal y en este caso, evidentemente, ello no se estaría cumpliendo, ya que las penalidades fueron pactadas por las partes.

En conclusión, entendemos que la Resolución cumple con las características de un acto administrativo, sin embargo, se rige por lo establecido en el contrato. Asimismo, sus efectos: las penalidades, tienen base en el derecho privado.

5.2.2 ¿Puede un Tribunal Arbitral pronunciarse válidamente sobre actos estatales que aparentemente se fundan en potestades públicas?

En el caso en cuestión, OSITRAN alega que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre actos administrativos, actos que no pueden ser revisados porque dicha instancia arbitral no tendría competencia para ello.

Al respecto, estamos de acuerdo en el extremo que un Tribunal Arbitral no tendría competencia para revisar o cuestionar actos netamente administrativos, tales como por ejemplo una sanción administrativa como las multas, de conformidad con la Ley N° 27444, o cuestionar la potestad reglamentaria de la administración, dichos casos evidentemente quedan excluidos. Sin embargo, considerando que las penalidades no son actos administrativos, estas deben ser consideradas como materia arbitrable.

A efectos de responder la respuesta planteada, traemos a colación el debate que fue planteado en el marco teórico. En el cual se discute la arbitrabilidad de las materias, pues solo pueden ser arbitrables aquellas materias de libre disposición conforme a derecho según la LA. A partir de ello existen dos posturas en base a las decisiones de las entidades administrativas. Por un lado, está la postura restrictiva que indica que las decisiones reguladoras son actos administrativos

¹² Artículo 248, numeral 4.- Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía

que deben ser impugnados mediante el contencioso administrativo, toda vez que forman parte del *ius Imperium* del Estado. Por otro lado, la postura amplia considera que las controversias derivadas de tales decisiones pueden ser arbitrables siempre que afecten los términos contractuales.

La postura con la que coincidimos es la postura amplia. En cuanto a ello, Bullard afirma que el tribunal no llega a arbitrar sobre la validez o eficacia de la decisión del organismo regular, y que tampoco es que el fuero arbitral reemplace al proceso contencioso administrativo, toda vez que lo que se somete a arbitraje se deriva de las consecuencias contractuales del acto administrativo. (2012, p. 314). Por ello, si las penalidades son parte del acuerdo de las partes, no se encuentran establecidas por ley, no son sanciones administrativas y son aplicadas como remedio de un incumplimiento contractual, tenemos todos los elementos para afirmar que estamos frente a una materia arbitrable.

Asimismo, como afirma Maravi, “es necesario hacer una precisión vinculada a que esta exclusión del arbitraje se limita a las funciones del Organismo Regulador previstas en la Ley que implican el ejercicio de potestades administrativas; no por ejemplo la aplicación de penalidades.” (2011).

En esa línea, como advertimos, las penalidades se enmarcan dentro de lo establecido en el Contrato y excluye las funciones de regulación del ente regulador. Por tal razón, los efectos de los actos administrativos de OSITRAN pueden ser materia arbitrable, en tanto excluyamos aquellas decisiones que OSITRAN realice en el ejercicio de sus funciones normativas, de supervisión, fiscalización y regulación. (Maraví, 2011).

Por otro lado, respecto a la actuación de OSITRAN, consideramos que el hecho de que la Entidad tenga la facultad de imponer penalidades, en el marco del contrato, implica que está actuando bajo lo habilitado por el mismo contrato y no necesariamente por la Ley. Además, incluso si las penalidades son impuestas mediante una Resolución (acto administrativo), lo que es un hecho es que OSITRAN no podría imponer penalidades a JNR si el contrato no existiera,

porque justamente este es el acuerdo de las partes, mediante el cual se someten a ciertas facultades y obligaciones.

Incluso, como señala la cláusula décimo quinta del propio contrato, la controversia que surja de la ejecución o interpretación del contrato será resuelta mediante arbitraje:

15.1 Por la presente acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente Contrato, será resuelta por una solución amigable o por los mecanismos alternativos de solución de controversias o de manera definitiva mediante arbitraje de derecho conforme a las disposiciones establecidas en la Ley General de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Entonces, como respuesta, consideramos que el Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre los actos emitidos por OSITRAN siempre y cuando se deriven de su rol contractual. En ese contexto, la imposición de penalidades sería parte de los efectos que están ligados a la relación contractual jurídico privada y por tanto es materia arbitrable.

5.2.3 ¿Debió la Sala pronunciarse de oficio respecto al carácter no arbitrable de la materia?

OSITRAN alega, en su pretensión de anulación contra laudo, que se habría vulnerado su derecho acorde al inciso b) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje:

VI.1. CAUSAL DE ANULACION ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 63º, NUMERAL 1, LITERAL B) DE LA LEY DE ARBITRAJE

Situación que se encuentra acreditada a través de lo siguiente:

- La afectación al derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa y a la debida motivación, ya que el Tribunal Arbitral al emitir el Laudo Arbitral- Resolución N° 68, no se pronunció en su parte resolutive sobre la excepción de incompetencia formulada por el Ositrán; y no obstante al subsanar dicha omisión mediante Resolución N° 73, con motivo de nuestra solicitud de integración del Laudo, no motivó si a la luz de la Ley del Procedimiento Administrativo General ¿la circunstancia de que una declaración de una entidad, emitida en el marco de normas de derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, que no sea susceptible de impugnación alguna, no se constituye en un acto administrativo?.
- Asimismo, tampoco analizó si sobre la base de la definición contenida en el inciso 1.1 del artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, si la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN es un acto administrativo.

En esa línea, si bien ello fue manifestado, consideramos que se estaría haciendo alusión de forma indirecta a la excepción de incompetencia formulada durante el proceso arbitral, pues en dicho recurso se cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral para conocer actos administrativos. Lo alegado por OSITRAN consiste en que la impugnación a la Resolución de Gerencia General debió darse mediante un contencioso administrativo acorde a la Ley N°24777.

En relación a lo mencionado, bajo lo establecido en el numeral 3 del artículo 63 de la LA, la causal e) del referido artículo faculta a la Sala Comercial a revisar de oficio el laudo arbitral en caso llegue a tener conocimiento de que la controversia versa sobre una materia no susceptible de arbitraje, lo cual configuraría dicha causal de anulación.

Ahora bien, la Sala no hace un análisis al respecto, no analiza si lo que se ha sometido a Arbitraje es materia arbitrable o no. Sino que, mediante el décimo segundo considerando de la Resolución que declara infundado el recurso de anulación, señala su conformidad con lo expuesto por el tribunal, cuyo razonamiento se basa en que las penalidades se rigen por la Directiva de penalidades y que la naturaleza de estas es de carácter civil, es a razón de ello que hubo motivación suficiente.

No obstante, como señalamos no hay un análisis sustancial de la cuestión de OSITRAN respecto a que los actos administrativos son materia arbitrable o no. Como indicamos, la Sala debió pronunciarse de oficio respecto a si la cuestión controvertida es materia arbitrable, no desde la causal de motivación.

Ahora bien, nos cuestionamos el motivo por el cual la Ley de Arbitraje habilita al organismo judicial a que dicha causal pueda ser revisada de oficio, una de las respuestas que brinda Esteban es que “el privilegio que acompaña a estas causales, se entiende que tiene su origen en el hecho de que ellas involucran no sólo intereses particulares de las partes intervinientes en el arbitraje, sino que trascienden al punto de afectar intereses de la colectividad o del Estado sede” (2011, p. 181). De ello entendemos que, en caso un Tribunal arbitral decida sobre

una materia que verse sobre actos administrativos, entonces se estaría vulnerando uno de los límites del arbitraje, ya que los actos administrativos expresan potestad pública, lo cual implicaría que su sometimiento al fuero arbitral involucre intereses colectivos. Por tal razón se justifica la revisión de oficio de la materia no arbitrable.

En esa línea, la Sala Comercial tenía la obligación de actuar de oficio y brindar un análisis ante el conocimiento de los hechos, por lo que consideramos que su inacción vulnera el control jurisdiccional, el cual busca garantizar que el Tribunal no exceda su competencia y resuelva materias no susceptibles al arbitraje como los actos administrativos.

En conclusión, respecto a la materia no arbitrable, se deduce lo siguiente: la naturaleza de la Resolución emitida por OSITRAN es un acto administrativo, sin embargo, sus efectos, como en este caso las penalidades, tienen carácter privado al derivarse de las cláusulas contractuales. En ese sentido, el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse válidamente sobre actos administrativos, pero sí sobre sus efectos en el ámbito de la relación contractual. Asimismo, la Sala debió pronunciarse de oficio respecto al carácter no arbitrable de la materia de conformidad al inciso 3 del artículo 63 de la LA, ya que dicha disposición se fundamenta en una cuestión de orden público procesal.

El pronunciamiento *extra petita* del Tribunal Arbitral

5.2.4 ¿Fue correcta la decisión del Tribunal Arbitral respecto a declarar la caducidad de las penalidades?

La decisión del Tribunal Arbitral de declarar la caducidad de las penalidades fue incorrecta. Ahora bien, cabe señalar que esta figura puede ser declarada de oficio por disposición del CC, pues la Directiva de penalidades establece que las penalidades se registrarán supletoriamente por el Código Civil.

Contrario a ello, los plazos que la Directiva establece no son plazos de caducidad, ya que la Directiva se define como parte de la normativa administrativa interna emitida por OSITRAN, con la finalidad de especificar procedimientos o criterios técnicos de leyes o reglamentos, tal como lo indica la propia Directiva de Penalidades en cuestión:

Que, no obstante, en aras de un mejor tratamiento de las mismas, es conveniente diseñar, implementar, controlar y mejorar los procedimientos operativos que sobre el particular se llevan a cabo, con el propósito de: estandarizar los procedimientos internos de OSITRAN, generando predictibilidad hacia las empresas supervisoras y/o terceros en general;

En esa línea, no se trata de una norma con rango o jerarquía legal. De igual manera, el CC establece en su artículo 2004 que los plazos de caducidad únicamente pueden fijarse por Ley. Por tanto, la caducidad fue mal invocada por el Tribunal.

Ahora bien, en el laudo arbitral, el tribunal entiende a la caducidad como manifestación del principio de seguridad jurídica. Ello en razón a que, que el establecimiento y respeto de plazos “fatales” garantiza la predictibilidad de la actuación administrativa. En ese sentido, se considera que la caducidad es una figura jurídica que cumple un rol esencial en la actuación de la administración estatal, la cual consiste en que exista un límite claro y previsible al poder sancionador del Estado.

Por tanto, el Estado no podría actuar de forma arbitraria o actuar en base a la incertidumbre, sino que debe establecer que las normas sean claras, estables y previsibles, de lo contrario se daría una grave afectación al derecho de los administrados. Al respecto, los plazos a los que las partes se acojan no pueden ser indefinidos, es necesaria su certeza.

En el laudo se invoca la caducidad como efecto de lo establecido en el procedimiento de aplicación de penalidades, pues sus imputaciones o cargas se fundamentan en el vencimiento de los plazos internos fijados por la Directiva. No obstante lo señalado, si bien coincidimos con que la caducidad es una

manifestación del principio de seguridad jurídica, ello no autoriza a que se prescinda de una habilitación normativa expresa para su aplicación.

En atención a ello, no se niega que este principio no sea relevante en el caso, sino que la estabilidad jurídica no se alcanza por medio de interpretaciones analógicas. Sino que es imperativo que se dé a través de reglas claras y previsibles. Como señala Jiménez, la caducidad está sujeta a las normas imperativas, pues en su naturaleza hay un componente de interés general. Por ello, sus causas y consecuencias están definidas de manera expresa y exhaustiva por ley. Estas disposiciones no pueden ser modificadas por voluntad de las partes (2019, p. 45).

Acorde a lo mencionado, no existe posibilidad de aplicar la caducidad sin una norma expresa, pues como advertimos su naturaleza no es instrumental, sino que se limita al poder público y a la norma.

Por otro lado, es necesario traer a colación el argumento de OSITRAN en el cual señala que el Tribunal habría realizado un pronunciamiento extra petita. Al respecto, no compartimos dicha postura, toda vez que la caducidad se fundamenta en el orden público, como señalamos anteriormente, está sujeta a las normas imperativas como el artículo 2006 del CC, que permite que sea declarada de oficio. Asimismo, la caducidad no puede ser invocada por las partes, por lo que no encajaría en el supuesto de anulación de laudo que requiere que el Tribunal se haya pronunciado sobre una materia no sometida a su decisión.

Sin perjuicio de ello, formulamos que, así como la norma establece que la caducidad puede ser declarada de oficio, también implica que sus plazos sean previstos por ley. Por lo que no estamos ante un pronunciamiento extra petita, pero si ante una incorrecta aplicación de esta figura jurídica.

5.2.5 ¿La evaluación de oficio de una eventual caducidad debe darse sin una oportunidad de que las partes puedan ser escuchadas?

La aplicación de oficio de una norma y/o es una manifestación del principio del *lura Novit Arbiter*, el cual es entendido como una herramienta jurídica que permite que el árbitro aplique el derecho de oficio. En ese sentido, la caducidad tiene relación con este principio, dado que el Tribunal Arbitral tiene el deber de aplicar el derecho vigente, incluso si las partes no la hayan invocado expresamente. Lo anterior se justifica en que es un órgano especializado, que está compuesto por profesionales del derecho, quienes tienen capacidad para resolver sobre las controversias traídas por las partes.

Entonces, el Tribunal Arbitral se encontraba habilitado para invocar de oficio la caducidad acorde al artículo 2004 del CCI. Sin embargo, recordemos que la aplicación de figuras de oficio no es irrestricta, aún cuando el Tribunal ejerza su potestad basada en una relación contractual privada. Por tanto, su aplicación será correcta, siempre y cuando se cumplan estos dos requisitos esenciales: 1) garantizar la congruencia procesal y 2) garantizar el derecho de defensa y contradicción.

Respecto a la congruencia procesal, ello implica que el Tribunal tenga que resolver conforme a los hechos planteados por las partes y a la normativa aplicable. En ese sentido, concordamos con el Tribunal en cuanto a la declaración de oficio de la caducidad, pues como señalamos esta puede ser invocada sin petición expresa de las partes, dado su naturaleza imperativa. Sin embargo, sostenemos que no hay coherencia en el razonamiento del Tribunal al aplicar la caducidad sin que sea prevista por una norma legal expresa.

En el caso del derecho del derecho de defensa y contradicción, si bien la caducidad puede ser declarada de oficio, el Tribunal excedió su potestad al no permitir que este elemento pueda ser cuestionado por las partes.

Como afirma la Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial (Resolución N° 4, Expediente Judicial N°00112-2022-0-1817-SP-CO-01, 2022):

“DÉCIMO NOVENO: Sin embargo, no tiene ninguna duda este Colegiado y así lo ha expresado anteriormente, que un límite esencial de las facultades de aplicación oficiosa del derecho por los jueces y árbitros, son los principios procesales dispositivo, de congruencia y del contradictorio, que atañen al derecho fundamental de defensa, lo cual implica que si bien el árbitro puede aplicar de oficio la caducidad; sin embargo, ello no puede significar que pueda hacerlo sin conocimiento y posibilidad de alegación de las partes, por lo que previamente debió comunicarles a estas la posibilidad de fundar su decisión en la caducidad del derecho discutido”.

Entonces, como observamos, la jurisprudencia reconoce la facultad de los tribunales para aplicar la caducidad de oficio, pero ello debe respetar el debido proceso, en especial el derecho de defensa y contradicción. En este caso, la caducidad no fue materia de debate en el caso en cuestión, sino que fue alegada por el Tribunal en el laudo arbitral y, como bien señalamos en el marco teórico, el cumplimiento de estas dos categorías es necesaria, todo órgano judicial o arbitral debe considerarlo como requisito para que se establezca un debido proceso, más aún si la caducidad tendrá un gran efecto en el resultado del proceso.

Al respecto, traemos a colación el rol de las solicitudes contra laudo, acorde al artículo 58 de la LA, tenemos que existen 4 recursos: rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo. La finalidad de estos recursos se genera para que se corrijan los posibles errores que se pueden presentar en los laudos, por tanto la LA brinda estos recursos a fin de salvaguardar el debido proceso del arbitraje.

Para efectos del presente informe, la solicitud objeto de análisis será el recurso de exclusión, al cual se puede formular cuando, de conformidad con la LA, el Tribunal se haya pronunciado sobre un extremo que no fuera sometido a discusión previamente y/o que no sea materia arbitrable.

En tal orden, el 2 de mayo de 2023, OSITRAN habría solicitado la exclusión del contenido del laudo que esté relacionado con la caducidad. Sobre lo cual, el Tribunal emitió el pronunciamiento complementario y declaró improcedente la solicitud, pues señaló que dicho pedido no se acogería a los requisitos de procedencia del pedido de exclusión. Además, si una de las partes no está conforme con el análisis del laudo, ello no habilita a que formule dicho recurso. Finalmente, el tribunal manifiesta que la exclusión es viable en caso se haya pronunciado sobre un extremo no sometido a su conocimiento, lo cual no se generó, ya que consideran haberse pronunciado sobre todas las pretensiones.

Sin perjuicio de ello, reafirmamos nuestra postura respecto al uso de las figuras de oficio, pues, si bien no cuestionamos que puedan ser alegadas cuando la ley lo exija, ello no implica que dicha aplicación vulnere derechos importantes del debido proceso, como el de defensa y contradicción. Además, las solicitudes contra el laudo no se pueden considerar como vías satisfactorias para hacer ejercer el derecho de defensa y contradicción propiamente, pues como el propio tribunal lo indica, estos recursos no pueden cuestionar el fondo de análisis. Entonces entendemos que son medios que buscarán corregir errores formales que se fundamentan en el artículo 58 de la LA. En consecuencia, no constituyen mecanismos efectivos que busquen la defensa plena frente a decisiones fundamentadas en figuras de oficio, que afecten de manera sustancial los derechos de las partes.

Por otro lado, si una figura es aplicada de oficio, entonces se debe permitir que las partes puedan tener al menos la oportunidad para expresar lo conveniente a su derecho, solo así el tribunal podrá garantizar un proceso más justo, tal como lo exige el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, el cual consagra el debido proceso como una garantía irreductible en cualquier sede.

En definitiva, la naturaleza de las figuras de oficio no debe menoscabar el derecho de defensa, pues, al contrario, su aplicación exige el deber de cautela por parte del tribunal, que asegure que las partes procesales tengan la posibilidad razonable de pronunciarse antes de emitir una decisión definitiva.

5.2.6 ¿La caducidad constituye una cuestión de fondo o de forma y cómo incide ello en la competencia de la Sala Comercial para revisar su aplicación?

En nuestro marco teórico se señaló que la caducidad tiene dos dimensiones, una procesal y otra sustantiva, ello dependerá de cada caso en particular. En el caso concreto, el tribunal declaró de oficio la caducidad de las penalidades contractuales aplicadas por OSITRAN, dado que no se habría iniciado el trámite para su aplicación dentro de los plazos establecidos por la Directiva de penalidades.

En consecuencia, el tribunal resolvió sobre la validez y eficacia de tales, lo cual constituye una cuestión de fondo, pues no se aplica como una excepción procesal sino como un fundamento sustantivo, que determinó si OSITRAN tenía el derecho o no a exigir el pago de las penalidades; por tal motivo no puede reducirse a una cuestión de forma.

Este razonamiento también lo comparte la Sala Comercial, pues, en el vigésimo segundo fundamento de la resolución de anulación, sostiene que la caducidad está formulada en el artículo 2003 del CC, el cual extingue el derecho y su acción correspondiente. De esta manera, el vencimiento de la caducidad genera efectos en la relación sustancial de las partes al determinar la pérdida del derecho de OSITRAN, de ahí que la caducidad no debe ser considerada como un mero plazo procesal.

Entendiendo ello, la caducidad es una cuestión de forma y no puede ser revisada en sede judicial conforme al principio de irrevisabilidad de fondo del laudo arbitral y lo establecido en el inciso 2 del artículo 62 de la LA. Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia convergen en señalar que el tratamiento de la caducidad como una excepción procesal no es suficiente, pues como advertimos hay casos en los que se requiere que esta figura sea entendida en su ámbito sustancial.

Ahora bien, retomando el tema de la irrevisabilidad del fondo, cuando se pretende una anulación del laudo, los jueces tienen prohibido revisar el fondo de

la controversia, pues el recurso de anulación tiene como función revisar las garantías esenciales como el debido proceso y la competencia del tribunal, “el Poder Judicial no puede entrar a revisar si los árbitros interpretaron los hechos o el derecho aplicable en forma errónea, ya que esa función compete, única y exclusivamente a los miembros del tribunal arbitral” (Cantuarias, 2005). Incluso, “la LA peruana prohíbe a los jueces que conocen un recurso de anulación de laudo hacer evaluación (externa) de los motivos o interpretaciones efectuados por el tribunal arbitral sobre el caso concreto” (León, 2017, p. 143). Por tanto, la caducidad no puede ser revisada por la Sala comercial, ya que ello podría reabrir el fondo del conflicto y ello no forma parte de la competencia del organismo judicial, incluso, dicha revisión está expresamente prohibida por la LA.

Finalmente, fue acertado que la Sala Comercial rechace la causal de anulación por el supuesto pronunciamiento extra petita alegado por OSITRAN, pues precisamos nuevamente que la caducidad puede ser declarada de oficio. Tengamos en cuenta que esta figura es introducida como una cuestión de fondo al tener un gran efecto en la relación sustancial de las partes y al formar parte del análisis del tribunal, por tanto, es correcto que la Sala limite su función revisora y preserve el principio de autonomía arbitral.

VI. CONCLUSIONES

La naturaleza de la Resolución emitida por OSITRAN es administrativa, mientras que sus efectos, las penalidades, son de naturaleza privada porque derivan de la relación contractual entre OSITRAN y JNR.

Al respecto, las penalidades son distintas a las sanciones administrativas, las primeras tienen naturaleza privada y las segundas derivan del *ius Imperium* del Estado. En ese sentido, las penalidades son materia arbitrable, mientras que las sanciones administrativas no. Por tanto, el tribunal arbitral no puede pronunciarse sobre actos administrativos, más si sobre los efectos que se generan dentro de una relación contractual.

En esa línea, la Sala Comercial debió pronunciarse de oficio respecto al carácter no arbitrable de la materia al tener conocimiento de lo ocurrido en el proceso arbitral y asegurarse de que realmente se resolvió acorde a la normativa y no se haya seguido un procedimiento inválido.

El tribunal arbitral tiene la potestad de invocar de oficio a la caducidad, porque la ley lo habilita expresamente; sin embargo, en el presente caso se hizo un mal uso de la figura, pues se omitió el requisito de que los plazos de caducidad únicamente pueden ser previstos por ley. De la misma manera, la evaluación de oficio de una eventual caducidad, siendo esta una manifestación del *Iura Novit Arbirer*, debe aplicarse siempre y cuando se respete la congruencia procesal y el derecho de defensa y contradicción.

Si la caducidad es invocada de oficio en el laudo final, entonces las partes no tendrán oportunidad para manifestar lo conveniente a su derecho, ya que solo cuentan con las solicitudes contra el laudo, las cuales no son una vía idónea, toda vez no se puede apelar sobre el fondo, solo los aspectos formales de este. Por tanto, la invocación de oficio en el caso de OSITRAN vs. JNR, pese a ser parcialmente congruente con las pretensiones, vulneró el derecho de defensa y contradicción.

Finalmente, la caducidad tiene dos dimensiones, una procesal y otra sustancial. Este caso es un claro ejemplo de la caducidad como una cuestión de fondo, pues afecta directamente la controversia y la relación entre las partes. Ello implica que la Sala Comercial tenga prohibido su revisión, por lo que el pronunciamiento de este órgano judicial, en el caso concreto, es compatible con ello. Por todo lo anteriormente desarrollado, y aunque los motivos difieran, la Sala Comercial acertó en declarar infundadas las pretensiones de OSITRAN.

BIBLIOGRAFÍA

Aguila, T. (2024). Informe jurídico sobre la Resolución número 9 del Expediente Judicial Electrónico N°00338-2021-0-1817-SPCO-01. Recuperado a partir de <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/8ed75eb9-4bdd-4bf7-bb81-905b5943635a>

Andrade, V. (2018). *Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales*. Recuperado a partir de <https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/375>

Arrarte Arisnabarreta, A. (2015). Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio. *IUS ET VERITAS*, 24(50), 240-255. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14818>

Berges, M. (2025). *El principio iura Novit Arbiter en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio y producción de Santo Domingo* (429.a ed.). Gaceta Judicial. Recuperado a partir de <https://www.ecovis.com/dominicanrepublic/wp-content/uploads/2025/02/EL-PRINCIPIO-IURA-NOVIT-ARBITER-EN-LA-CORTE-DE-ARBITRAJE-DE-LA-CAMARA-DE-COMERCIO-Y-PRODUCCION-DE-SANTO-DOMINGO.pdf>

Bullard, A. (2012). "El Estado soy Yo" Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores?. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (3), 301-367. Recuperado a partir de http://iea.ec/pdfs/2011/Art_Alfredo_Bullard.pdf

Cantuarias, F. (2005). La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje. *IUS ET VERITAS*, 15(30), 203-209. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11800>

Campos, J. G. (2003). El juez civil y la flexibilización del principio de congruencia procesal en los procesos constitucionales de Amparo. *Derecho & Sociedad*, (20), 22-29. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17285>

Campos, A. (2006). La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. *Revista peruana de Arbitraje* N° 3, 319.

Castillo, M. y Sabroso, R. (2011). *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima. Biblioteca del Estudio Mario Castillo Freyre. (Vol. 17). Recuperado a partir de <https://castillofreyre.com/libros/volumen-17-arbitraje-y-regulacion-de-servicios-publicos-el-caso-de-ositran/>

Castillo, M., Sabroso, R., Castro, L., & Chipana, J. (2014). Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. *Advocatus*, (030), 293-305. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4289>

Danós, J. (2010). ¿Constituye el acto administrativo fuente del derecho en el ordenamiento jurídico peruano?. *Revista de Derecho Administrativo: Procedimiento Administrativo, Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2010, 21-37.

Dromi, R. (1985). *El acto administrativo*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 16.

Esteban, A. (2011). *La anulación del laudo arbitral: Primera parte* (Vol. 14). Lima, Perú: ECB Ediciones. Recuperado a partir de <https://castillofreyre.com/libros/volumen-14-la-anulacion-del-laudo-primeraparte/>

Gárate, L. (2022). Reflexiones sobre los límites a los poderes de los árbitros y el iura novit arbiter. *Ius Et Praxis*, 54(054), 139-156. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5469>

Guzmán C. (2021). *Régimen Jurídico de los Actos Administrativos*. Lima.

Huapaya, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 115-133. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709>

Huapaya, R. (2024). De nuevo sobre el Contrato Público en el ordenamiento jurídico peruano. En *EL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LOS RETOS INSTITUCIONALES DEL PAÍS. X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO*. (pp. 561 - 594). LIMA. PRAXIS GRUPO EDITORIAL.

Jiménez, R. (2019). Apuntes sobre la caducidad y la seguridad jurídica. *Forseti Revista De Derecho*, (10), 42-54. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1098>

Landa, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento constitucional*, (8), 446- 461. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287>

León, R. (2017). *Anulación de laudo arbitral por defecto de motivación: estudio de casos en Lima, Perú. Período 2011–2015* [Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP. Recuperado a partir de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/8469>

Maraví, M. (2011). ¿Son Arbitrables las Decisiones de los Organismos Reguladores? *Derecho & Sociedad*, (36), 53-57. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13211>

Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Temis. Recuperado de <https://andrescusi.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/05/introduccion-al-proceso-civil-juan-monroy-galvez.pdf>

Morón, J. C. (2003). *El Nuevo Régimen de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, Segunda Parte*. Lima: Ara Editores.

Morón, J. C. (2021). *Comentarios al Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS). Edición conmemorativa por los 20 años de vigencia de la LPAG*. (16.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Pasache M. (2024). *Informe jurídico sobre el laudo arbitral emitido en el marco del Caso arbitral No. 0072-2016-CCL entre Metro de Lima Línea 2 S.A. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones*. Recuperado a partir de <https://tesis.pucp.edu.pe/items/56d60d5d-3ab0-48f0-b1dc-b1c4358a218c>

Prado, R. y Zegarra, F. (2019). ¿El juez conoce el Derecho? Algunos aspectos controversiales con relación a la aplicación del principio de iura novit curia en el proceso civil. *IUS ET VERITAS*, (59), 288-299. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.019>

Primera Sala Civil de Subespecialidad Comercial (2022). Resolución N° 4 del Expediente Judicial N° 00112-2022-0-1817-SP-CO-0.

Priori, G. (2004). La competencia en el Proceso Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (22), 38-52. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16797>

Rivera, A., & Cjahuá, R. (2024). IURA NOVIT ARBITER. Un breve análisis de su aplicación a nivel nacional e internacional. *Forseti. Revista De Derecho*, 13(19), 92 - 108. Recuperado a partir de <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v13i19.2265>

Soto, C. y Bullard, A. (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje.

Wong, J. (2022). Sobre el competence-competence: el control judicial de la decisión sobre la existencia, validez o eficacia del convenio arbitral. *Instituto Pacífico*, 90, 141-167.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

El control efectuado mediante el Recurso de Anulación de laudo se limita a la verificación de la aceptabilidad de la justificación de la decisión adoptada bajo condiciones de racionalidad, pero no a la verificación de su corrección, pues ello supondría un nuevo juzgamiento y la superposición del criterio interpretativo o valorativo del órgano de control al criterio asumido por el órgano decisorio, convirtiéndose aquél en instancia de grado, lo cual no es permitido en sede de control judicial, conforme al principio de no revisabilidad del laudo que consagra el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje.

EXPEDIENTE NÚMERO 000581-2023-0-1817-SP-CO-02

Demandante : ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN
EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE
USO PÚBLICO - OSITRAN
Demandado : JNR CONSULTORES
Materia : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE

Miraflores, once de julio
de dos mil veinticuatro. -

VISTOS:

Habiendo analizado y deliberado la causa conforme al artículo 133° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviniendo como ponente el Magistrado **Miranda Alcántara**, este Colegiado Superior emite la presente resolución.

1.- OBJETO DEL RECURSO

Es materia de pronunciamiento el recurso de anulación del Laudo Arbitral interpuesto por Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte De Uso Público – OSITRAN, (en adelante, “OSITRAN” y/o “el demandando”), contra el laudo arbitral contenido en la resolución Nro. 68 de fecha 13 de abril de 2023, (pág. 85 del EJE), y la resolución Nro. 73 de fecha 11 de setiembre de 2023, (pág. 229 del EJE), emitido por el tribunal arbitral conformado

por los árbitros Carlos Cárdenas Quirós, Omar sumaria Benavente y Rubén Nuñez Hajar, en el caso Arbitral N° 646-50-15-PUCP, seguido por JNR CONSULTORES S.A., (en adelante, “JNR” y/o “el demandante”),

2.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

La Entidad invoca como causal de anulación aquella prevista en el literal **b), c) y d)** del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje; señalando que el laudo arbitral ha sido emitido vulnerando su derecho al debido proceso, en su manifestación al derecho de defensa y debida motivación de resoluciones, así como su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, al acuerdo de las partes y además que resuelto la caducidad de las penalidades impuestas al supervisor sin que se haya invocado por ninguna de las partes; asimismo, indica que formulo solicitudes de integración, interpretación y exclusión contra el laudo arbitral el mismo que también cuestiona al ser improcedentes.

VI.1. CAUSAL DE ANULACION ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 63º, NUMERAL 1, LITERAL B) DE LA LEY DE ARBITRAJE

Situación que se encuentra acreditada a través de lo siguiente:

- **La afectación al derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa y a la debida motivación**, ya que el Tribunal Arbitral al emitir el Laudo Arbitral- Resolución N° 68, no se pronunció en su parte resolutive sobre la excepción de incompetencia formulada por el Ositrán; y no obstante al subsanar dicha omisión mediante Resolución N° 73, con motivo de nuestra solicitud de integración del Laudo, no motivó si a la luz de la Ley del Procedimiento Administrativo General ¿la circunstancia de que una declaración de una entidad, emitida en el marco de normas de derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, que no sea susceptible de impugnación alguna, no se constituye en un acto administrativo?. Asimismo, tampoco analizó si sobre la base de la definición contenida en el inciso 1.1 del artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, si la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN es un acto administrativo.

- **La afectación al derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa y a la debida motivación**, ya que el Tribunal Arbitral resolvió la controversia declarando la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza sin motivar ¿qué documento mencionado en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del Contrato de Locación de Servicios N° 034-2013-OSITRAN estipula que la falta de observación (cumplimiento) por parte del OSITRÁN de los plazos establecidos en la Directiva de aplicación de penalidades aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN, trae como consecuencia la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza?

Ello, no obstante que, las partes pactaron en dicho numeral que cualquier controversia sobre la ejecución del aludido Contrato se resolvería teniendo en cuenta dichos documentos y en el orden allí establecido.

- **La afectación al derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa y a la debida motivación**, porque el Tribunal Arbitral declaró la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza, en el entendido que los plazos establecidos en la Directiva de Aplicación de Penalidades aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN, son plazos de caducidad. Sin embargo, en ninguna parte de los considerandos que van de la página 70 a la 114 del Laudo, vinculados a tales declaraciones, no identificó cuál es la norma legal aplicable al caso que señala que dicha nulidad obedece a la caducidad por falta de cumplimiento de los plazos establecidos en la Directiva de Aplicación de Penalidades aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN.

Ello, no obstante que, es por todos conocido que, el artículo 2003 del Código Civil, define a la caducidad, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2003.- La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.”

(Es transcripción textual)

Y, más aún, que el artículo 2004 del acotado cuerpo legal, estipula:

“ARTÍCULO 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario.”

(Es transcripción textual)

(la negrilla y los subrayados son nuestros)

La afectación al derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa y a la debida motivación, ya que el Tribunal Arbitral resolvió la controversia declarando la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza, **sin tener en cuenta los argumentos expuestos por el Ositrán en su escrito N° 60 de fecha 15.03.2021, presentado en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 58 de fecha 01.03.2021, dentro del plazo ampliado en la Resolución N° 59 de fecha 10.03.2021.**

En efecto, en el aludido escrito, Ositrán absolvió el pliego interrogatorio formulado por el Tribunal Arbitral, respondiendo las preguntas 4 y 5 en los términos siguientes:

“(…)

4. (...) Indique qué naturaleza tienen los plazos contemplados en la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PDOSITRAN y en el Contrato N° 034-2013- OSITRAN? ¿Son o no de aplicación imperativa? ¿Tienen carácter perentorio o dispositivo o son meramente enunciativos u orientadores? Precise los fundamentos jurídicos y legales de su posición.

De acuerdo con el artículo 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Asimismo, de acuerdo con la Disposición Transitoria Única contenida en el numeral 9.2 de la Directiva, los Contratos de Supervisión que se hayan suscrito después de la entrada en vigencia de esta Directiva deberán hacer referencia al procedimiento de aplicación de penalidades contenido en dicha Directiva. Por lo expuesto, con relación a la naturaleza de los plazos contemplados en la Resolución de Presidencia N° 072-2009- PD-OSITRAN y en el Contrato N° 034-2013- OSITRAN, los mismos son de aplicación imperativa.

Sin embargo, con relación al carácter perentorio de los plazos, debe tenerse presente que el Contrato de Supervisión ha sido suscrito por una entidad de la Administración Pública. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 151.3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), salvo que la ley expresamente disponga lo contrario, la actuación administrativa fuera de término no

queda afecta de nulidad. En consecuencia, se advierte que los plazos indicados no tienen carácter perentorio para el OSITRAN”.

5. ¿Cuál sería el efecto del incumplimiento de dichos plazos? ¿Por qué? Precise los fundamentos jurídicos y legales de su posición.

Los efectos que genere el incumplimiento de dichos plazos serán distintos en cada parte contractual. Al respecto, el procedimiento de aplicación de penalidades establecido en la Directiva contiene plazos aplicables para: La Empresa Supervisora; y, Los órganos del OSITRAN. En ese sentido, el único plazo que involucra a la esfera jurídica de la Empresa Supervisora es el plazo de tres (3) días hábiles para la presentación de sus descargos, el cual, además, se encuentra regulado en los mismos términos en la cláusula 11.2 del Contrato 034- 2013-OSITRAN. Ello implica que una limitación en el cómputo de dicho plazo o no permitirle la presentación de descargos, generaría una situación de indefensión a la Empresa Supervisora.

Por tanto, el incumplimiento del mencionado plazo en los términos expuestos podría significar una violación de sus derechos vinculados al debido procedimiento, lo cual tendría como efecto la constitución de un vicio en la Resolución de Aplicación de Penalidad. Cabe recalcar que, en concordancia con el marco legal aplicable a la Administración Pública, el incumplimiento del OSITRAN en los plazos establecidos para la aplicación de la penalidad no constituye un vicio trascendente de la Resolución de Gerencia General que aplica la penalidad.

Además de ello, la Directiva aprobada por la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN no establece efectos por el incumplimiento de dichos plazos, ni le atribuye efectos perentorios por el incumplimiento de los plazos que se encuentran en la esfera de la Entidad; por ende, no podría entenderse como efectos liberatorios de penalidad, dado que ello iría en contra de la buena fe contractual, en perjuicio de una de las partes y un premio al incumplimiento de obligaciones objeto del Contrato.

Por lo expuesto, los efectos del incumplimiento de los plazos contenidos en la referida Directiva dependerán de quién es el sujeto al cual se le exige”.

(Es transcripción textual)

Sin embargo, en el Laudo Arbitral, el Tribunal no analizó ni se pronunció sobre dichos fundamentos, omitiendo además exponer el motivo, razón o justificación por la cual, al momento de resolver la primera, segunda y cuarta pretensión principales, no tuvo en cuenta nuestros citados argumentos.

VI.2.CAUSAL DE ANULACION ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 63º, NUMERAL 1, LITERAL C) DE LA LEY DE ARBITRAJE

Situación que se encuentra acreditada a través de lo siguiente:

- **La afectación a nuestro derecho de defensa, al acuerdo de las partes, ya que las decisiones del Tribunal Arbitral** contenidas en el Laudo se emitieron vulnerando el acuerdo de estas sobre el régimen aplicable al caso, y el régimen económico, pactados en el Contrato N° 034-2013-OSITRAN.

En efecto señores magistrados, en el Contrato de Locación de Servicios N° 034-2013-OSITRAN, Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN, para la “Supervisión de las Obras Adicionales, Accesorias y de las Actividades de Mantenimiento Periódico (ITM) y de Emergencia que se ejecuten en los Tramos 1,2,3,4,5 y 6 de la Concesión Vial del Eje Multimodal Amazonas – IIRSA Norte”, las partes pactaron en sus cláusulas tercera y octava, el régimen aplicable al referido Contrato así como los aspectos económicos de este, en los términos siguientes:

(...)

CLÁUSULA TERCERA.- RÉGIMEN APLICABLE

3.1. Las partes convienen en que forman parte del presente contrato, las Bases y Términos de Referencia del Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN, así como las propuestas técnica y económica presentadas por el SUPERVISOR.

3.2. Las partes acuerdan que para efectos de la interpretación del presente contrato, el orden de prelación de los documentos mencionados en el numeral anterior será el siguiente:

- El Contrato
- Las Bases del Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN
- Los Términos de Referencia contenidos en las Bases del Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN, en adelante, "Los Términos de Referencia", la Propuesta Técnica y Económica presentadas por el Supervisor.
- El Contrato de Concesión.
- Decreto Supremo N° 035-2001-PCM.
- Texto Único Ordenado de las Disposiciones Complementarias para la aplicación del Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 031-2012-OSITRAN".

(...)

"CLÁUSULA OCTAVA.- ASPECTOS ECONÓMICOS

(...)

8.2. Los pagos serán abonados por el Concedente, en un plazo de treinta (30) días calendario, una vez que OSITRAN haya aprobado los informes correspondientes".

(Es transcripción textual)

Atendiendo a dicho acuerdo de las partes, resultaba claro a todas luces que, al momento de resolver las controversias sometidas al presente arbitraje, el

Tribunal Arbitral debió tener en cuenta el orden de prelación establecido en el numeral 3.2 de la cláusula tercera, lo que no hizo; acuerdo que resultaba determinante para el caso toda vez que ninguno de los documentos allí listados estipula la nulidad de penalidades por no haber cumplido la entidad, en estricto, los plazos para las actuaciones administrativas y actos administrativos que debía realizar.

VI.3. CAUSAL DE ANULACION ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 63º. NUMERAL 1, LITERAL D) DE LA LEY DE ARBITRAJE

Situación que se encuentra acreditada a través de lo siguiente:

- **La afectación al derecho al debido proceso, derecho de defensa, tutela procesal efectiva, y principio de congruencia procesal**, ya que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado en los considerandos del Laudo Arbitral, sobre aspectos vinculados a la caducidad del derecho y acción de Ositrán para aplicar penalidades a JNR CONSULTORES S.A. al haberse vencido los plazos establecidos en la Directiva de Aplicación de Penalidades, que no formaron parte de las alegaciones de las partes en sus escritos postulatorios, y por ende, tampoco fueron parte de la fijación de los puntos controvertidos, ni del debate procesal de las audiencias ni de los escritos de cierre.
En efecto, el Colegiado, tendrá la oportunidad de verificar de las instrumentales obrantes en el expediente arbitral que, fue recién en el Laudo, que el Tribunal Arbitral decidió introducir estos argumentos, que como ya dijimos, no fueron alegados por las partes en sus actos postulatorios, y por ende nunca formaron parte del debate procesal.

21. Atendiendo a que las vulneraciones denunciadas y desarrolladas en los numerales VI.1, VI.2 y VI.3 fueron objeto de solicitudes de integración, interpretación y exclusión, desestimadas por el Tribunal Arbitral, en búsqueda de tutela judicial efectiva acudimos a vuestra Ilustre Sala, solicitando que luego del estudio de autos, se sirva declarar **FUNDADAS** las causales de anulación invocadas.

3.- TRÁMITE DEL PROCESO

3.1. Por Resolución Nro. 02 del 14 de noviembre de 2023 (pág. 1388 del EJE), (corregido por resolución Nro. 03), se resolvió admitir a trámite el recurso de Anulación de Laudo Arbitral interpuesto por el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO – OSITRAN.**

3.2. Mediante Resolución Nro. 04 del 29 de enero de 2024, (pág. 1565 del EJE), se tuvo por no por absuelto el traslado del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral a la parte de la emplazada, **JNR CONSULTORES SA.** Por resolución N° 05 del 12 de abril de 2024 (pág. 1569 del EJE), se señaló fecha de la vista de la causa, por lo que llevada a cabo la misma la causa quedó expedita para sentenciar.

CONSIDERANDO:

FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPERIOR

PRIMERO: Nuestro esquema constitucional permite el control judicial de laudos arbitrales emanado de un proceso de arbitraje. Y es que si bien el proceso arbitral es de naturaleza constitucional, autónoma e independiente¹, es constitucional también que ante eventuales afectaciones a los derechos y principios fundamentales exista un sistema de control y protección judicial que garantice la observancia y el respeto de los principios jurisdiccionales y derechos fundamentales de los involucrados.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha precisado este carácter señalando en la STC Exp. N.º 00142-2011-AA/TC, lo siguiente:

¹ El arbitraje encuentra justificación constitucional en el principio de autonomía de la voluntad; es decir, en la "libertad". Son las partes quienes libremente deciden someter sus controversias arbitrables no a la jurisdicción estática (del Estado), sino a la de los árbitros. La libertad está reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución, que interpretado conjuntamente con el artículo 1 de la Norma Fundamental, se infiere su importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues protegen la libertad de la persona humana como un valor superior y derecho fundamental.

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

SEGUNDO: Del principio constitucional contenido en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución², así como de las disposiciones legales previstas en el artículo 62, incisos 1 y 2 del Decreto Legislativo N.º 1071 – Ley de Arbitraje, se habilita el control judicial de los laudos arbitrales, **en tanto quien solicita la anulación del laudo invoque y pruebe el cumplimiento de las causales previstas taxativamente en el artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071.** Las alegaciones formuladas y las pruebas aportadas por quien pretende la nulidad del laudo deben estar dirigidas a sustentar las causales de anulación legalmente establecidas.

El artículo 62 inciso 1, del Decreto Legislativo N.º 1071, señala que contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez **por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.** El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo.

De acuerdo a ello, la doctrina considera que el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo, controlándose el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión, es decir, que el

² Esta norma constitucional reconoce la jurisdicción arbitral al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la **arbitral**.

Juez se encuentra limitado a revisar la forma, más no el fondo de la materia sometida a arbitraje; de ese modo y conforme a las normas mencionadas, las causales legales para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral se encuentran contempladas de manera taxativa.

TERCERO: Asimismo el numeral 2) del artículo 62 de la referida ley establece imperativamente que *“El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral**”*. Al respecto, cabe resaltar que el recurso de anulación constituye una pretensión impugnativa que activa el sistema de revisión judicial del arbitraje, donde la ley especial establece los límites de la labor del órgano jurisdiccional competente, el cual ve restringida su función a las causales taxativamente contempladas en la norma e invocadas por la parte recurrente, encontrándose impedido de someter a evaluación el criterio adoptado por los árbitros al decidir el fondo de la controversia, tal como lo precisa la norma acotada, puesto que si se permitiera que en sede judicial analizar el fondo de la controversia, se contravendría la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, donde expresamente renunciaron a la jurisdicción estatal y se sometieron a la competencia de los árbitros para la solución de sus conflictos.

ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO:

CUARTO: En el caso que nos ocupa, la controversia planteada deriva de la ejecución del Contrato de Locación de Servicios Nro. 034-2013-OSITRAN, Procedimiento de Selección Abreviado Nro. 002-2013-OSITRAN para la “Supervisión de las obras Adicionales, Accesorias y de las Actividades de mantenimiento periódico (ITM) y de Emergencia

que se ejecuten en los tramos 1,2,3,4 y 6 de la concesión Vial del Eje Multimodal Amazonas – IIRSA Norte”, suscrito con OSITARN y JNR CONSULTORES s.a., el 04 de octubre de 2013.

Fluye de las actuaciones arbitrales que la demanda arbitral fue interpuesta por la JNR CONSULTORES S.A.

JNR CONSULTORES S.A., haciendo uso del convenio arbitral (*clausula décimo quinta*), inicio el arbitraje institucional antes el centro de análisis y resolución de conflictos – CARC PUCP postulando las siguientes pretensiones:

1. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR JNR

1.1. Mediante el escrito de 1 de octubre de 2015, JNR Consultores SA interpuso su demanda arbitral, señalando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal.- Que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN de 20 de febrero de 2015 expedida por el Gerente General de OSITRAN.

Segunda Pretensión Principal.- Que se declare la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015 emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

Tercera Pretensión Principal.- Que se declare la nulidad de cualquier acto, Resolución Directoral, Resolución Gerencial o simil que dicte OSITRAN y que tenga como base o sustento lo dispuesto en (i) la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y (ii) el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, respectivamente.

Cuarta Pretensión Principal.- Que se declare que la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento por parte de OSITRAN constituida por JNR en cumplimiento de los términos contractuales previstos en el Contrato N° 034-2013-OSITRAN constituyó un acto arbitrario, ilegal y, por tanto, nulo.

Quinta Pretensión Principal.- Que se ordene a OSITRAN pague a favor de JNR una suma de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil contractual ascendente a S/ 2'670,000.00, más los intereses legales que se generen desde la producción del daño.

Sexta Pretensión Principal.- Que se ordene a OSITRAN pague o reembolse a JNR el 100% de los gastos asumidos por concepto de costas y costos del proceso arbitral.

La Entidad ejerciendo su derecho de defensa, al bsolver traslado de

la demanda, formulo excepcion de incompetencia y formulo Reconvención planteando las siguientes pretensiones:

I. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

Según esta Pretensión, OSITRAN solicita se declare que JNR incumplió con la obligación a su cargo contemplada en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del Contrato de Supervisión N° 034-2013-OSITRAN (referido a la participación y dedicación de los profesionales en la supervisión; la que no podrá ser menor a la ofertada en la Propuesta Técnica).

II. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

Según esta pretensión OSITRAN solicita que se declare que JNR deberá pagar a OSITRAN un concepto referido al incumplimiento de los plazos definidos en los Términos de Referencia de los documentos siguientes:

- Informe de Evaluación Ex-Post, por cada una de las obras asignadas que ya estaban en proceso de ejecución al emitir la Orden de Inicio.
- Informe Mensual de los servicios prestados por el Supervisor, presentación y posterior subsanación de observaciones.
- Informes Especiales.

III. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN

De acuerdo a esta pretensión, se solicita que el Tribunal declare que OSITRAN no debe pagar indemnización alguna a JNR, al haberse aplicado la penalidad como consecuencia de su incumplimiento contractual.

Se laudo lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS la primera y segunda pretensiones principales de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR NULOS** el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015 emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN y la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN de 20 de febrero de 2015 expedida por el Gerente General de OSITRAN.

SEGUNDO: DECLARAR que carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la tercera pretensión principal de la demanda, por lo que deviene en improcedente.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, que la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento por parte de OSITRAN constituida por JNR en cumplimiento de los términos contractuales previstos en el Contrato N° 034-2013-OSITRAN es nula.

CUARTO: DEJAR CONSTANCIA de que en virtud del desistimiento efectuado por JNR de la quinta pretensión principal de su demanda, no corresponde pronunciamiento sobre ella por parte del Tribunal.

QUINTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la primera pretensión principal de la reconvención.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la segunda pretensión principal de la reconvención.

SÉPTIMO: DECLARAR que, en vista del desistimiento de la quinta pretensión principal de la demanda, carece de objeto pronunciarse sobre la tercera pretensión principal de la reconvención y sobre la pretensión subordinada a ella.

OCTAVO: DECLARAR que los costos que se han ocasionado en el presente arbitraje (honorarios arbitrales y gastos administrativos) sean asumidos por ambas

partes en proporciones iguales y que los gastos en los que han incurrido las partes para su defensa en este proceso sean asumidos por cada parte.

De la decisión Nro. 73 del 11 de setiembre de 2023 (decision post laudo) se resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la solicitud de integración formulada por el OSITRAN y, como consecuencia de ello, incorporar

como numeral primero de la parte resolutive del laudo el siguiente texto:

“PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por OSITRAN”.

SEGUNDO: Como resultado de lo indicado en el numeral anterior, los numerales primero al octavo del texto original del laudo pasan a ser reenumerados como segundo al noveno, respectivamente.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTES las solicitudes de interpretación del laudo formuladas por el OSITRAN.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud de exclusión del laudo formulada por el OSITRAN.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, **DECLARAR** que esta resolución forma parte del Laudo.

De la causal de anulación del artículo 63.1 inciso b) del D. Leg. 1071)

QUINTO: Esta causal al referir a la imposibilidad de alguna de las partes de hacer valer sus derechos como motivo de anulación del laudo arbitral, enmarca el cuestionamiento dentro de la protección de derechos constitucionales, por interpretación sistemática con la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, que dispone:

“DUODECIMA: Acciones de Garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”

Esto ha sido corroborado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en el caso *María Julia* expresó:

“18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía

procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del CPConst.”(STC Nro. 142-2011-PA/TC).

SEXTO: Dentro de los derechos constitucionales pasibles de protección por vía del recurso de anulación, se encuentra el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 de la Constitución, y cuya pertinencia y garantía en sede arbitral ha quedado indubitadamente consagrada con la sentencia del caso *Cantuarias Salaverry* y fuera reiterado en el citado caso *María Julia*, en que el Tribunal Constitucional estableció:

“12. de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

13. Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.”

SÉPTIMO: El debido proceso arbitral es un derecho complejo que comprende diversas manifestaciones procesales en el desarrollo de un arbitraje, no necesariamente idénticas en entidad e intensidad que las inherentes al debido proceso judicial. Entre tales manifestaciones procesales, se encuentra, y así ha sido reconocido ya en sede de control judicial del arbitraje, la motivación del laudo, del cual la jurisprudencia constitucional informa que:

"(...) La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva. (...)"³

Principio de Irrevisabilidad

OCTAVO: Sin embargo la función de control judicial de este Colegiado, en mérito de la alegación de vicio de motivación, no puede importar en modo alguno la revisión del fondo de la controversia ni del razonamiento seguido por el Tribunal Arbitral; la razón de lo señalado se basa en que el recurso de anulación de laudo no es una instancia, sino un proceso autónomo en el que de modo puntual se verifica el cumplimiento de determinados supuestos de validez del laudo arbitral, no debiendo perderse de vista que las partes se han sometido de modo voluntario y expreso a la jurisdicción arbitral que resuelve la controversia de modo exclusivo y excluyente, por lo que la función de este Colegiado no es la de revisar la valoración probatoria ni corregir los errores *in iudicando* que se pudieran haber producido al emitirse el laudo. Por tanto, este Colegiado tiene claro que la función de control judicial que le ha sido encomendada por la ley, según el diseño normativo del arbitraje y su interrelación con el sistema de justicia a cargo del Estado, no equivale a una función revisora propia de una instancia de grado.

De este modo, el recurso de anulación no puede dar cabida a reclamos por disconformidad con lo resuelto en sede arbitral, esto es, por discrepancia con el criterio jurisdiccional (valoración probatoria, interpretación y aplicación normativa, etc.) que informa el laudo,

³ Exp. N.º 6712-2005-PHC/TC . Fundamento 10 primer párrafo.

pues ello importaría una vulneración del antes referido principio de irrevisabilidad.

En ese contexto debe tenerse presente la regla establecida por la STC Nro. 728-2008-PHC/TC, según la cual:

“... el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis”.

Ello obliga a reconocer –y aceptar- que así entendida la función de control de la motivación del laudo, limitada por el principio de irrevisabilidad del fondo, si bien *“podría llevar a que se cometan ciertas injusticias al momento de resolver causas arbitrales y que las mismas sean protegidas por la regulación que impide revisar el fondo. No queda más que asumir tal posibilidad, es el costo de la justicia arbitral. Y, en verdad, ningún modelo de proceso está libre de injusticias porque el error puede estar siempre presente, aún en la última instancia.”*⁴

DE LA SUPUESTA INDEBIDA MOTIVACIÓN DEL LAUDO EN EL CASO CONCRETO

NOVENO: Teniendo en cuenta los antecedentes del caso, se procede a analizar los agravios invocados en la presente demanda, que se encuentren enmarcados dentro de la protección de derechos constitucionalmente protegidos al estar relacionados al derecho de la debida **motivación del laudo**, cabe reiterar que el control de validez del laudo no implica en modo alguno la revisión del fondo de la controversia ni del razonamiento seguido por el Tribunal Arbitral.

⁴ Avendaño VALDEZ, Juan Luis y VELASQUEZ MELENDEZ, Raffo. Op.cit.

En efecto, en muchas ocasiones bajos subterfugios concernientes a la ausencia de motivación o a una motivación defectuosa, en realidad lo que cuestiona la parte es el fondo de lo decidido por el tribunal arbitral. Por consiguiente, cuando del recurso de anulación se advierta un cuestionamiento al razonamiento intrínseco del Tribunal Arbitral respecto del fondo de la controversia analizada, dicho recurso (demanda) será declarado infundado, pues no existe espacio en este proceso judicial de anulación de laudo para pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, así como para revisar los criterios o motivaciones del árbitro expuestos en el laudo arbitral, conforme a lo prescrito por el numeral 2 del artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071. Por ello, corresponde revisar los fundamentos de la demanda interpuesta y si éstos realmente evidencian una vulneración al derecho de motivación o, en realidad, pretenden un pronunciamiento sobre el fondo de lo decidido en el arbitraje.

DÉCIMO: El demandante sostiene que el tribunal arbitral ha efectuado indebida motivación al resolver la primera, segunda y cuarta pretensión por lo siguiente:

- i. No se ha pronunciado respecto de la Excepción de Incompetencia formulada por OSITRAN, subsanada en la resolución que resolvió la solicitud de integración, interpretación y exclusión del laudo; **pero no ha motivado** si a la luz de la ley de procedimiento administrativo general **¿la circunstancia de que una declaración de una entidad,** emitida en el marco de las normas de derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, dentro de una situación concreta, que no sea susceptible de impugnación alguna, no se **constituye en un acto administrativo?**

Asimismo, tampoco analizo si sobre la base de la definición contenida en el inciso 1.1 del artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, **si la Resolución de Gerencia General Nro. 026-2015-GG-OSITRAN es un acto administrativo.**

- ii.** El tribunal Arbitral resolvió declarando la nulidad del Informe N° 407-2015-GSFOSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza **sin motivar** ¿qué documento mencionado en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del Contrato de Locación de Servicios N° 034-2013-OSITRAN, estipula que la falta de observación (cumplimiento) por parte del OSITRÁN de los plazos establecidos en la Directiva de aplicación de penalidades aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PDOSITRAN, trae como consecuencia la nulidad del Informe N° 407-2015-GSFOSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza? Ello, no obstante que, las partes pactaron en dicho numeral que cualquier controversia sobre la ejecución del aludido Contrato se resolvería teniendo en cuenta dichos documentos y en el orden allí establecido.
- iii.** El Tribunal Arbitral declaró la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza, **en el entendido que los plazos establecidos en la Directiva de Aplicación de Penalidades aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PDOSITRAN, son plazos de caducidad. Sin embargo, en ninguna parte de los considerandos que van de la página 70 a la 114 del Laudo, vinculados a tales declaraciones, no identificó cuál es la**

norma legal aplicable al caso que señala que dicha nulidad obedece a la caducidad por falta de cumplimiento de los plazos establecidos en la Directiva de Aplicación de Penalidades aprobada por Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN. Ello, no obstante que, es por todos conocido que, el artículo 2003 del Código Civil, define a la caducidad, en los siguientes términos: “*Artículo 2003.- La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.*” y, más aún, que el artículo 2004 del acotado cuerpo legal, estipula: “*Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario.*”

- iv.** El Tribunal Arbitral resolvió la controversia declarando la nulidad del Informe N° 407-2015-GSFOSITRAN, de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y de la ejecución de la Carta Fianza, **sin tener en cuenta los argumentos expuestos por el Ositrán en su escrito N° 60 de fecha 15.03.2021, presentado en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 58 de fecha 01.03.2021, dentro del plazo ampliado en la Resolución N° 59 de fecha 10.03.2021, en el que se absolvió el pliego interrogatorio formulado por el Tribunal Arbitral, respondiendo las preguntas 4 y 5 en los términos siguientes:**

“(…)”

4. (….) Indique qué naturaleza tienen los plazos contemplados en la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PDOSITRAN y en el Contrato N° 034-2013- OSITRAN? ¿Son o no de aplicación imperativa? ¿Tienen carácter perentorio o dispositivo o son meramente enunciativos u orientadores? Precise los fundamentos jurídicos y legales de su posición.

De acuerdo con el artículo 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Asimismo, de acuerdo con la Disposición Transitoria Única contenida en el numeral 9.2 de la Directiva, los Contratos de Supervisión que se hayan suscrito después de la entrada en vigencia de esta Directiva deberán hacer referencia al procedimiento de aplicación de penalidades contenido en dicha Directiva. Por lo expuesto, con relación a la naturaleza de los plazos contemplados en la Resolución de Presidencia N° 072-2009- PD-OSITRAN y en el Contrato N° 034-2013- OSITRAN, los mismos son de aplicación imperativa.

Sin embargo, con relación al carácter perentorio de los plazos, debe tenerse presente que el Contrato de Supervisión ha sido suscrito por una entidad de la Administración Pública. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 151.3 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), salvo que la ley expresamente disponga lo contrario, la actuación administrativa fuera de término no

queda afecta de nulidad. En consecuencia, se advierte que los plazos indicados no tienen carácter perentorio para el OSITRAN".

5. ¿Cuál sería el efecto del incumplimiento de dichos plazos? ¿Por qué? Precise los fundamentos jurídicos y legales de su posición.

Los efectos que genere el incumplimiento de dichos plazos serán distintos en cada parte contractual. Al respecto, el procedimiento de aplicación de penalidades establecido en la Directiva contiene plazos aplicables para: La Empresa Supervisora; y, Los órganos del OSITRAN. En ese sentido, el único plazo que involucra a la esfera jurídica de la Empresa Supervisora es el plazo de tres (3) días hábiles para la presentación de sus descargos, el cual, además, se encuentra regulado en los mismos términos en la cláusula 11.2 del Contrato 034- 2013-OSITRAN. Ello implica que una limitación en el cómputo de dicho plazo o no permitirle la presentación de descargos, generaría una situación de indefensión a la Empresa Supervisora.

Por tanto, el incumplimiento del mencionado plazo en los términos expuestos podría significar una violación de sus derechos vinculados al debido procedimiento, lo cual tendría como efecto la constitución de un vicio en la Resolución de Aplicación de Penalidad. Cabe recalcar que, en concordancia con el marco legal aplicable a la Administración Pública, el incumplimiento del OSITRAN en los plazos establecidos para la aplicación de la penalidad no constituye un vicio trascendente de la Resolución de Gerencia General que aplica la penalidad. Además de ello, la Directiva aprobada por la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN no establece efectos por el incumplimiento de dichos plazos, ni le atribuye efectos perentorios por el incumplimiento de los plazos que se encuentran en la esfera de la Entidad; por ende, no podría entenderse como efectos liberatorios de penalidad, dado que ello iría en contra de la buena fe contractual, en perjuicio de una de las partes y un premio al incumplimiento de obligaciones objeto del Contrato. Por lo expuesto, los efectos del incumplimiento de los plazos contenidos en la referida Directiva dependerán de quién es el sujeto al cual se le exige".

DECIMO PRIMERO: Respecto del cargo i) de la presente resolución, se aprecia que se cuestiona que en el laudo no se haya puesto en la parte resolutive su pronunciamiento sobre la excepción de incompetencia formulada por OSITRAN, y que es recién en la resolución post laudo expedida por la resolución Nro. 73, que se procedió a subsanar esa omisión resolviendo declarar fundada la solicitud de integración integrándola como numeral primero de la parte resolutive del laudo de la siguiente manera:

"PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de incompetencia deducida por OSITRAN".

En tal sentido habiendo el tribunal arbitral corregido su omisión incorporando el primer extremo resolutive de laudo su decisión de declarar infundada la excepción de incompetencia, este extremo de la denuncia no es de recibo.

DECIMO SEGUNDO: Respecto al otro extremo del cargo *i*), referido a la definición contenida en el inciso 1.1 del artículo 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, esto es, si la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GGOSITRAN, es un Acto Administrativo.

Al respecto del laudo arbitral se aprecia que el tribunal arbitral a conceptualizado y analizado debidamente los puntos controvertidos materia de debate los mismos que se circunscriben a la aplicación de penalidades de parte de OSITRAN al Supervisor JNR Consultores, concluyendo que OSITRAN, indebidamente acumulo penalidades cuando advertido que las mismas en muchos casos se encontraban caducas al no respetar los plazos para aplicar penalidades establecidos en la **Directiva de Penalidades** aprobado por 072-2009-PD-OSITRAN, documento que es una manifestación de la potestad reglamentaria, que vincula a la OSITRAN a su propia normativa, en aplicación del Principio de Legalidad y al estar dicho reglamento integrado al contrato de supervisión, lo vincula a JNR Consultores, observándose claramente que lo que pretende la Entidad es cuestionar el criterio valorativo del tribunal arbitral, debido a que pretende un reexamen de las normas aplicadas al caso, lo cual esta prohibido conforme el artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje.

A mayor abundamiento el tribunal arbitral a manifestado que el Acto Administrativo es producto de la aplicación de normas, como manifestaciones de potestades administrativas de derecho público y no de aplicación de normas de derecho privado y que es susceptible de contradicción en sede administrativa; sin embargo, se debe tener en cuenta que mediante **Resolución Nro. 072-2009-PD-OSITRAN** del 9.12.2009, aprueba la directiva “**Procedimiento de Aplicación de Penalidades Previstos en los Contratos de Supervisión**”, el cual en el punto I Generalidades, concluye en el párrafo tercero:

"Los Contratos de Supervisión que tiene celebrados OSITRAN se sujetan a las reglas del Derecho Común y, en consecuencia, su omisión o incumplimiento se sujeta igualmente, a lo que en materia de inejecución de obligaciones se tiene previsto en el Derecho Privado". (Subrayado agregado.)

En el punto V PENALIDADES de dicha Directiva de penalidades, define lo que es una penalidad, en los siguientes terminos:

"...5.1 Constituye penalidad, aquella sanción económica que se aplica a la Empresa Supervisora contratada por OSITRAN, en caso que incumpla u omita las obligaciones contractuales expresamente sujetas a dicho tipo de sanción.

5.2 Las reglas de aplicación de las penalidades quedan sujetas a lo establecido en cada Contrato de Supervisión, y supletoriamente, a lo previsto en el Capítulo Tercero: Obligaciones con Cláusula Penal, del Título IX: Inejecución de Obligaciones del Código Civil. (Subrayado agregado.)

Para el caso del **informe N°407-2015-GSF-OSITRAN** de 11 de febrero de 2015 de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN en el que se sustenta la **Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN**, para la imposición de Penalidades, señala en el punto V. ANÁLISIS - Naturaleza jurídica de las penalidades, lo siguiente:

"5.2 (...) las consecuencias de una cláusula penal en un contrato no constituye la manifestación del derecho sancionador, entendida ésta como el ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil.

5.3.- Asimismo, la existencia de la penalidad debe constituir también un elemento disuasivo al posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, buscando que no se adopte un proceder contrario a lo prometido. En esa misma línea, se señala que 'Por su naturaleza garantista la cláusula penal supone la existencia de una relación obligatoria. Esta obligación puede ser de cualquier clase: de dar, hacer o no hacer; puede garantizar una prestación en particular a todo el Contrato'.

5.7.- Es decir, que OSITRAN, terceriza sus labores con empresas que se rigen bajo el ámbito privado y que se encuentran vinculadas con el Regulador, hoy dentro del marco de lo establecido los artículos 1361 y 1362 del Código Civil, según los cuales, los contratos son expresión de acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, en aplicación del principio pacta sunt servanda". (Subrayado agregado.)

Advirtiéndose que en los puntos 5.2 y 5.3 del Informe evidencia que las penalidades están regidas por las reglas del Derecho Privado; esta cláusula penal del contrato Nro. 034-2013-OSITRAN y el propio informe 407-2015-GSF-OSITRAN, señala que es una sanción económica como consecuencia de un incumplimiento contractual producto de una relación jurídica patrimonial o relación obligatoria, tal y como lo señala el punto 5.3 y dicha relación jurídica es regulada por normas de derecho Privada; en consecuencia, **con este análisis del Tribunal Arbitral al resolver la excepción de incompetencia, ha establecido que la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN, que declara el incumplimiento contractual por parte de JNR, y como consecuencia de ello, dispuso penalidades, no es un acto administrativo sino un acto jurídico porque está sometido a normas del ámbito privado que está regulado por normas de derecho privado**, en ese sentido el cargo i) no es de recibo.

DECIMO TERCERO: Respecto del cargo **ii), iii), iv)** de la presente resolución, la Entidad menciona que se declaró la nulidad del Informe N° 407-2015-GG-OSITRAN, la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN y la ejecución de la carta fianza, sin motivar, que en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del contrato de locación de servicios 034-2013-OSITRAN, estipule la falta de observación por parte de la Entidad de los plazos establecidos en la directiva de aplicación de penalidades, no identifiqué la norma legal aplicable al caso que señala que la nulidad obedece a la caducidad y que no se tuvo en cuenta los argumentos de OSITRAN expuestos en su escrito de fecha 15.03.21, en el que se absolvió el pliego interrogatorio formulado por el tribunal respecto de las preguntas 4 y cinco de dicho pliego interrogatorio aludido.

En ese sentido, a fin de dar respuesta a dicho cargo, corresponde analizar la pagina 69, 84 a 112 del laudo (pág. 153, 168 a del EJE):

ii) PRETENSIONES DE LAS PARTES

DEMANDA

I. PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA

Con arreglo a la demanda de JNR las pretensiones indicadas son las siguientes.

Primera Pretensión Principal.- Que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN de 20 de febrero de 2015 expedida por el Gerente General de OSITRAN.

Segunda Pretensión Principal.- Que se declare la nulidad del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015 emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN.

[...]

Naturaleza jurídica del Contrato de Supervisión

Sobre la base de lo desarrollado puede concluirse que el Contrato N° 034-2013-OSITRAN - Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN - Contrato de locación de servicios para la Supervisión de las Obras Adicionales, Accesorias, y las Actividades de Mantenimiento Periódico (ITM), y de Emergencia; en los Tramos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Concesión Vial del Eje Multimodal del Amazonas Norte - IRSA NORTE, celebrado entre OSITRAN y JNR Consultores S.A., reviste las características de los contratos administrativos privados o contratos privados⁵⁷ de la Administración Pública, donde una de las partes es una entidad que forma parte de la Administración Pública y la otra una empresa privada.

El conflicto planteado por JNR, se fundamenta principalmente en la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-OSITRAN, que se sustenta en el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, que evalúa el presunto incumplimiento contractual imputado a JNR como consecuencia de haberse detectado la ausencia injustificada del Jefe de Supervisión y del Personal Profesional de las obras en ejecución, en contravención del numeral 4.3 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Supervisión que regula lo referente a las condiciones en las cuales deben ser prestados los servicios de supervisión por parte de JNR; y la imposición de las penalidades correspondientes con arreglo a lo establecido en el numeral 11.1 de la Cláusula Decimo Primera del Contrato.

La Directiva de procedimiento de aplicación de penalidades y los contratos de supervisión

La cláusula Décimo Primera del Contrato de Supervisión señala lo siguiente:

"(...) En ese sentido, en caso OSITRAN detecte que el Supervisor ha incumplido cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente Contrato, se procederá de acuerdo a lo establecido en el numeral VI. PROCEDIMIENTO de aplicación de la Penalidad, de la directiva aprobada por la Resolución de Presidencia N° 072 -2009 PD-OSITRAN o cualquiera norma que la reemplace". (Subrayado agregado.)

La Directiva denominada "Procedimiento de Aplicación de Penalidades previstas en los Contratos de Supervisión" (en adelante Directiva de Penalidades) fue aprobada

por el Presidente del Consejo Directivo de OSITRAN, Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN de 9 de diciembre de 2009, e integrada como cláusula contractual al Contrato de Supervisión.

Debe dejarse constancia de que ambas partes están de acuerdo en que la Directiva era aplicable al contrato y vinculante para ellas, como resulta de las respuestas correspondientes que brindaron a dos preguntas del cuestionario que el tribunal les formuló en su oportunidad. No se trata, por consiguiente, de una cuestión controvertida.

La Directiva fue dictada en ejercicio de una potestad normativa reglamentaria, bajo el ámbito del Derecho Administrativo y así lo confirman su segundo y tercer considerandos, que hacen referencia a la potestad o competencia administrativa otorgada al Presidente de OSITRAN, conforme al Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 046-2007-PCM, que establece lo siguiente:

"El Presidente del OSITRAN ejerce funciones ejecutivas, de dirección y de representación, quien conforme al artículo 56, inc. f) del texto en mención, se encuentra facultado para aprobar las políticas de administración, personal, finanzas y relaciones institucionales, en concordancia con las políticas generales que establezca el Consejo Directivo;

Que, dicha facultad también se encuentra prevista en el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD- OSITRAN, de fecha 10 de enero de 2007, y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2009-CD-OSITRAN, de fecha 25 de marzo 2009, así como en los anteriores y el actual Manual de Descripción de Puestos de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 052-2009-PD- OSITRAN, de fecha 16 de septiembre de 2009".

También resulta relevante mencionar el quinto considerando de la resolución que aprueba la Directiva de Penalidades donde se evidencia claramente el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del organismo regulador OSITRAN:

"Que, no obstante, en aras de un mejor tratamiento de las mismas, es conveniente diseñar, implementar, controlar y mejorar los procedimientos operativos que sobre el particular se llevan a cabo, con el propósito de: estandarizar los procedimientos internos de OSITRAN, generando predictibilidad hacia las empresas supervisoras y/o terceros en general".

Al buscarse como finalidad, con arreglo al quinto considerando, estandarizar procedimientos internos de OSITRAN, es indudable que el propósito es el de regular el funcionamiento de la Administración Pública -léase OSITRAN- a nivel interno. Resultaría una contradicción imaginarse que, internamente, OSITRAN va a funcionar bajo la aplicación de normas de Derecho Privado.

Al hablarse de procedimiento a nivel interno, se está haciendo referencia a ese "núcleo irreductible" que se desarrolló con anterioridad y al límite sustancial de regulación o actuación que ineludiblemente no puede escapar del Derecho Administrativo.

A este respecto, es preciso diferenciar dos ámbitos: el procedimiento interno como expresión irreductible o límite sustancial sometido a Derecho Administrativo, que por más contrato privado que sea, se tiene que someter al Derecho Administrativo (la regulación de la Directiva de Penalidades como potestad reglamentaria, y el procedimiento, incluido en la directiva, que es interno), y el otro ámbito que es externo, dirigido al Contratista Supervisor, y frente a éste esos efectos jurídicos se enmarcan en reglas del Derecho privado, porque se trata de una relación jurídica externa.

JNR no tiene una relación de subordinación con OSITRAN, sino una de carácter privado, derivada del contrato celebrado con ella. Ambas comparten la calidad de partes del contrato. Por consiguiente, la declaración que determine penalidades como lo regula la Directiva de penalidades, será una producida en el ámbito del Derecho Privado, si bien, internamente, el procedimiento, su regulación, pertenece a la esfera del Derecho Administrativo.

La finalidad es otorgar predictibilidad al Contratista Supervisor, y esto se va a concretar a través del procedimiento regulado por la Directiva, pero encuadrado como elemento estructural de una declaración de carácter privado, puesto que los efectos de dicha declaración serán externos a OSITRAN.

Es decir, la Directiva de Penalidades es un reglamento organizativo pero a la vez es normativo ad extra, por sus efectos externos dirigidos a un privado, pero también es una cláusula contractual, puesto que la Directiva de penalidades ha sido integrada como tal en el contrato de supervisión.

Vinculado con lo anterior, García de Enterría y Fernández explican la figura de la aplicación de una normativa que no necesariamente corresponde al ámbito del Derecho Administrativo, pero que es un elemento determinante para la emisión de un acto administrativo.

Así, el cumplimiento del principio de predictibilidad (seguridad jurídica) sería asimilable al fin lícito al que se refiere el inciso 3 del artículo 140 del Código Civil (equiparable a la finalidad pública exigible para la validez de los actos administrativos, conforme al artículo 3, inciso 3, de la Ley del Procedimiento Administrativo General); y la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (artículo 140, inciso 4), sería asimilable al cumplimiento del procedimiento interno regulado por la Directiva de Penalidades: su inicio, el orden de sus etapas y el cumplimiento de sus plazos extintivos (en el caso de los actos administrativos, correspondería al procedimiento regular al que se refiere el inciso 5 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

[...]

A propósito de la mencionada Directiva de Penalidades, corresponde destacar también, respecto de sus alcances, la siguiente manifestación contenida en su texto:

"...Que, para el cumplimiento de sus objetivos, OSITRAN ejerce, entre otras, la función supervisora, que es aquella que le permite verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades bajo su competencia. Para los efectos de cumplir con dicha función supervisora, OSITRAN se encuentra facultado a contratar Empresas Supervisoras que actúan por encargo de OSITRAN para el desempeño de determinadas funciones de supervisión".

Lo indicado explica la situación concreta del caso de autos en el que JNR fue contratado para cumplir con la función supervisora inherente a OSITRAN.

Los contratos de supervisión, como el que es materia de este arbitraje, tienen una naturaleza de Derecho Privado. Para corroborar ese concepto, basta citar lo indicado en el tercer párrafo del punto I. Generalidades, de la propia Directiva de Penalidades:

"Los Contratos de Supervisión que tiene celebrados OSITRAN se sujetan a las reglas del Derecho Común y, en consecuencia, su omisión o incumplimiento se sujeta igualmente, a lo que en materia de inejecución de obligaciones se tiene previsto en el Derecho Privado". (Subrayado agregado.)

Esta decisión con respecto a los Contratos de Supervisión -su adscripción al Derecho Privado, como ejercicio de potestad administrativa reglamentaria-, ha sido adoptada por el Presidente de OSITRAN, haciendo uso de lo que se conoce como "libertad de elección"⁵⁹ o "discrecionalidad", como lo denomina la Resolución de Consejo Directivo

N° 031-2012-CD-OSITRAN de 28 de agosto de 2012, que aprueba el Texto Único Ordenado de las Disposiciones Complementarias al Reglamento de Contratación de Empresas Supervisoras, que usa ese término para referirse a esa libertad de elección.⁶⁰

“Artículo 9.- Contenido de los términos de referencia y bases administrativas OSITRAN, en estricto cumplimiento de los principios establecidos en el Artículo 10 del REGLAMENTO, podrá configurar discrecionalmente el contenido de sus términos de referencia y bases administrativas”. (Subrayado agregado.)

Pero también la Directiva de Penalidades, así como determina la naturaleza jurídica de los Contratos de Supervisión en el ámbito del Derecho Privado, establece un procedimiento interno, en concordancia con el considerado quinto de la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN de 9 de diciembre de 2009. Este procedimiento interno, busca “diseñar, implementar, controlar y mejorar los procedimientos operativos que sobre el particular se llevan a cabo, con el propósito de: estandarizar los procedimientos internos de OSITRAN, generando predictibilidad hacia las empresas supervisoras y/o terceros en general”.

En la Directiva se regulan los requisitos, plazos, derechos y deberes que deben observar las partes del Contrato, así como también la aplicación y cobro de las penalidades en que incurran las Empresas Supervisoras contratadas por OSITRAN, en el caso de incumplimiento contractual. Así lo contempla el apartado VI. PROCEDIMIENTO. De la aplicación de la Penalidad, teniendo como principio rector el de predictibilidad, que tiene como fuente el principio constitucional de seguridad jurídica, según se ha indicado anteriormente.

En efecto, la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN que aprueba la Directiva de Penalidad, establece como una finalidad pública, como propósito, el estandarizar los procedimientos internos de OSITRAN de aplicación de penalidades, fundamentando tal finalidad en el principio de predictibilidad. Se trata de un principio rector acogido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158, artículo II, apartado 5, de su Título Preliminar y en el artículo IV. Principios del Procedimiento Administrativo del Título Preliminar de la Ley N° 27444, numeral 1.15.

[...]

A propósito del procedimiento establecido por la Directiva de penalidades, se establecen etapas y plazos vinculantes para las partes, no sólo porque esta Directiva ha sido integrada al contrato como una cláusula, sino también porque su elaboración vincula a la Administración que la emitió. Como se indicó anteriormente, la Administración Pública se somete a sus propios reglamentos conforme el principio de legalidad. De donde resulta entonces que las etapas y los plazos contemplados en la Directiva son preclusivos y perentorios tanto para la Administración como para la empresa supervisora. Como consecuencia de ello es que dicho procedimiento, siguiendo el principio de seguridad jurídica, está afectado de caducidad cuando así corresponde.

Conste que los plazos previstos en la Directiva han sido fijados unilateralmente por OSITRAN en ejercicio de su potestad normativa, lo que determina, por parte del Poder ejerciente (Administración Pública - OSITRAN), que deba garantizar el cumplimiento estricto de tales plazos. El desconocimiento de dichos plazos constituye una flagrante violación del principio constitucional de la seguridad jurídica.

El procedimiento establecido por la Directiva de Penalidades; se inicia cuando OSITRAN detecta el incumplimiento u omisión de obligaciones establecidas en el Contrato de Supervisión. OSITRAN tiene cinco (5) días hábiles de ocurrido el hecho o de haber tomado conocimiento de él para correr traslado a la empresa Supervisora de lo advertido. A su turno, la Directiva de Penalidades le otorga tres (3) días hábiles al supervisor para que haga sus descargos. Presentados los descargos o no, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN tiene dos posibilidades:

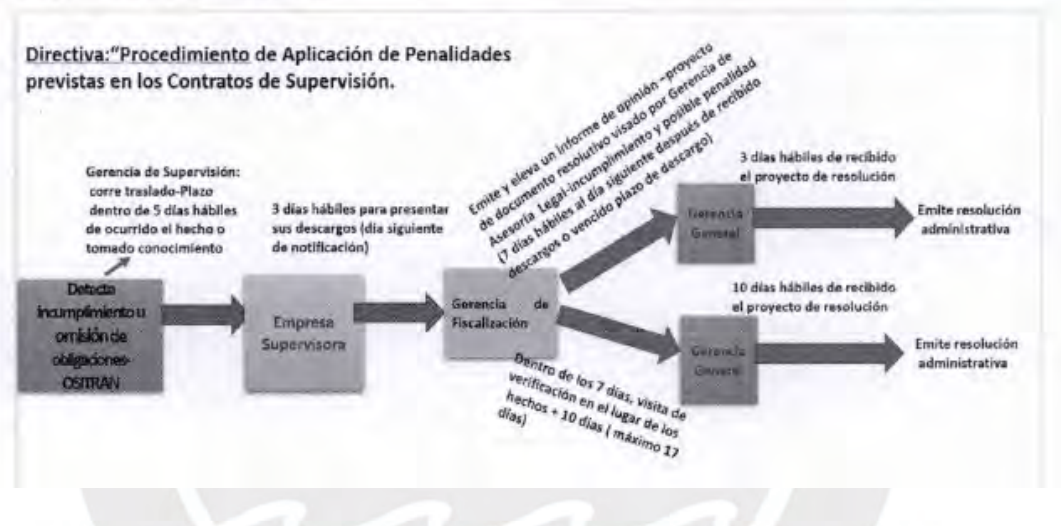
1.- Recibidos los descargos o no, tiene siete (7) días hábiles para emitir informe donde concluya sobre la imposición o no de penalidades, informe que tendrá que estar visado por la Gerencia de Asesoría Legal y remitirlo a la Gerencia General del OSITRAN para que ésta emita Resolución en un plazo de tres (3) días hábiles y que ponga fin al procedimiento. Como es de verse, el procedimiento dura un máximo de 18 días hábiles.

2.- Recibidos los descargos o no, en el período de los siete (7) días hábiles, de considerarlo necesario, puede disponer la ejecución de una visita de verificación en el lugar de los hechos. En este caso, dicho Informe de Opinión o Proyecto de Resolución,

será elevado a la Gerencia General en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de haberse dispuesto la visita de verificación. En los casos de verificación en el lugar de los hechos, la Gerencia General resolverá en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibido el Informe de Opinión de la Gerencia de Supervisión. En este caso, el procedimiento dura un máximo de 35 días hábiles.

En ambos casos, emitida la resolución por la Gerencia General que declare el incumplimiento o no por parte de la Empresa Supervisora, así como la penalidad aplicable, OSITRAN, procederá a efectivizar la aplicación de ésta con arreglo a lo establecido en el respectivo Contrato de Supervisión. La Resolución de Gerencia General que determine la penalidad tiene carácter definitivo y no estará sujeta a la interposición de recursos impugnatorios.

En la siguiente imagen se muestran las etapas del procedimiento, conforme a la Directiva de penalidades:



En relación con la declaración de penalidades (la aplicación de la consecuencia jurídica luego de realizado el procedimiento interno según la Directiva de Penalidades y comprobados los incumplimientos contractuales) o más exactamente, la declaración que determina la imposición de penalidades, se trata de una declaración dentro del ámbito del Derecho Privado.

Esta conclusión se ve corroborada por lo que señalan los numerales 5.1 y 5.2 de la propia Directiva de Penalidades, comprendidos en el apartado V - Penalidades:

“5.1 Constituye penalidad, aquella sanción económica que se aplica a la Empresa Supervisora contratada por OSITRAN, en caso que incumpla u omita las obligaciones contractuales expresamente sujetas a dicho tipo de sanción.

5.2 Las reglas de aplicación de las penalidades quedan sujetas a lo establecido en cada Contrato de Supervisión, y supletoriamente, a lo previsto en el Capítulo Tercero: Obligaciones con Cláusula Penal, del Título IX: Inejecución de Obligaciones del Código Civil”.

La penalidad, a la que se atribuye el carácter de sanción económica no puede considerarse o identificarse con una sanción administrativa, como acto de gravamen, dentro de la categoría de los actos administrativos, puesto que en éstos constituye un rasgo distintivo el hecho de que sean recurribles a través de recursos administrativos. Cosa contraria establece la Directiva de Penalidades, que en el numeral 6.9, comprendido en el apartado VI - PROCEDIMIENTO - De la aplicación de la Penalidad, excluye toda posibilidad de impugnación respecto de la decisión que se adopte:

"6.9 La Resolución de Gerencia General que determine la penalidad tiene carácter definitivo, y no estará sujeta a la interposición de recursos impugnatorios".

El carácter irrecurrible de la declaración de la penalidad, se explica por tratarse de una declaración de voluntad en el ámbito del Derecho Privado, Como tal, carece de esa característica que es consustancial a todo acto administrativo desfavorable o de gravamen.

No obstante, la decisión que se adopte para imponer las penalidades no podrá sustraerse a la aplicación de los principios de competencia, objeto o contenido, finalidad pública, motivación, procedimiento regular, a los que se refiere el artículo

3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, encontrándose condicionada su validez al respeto de tales principios^{62 63}.

En ese mismo sentido, el propio Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, en el que se sustenta la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN, en el apartado V. ANALISIS, específicamente en el numeral 5.2, señala:

"las consecuencias de una cláusula penal en un contrato no constituyen la manifestación del derecho sancionador, entendida ésta como el ejercicio del ius puniendi del Estado, toda vez que la naturaleza de dichas cláusulas contractuales responde a una concepción civil, en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento".

[...]

Conviene señalar, por último, que esta potestad de la administración carece de carácter formalmente sancionador, por lo que no son de aplicación los preceptos con los que la LRJAP⁶⁵ disciplina este tipo de procedimiento".

En conclusión, las decisiones de imposición de penalidades en el caso de autos, son declaraciones producidas en el ámbito del derecho privado y, por tanto, no constituyen actos administrativos de gravamen o sanciones administrativas.

Corresponde señalar, acerca del procedimiento dirigido a la imposición de penalidades que, al detectarse el incumplimiento u omisión de alguna de las obligaciones previstas en los contratos de supervisión, si bien la labor de verificación corresponde a OSITRAN en sentido genérico, al menos en el caso de autos, todas las detecciones de incumplimiento y omisiones han sido realizadas por los Supervisores In Situ de OSITRAN, que se encuentran vinculados laboralmente con esta entidad a través de un contrato CAS⁶⁶. Así se deriva, por ejemplo, de la Carta N° 015-2015-O51TRAN-G5F/G5JB de 9 febrero de 2015 (Anexo del Informe N°407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015, págs. 230-254), cursada por el señor Gustavo Joseph Bartha, Coordinador In Situ del Sector 2 de la Concesión IIRSA NORTE, donde hace referencia a la adenda del Contrato Administrativo de Servicio CAS N° 62-2013-OSITRAN de 15 de octubre de 2013, adjuntando para ello la conformidad del servicio para la cancelación del servicio prestado.

Esta indicación sobre el vínculo laboral existente entre OSITRAN y el personal encargado del seguimiento y verificación del contrato de supervisión no es casual ni intrascendente. Este aspecto es de la mayor importancia porque -tratándose de un funcionario de OSITRAN-, cuando se detecte un supuesto incumplimiento u omisión, desde que se tiene conocimiento de este hecho y se traslada la información a la Gerencia de Supervisión, ese lapso de tiempo estará comprendido en el plazo de los cinco días hábiles para formular los cargos correspondientes al supervisor

contratado y para que los comunique a la empresa supervisora con el objeto que formule sus descargos.

Está claro que, si desde que se detecta o se tiene conocimiento de la presunta infracción y cuando se comunica a la Gerencia de Supervisión ha transcurrido el plazo de los cinco días hábiles referido, es menester concluir que ha precluido y caducado el procedimiento, puesto que así lo establece claramente la Directiva sobre Penalidades.

En efecto, los plazos establecidos en dicha Directiva son taxativos, perentorios y no son prorrogables. Se trata, por lo demás, de plazos fijados por la misma Administración Pública -léase OSITRAN- en ejercicio de su potestad reglamentaria, siendo integrados al Contrato de Supervisión celebrado entre OSTRAN y JNR.

Este carácter perentorio e improrrogable de los plazos es el que explica el criterio seguido por OSITRAN, a propósito de la Carta CE N° 035-2015 S. MIN (P) de 10 de febrero de 2015, con sello de recepción de OSITRAN de la misma fecha (Anexo del Informe N°407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015, pág. 256), donde JNR solicitó la ampliación de plazo de tres días hábiles para presentar sus descargos respecto al Oficio N° 763-2015- GSF-OSITRAN.

De acuerdo al citado Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015, numeral 2.22, OSITRAN descarta la viabilidad de la prórroga solicitada y concluye con respecto a la ampliación de plazo solicitado por OSITRAN:

"(...) hecho no previsto en el Contrato N° 034-2013-OSITRAN ni en la Directiva 'Procedimiento de Aplicación de Penalidades Previstas en los Contratos de Supervisión, aprobada mediante Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN, que establecen que el regulador se pronunciará con o sin los descargos en un plazo de diez días hábiles".

Esto evidencia que para el propio OSITRAN los plazos son taxativos, precluyen y son perentorios, por lo que correspondía pasar a la siguiente etapa que es la de emitir el Informe de la Gerencia de Supervisión, visado por asesoría jurídica, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de vencido el plazo que se le otorga a la empresa Supervisora de tres (3) días hábiles para presentar sus descargos y, transcurridos esos siete días, proceder la Gerencia General a emitir Resolución dentro de los tres (3) días siguientes.

Permitir un tratamiento laxo y favorable, flexibilizando irregularmente el cómputo de los plazos en beneficio de una de las partes contratantes, importa la violación del principio de Seguridad Jurídica. Pero también media esa grave afectación cuando

se procede generando un trato diferenciado, violándose así el principio de igualdad reconocido en la Constitución⁶⁷.

En resumen, corresponde indicar, sobre la base de lo expuesto, que el Derecho Administrativo es necesario para la actuación del Poder Público, que se manifiesta a través de la Administración Pública, en sus distintas funciones jurídicas administrativas o herramientas para el cumplimiento de sus fines, como el contrato.

En los Contratos Administrativos Privados o Contratos Privados de la Administración, por más privado que sea este contrato, siempre habrá un núcleo irreductible de Derecho Público como límite sustancial, puesto que la Administración Pública es poder constitucionalmente establecido. Como se ha definido, todo Contrato Privado o Contrato Administrativo Privado estará sometido siempre a unos límites sustanciales.

Así, el respeto a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales, como el de seguridad jurídica, condicionará el cumplimiento de plazos, y su incumplimiento determinará la aplicación de la caducidad como manifestación de la aplicación de ese principio.

También será determinante el principio de legalidad, que vincula a la administración al derecho, y a los principios administrativos acogidos en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General y a los principios recogidos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo N° 29158. De donde resulta que se genera una vinculación de su propia normativa producto del ejercicio de esa potestad administrativa reglamentaria, que, en el caso bajo análisis, se manifiesta a través de la Directiva de penalidades.

El núcleo irreductible de Derecho Público como límite sustancial al que se ha hecho referencia, se pone de manifiesto en este arbitraje con el establecimiento de cláusulas a nivel reglamentario, como la Directiva de Penalidades, cuya dación importa el ejercicio de una potestad administrativa reglamentaria. Esa Directiva ha sido integrada como cláusula del contrato y, por consiguiente, a su rigurosa aplicación estarán sometidas las partes contratantes.

Y también se pone de manifiesto en el orden del procedimiento establecido en la propia Directiva para la imposición de penalidades.

En cambio no se exterioriza, como lo prevé explícitamente la propia Directiva en cuanto a la declaración de la penalidad, esto es, la toma de decisión o declaración por parte de la Administración Pública sobre su imposición (declaración de voluntad

de Derecho Privado - acto jurídico privado), puesto que la propia Directiva la adscribe al ámbito del Derecho Privado.

La Resolución de Gerencia General N° 026-2015-OSITRAN de 20 de febrero de 2015 y su sustento el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015 de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

A los efectos de evaluar la Resolución de Gerencia General referida, es determinante el análisis que corresponde hacer antes del Informe que lo sustenta y que hace suyo.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que fue por iniciativa del tribunal que se requirió a OSITRAN la presentación de los anexos mencionados en el referido informe, ya en la etapa final del proceso, al comprobarse que no habían sido ofrecidos como prueba. Es significativo que las partes hayan omitido su aportación al expediente por propia iniciativa. En todo caso, es menester anticipar que, de la revisión de la numerosa documentación presentada, ha sido posible identificar varios hechos especialmente relevantes que son determinantes para definir el sentido de la decisión que adopte el tribunal respecto de las primera y segunda pretensiones principales de la demanda.

A continuación se procederá a efectuar un análisis del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN y de los oficios y demás documentos que lo integran como anexos, que han servido de sustento a la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-OSITRAN.

1.- Oficio N° 1392-2014-GSF-OSITRAN (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 51)

En este oficio de 7 de marzo de 2014, emitido por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, con sello de recepción por JNR de 10 de marzo de 2014, se hace de conocimiento de JNR la ausencia del personal de su representada, en la visita de Inspección de Operaciones realizada entre el 3 y el 5 del mes de marzo de 2014, en los tramos 01: Yurimaguas- Tarapato, 02: Torapata - Riojay 03: Rioja - Corral Quemado; periodo en el que se indica que no fue posible ubicar personal, oficina y recursos en la zona de inspección.

Conforme a la Directiva de Penalidades JNR dispone de tres (3) días para hacer sus descargos. JNR los hace a través de la Carta CE N° 099-2014 S.MIN (P) de 13 de marzo de 2014.

Según se ha analizado anteriormente, al ser la Directiva una manifestación de la potestad reglamentaria, vincula a OSITRAN a su propia normativa, en aplicación del principio de legalidad, y a JNR al encontrarse integrado dicho Reglamento al Contrato de Supervisión.

De acuerdo a la Directiva de Penalidades, numerales 6.3, 6.4 y 6.6, OSITRAN tenía un total de diez (10) días para pronunciarse. Tal pronunciamiento no se produjo. Al no haberse emitido ninguna resolución dentro del plazo estipulado, en aplicación del principio de seguridad jurídica, que acoge el principio de predictibilidad en la Resolución de Presidencia N° 072-2009-PD-OSITRAN, que aprueba la Directiva de Penalidades, y que tiene como finalidad pública o fin lícito, establecer un procedimiento formal, con plazos terminales, de consecuencias extintivas (observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad), corresponde concluir que el procedimiento ha caducado de modo irrevocable, sin ser necesario detenerse a evaluar las imputaciones formuladas por OSITRAN.

2.- Oficio N° 2573-2014-GSF-OSITRAN (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 65)

De 19 de mayo de 2014, emitido por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN con sello de recepción por JNR de 22 de mayo de 2014.

En este oficio se hace de conocimiento de JNR la ausencia del personal propuesto por JNR y le otorga tres (3) días para que haga sus descargos.

A este oficio se acompaña el Informe N° 1354-2014-GSF-OSITRAN, que contiene los siguientes documentos:

- Se reitera el Oficio N° 1392-2014-GSF-OSITRAN referido en el punto 1 anterior no obstante la caducidad operada, debiendo llamarse la atención sobre el hecho de que producida esa consecuencia, con prescindencia de que medie o no una declaración de OSITRAN en tal sentido, resultan inválidas cuantas actuaciones se realicen transcurridos los plazos.

- Oficio N° 1604-2014-GSF-OSITRAN de 28 de marzo de 2014: tiene como asunto: Demora en Revisión de Informe mensual de avance (ITM de Puentes-Diciembre 2013 (página 83 de anexos del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN).

- Oficio N° 1606-2014-GSF-OSITRAN de 28 de marzo de 2014: tiene como asunto: Demora en Revisión del Informe Valorizado - Acuerdo Ejecución de Laudo Arbitral - Zonas Inestables, correspondientes a los meses de Noviembre a Diciembre 2013. Concesiones Vial del Eje Multimodal del Amazonas Norte-IIRSA Norte (página 82 de anexos del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN).

- Oficio N° 1617-2014-GSF-OSITRAN de 29 de marzo de 2014: tiene como asunto: Entrega de Informe Pericial de las Valorizaciones de los meses Julio, agosto, setiembre y octubre 2014) - Acuerdo de Ejecución de Laudo Arbitral - Zonas

Inestables. Concesiones Vial del Eje Multimodal del Amazonas Norte-IIRSA Norte (página 81 de anexos del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN).

Los tres oficios mencionados carecen de relevancia para el presente caso, puesto que ellos no están referidos a la imputación de ausencia injustificada de personal, por lo que corresponde prescindir de su evaluación.

- Oficio N° 2199-2014-GSF-OSITRAN de 22 de abril del 2014 (anexos del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 80): carece igualmente de relevancia para el presente caso, puesto que se refiere a una solicitud de OSITRAN de una valorización de servicios de supervisión. No se ocupa de la imputación de ausencia de personal a JNR.

- Carta N° 019-2014-OSITRAN-GSF/GSJB (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 72), cursada por Gustavo Joseph Bartra, coordinador In Situ de OSITRAN desde Bagua el 9 de mayo de 2014 y dirigida a Wilfredo Becerra Silva, Jefe de Carreteras Centro y Norte - OSITRAN.

Dicha carta acompaña:

- El Informe N° 19-2014-OSITRAN-OSF/GSJB (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 73) de Gustavo Joseph Bartra, coordinador In Situ de OSITRAN de 9 de Mayo del 2014, dirigido a Wilfredo Becerra Silva, Jefe de Carreteras Centro y Norte - OSITRAN.

En el informe se concluye que ha existido ausencia de personal. Se señala la presencia continua de técnicos de campo en algunos sectores de manera permanente y presencia esporádica de personal.

Según el Informe se adjunta como medios probatorios archivos de cuadros Excel de los meses de enero, febrero y marzo de 2014.

- Carta N° 024-2014-OSITRAN-CISIN/ARMA (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 75) cursada por Aldo R. Marina Arévalo, coordinador In Situ de OSITRAN desde Moyobamba el 8 de Mayo del 2014, dirigida a Wilfredo Becerra Silva, Jefe de Carreteras Centro y Norte - OSITRAN.

Esta carta acompaña:

- El Informe N° 23-2014- GSF OSITRAN- CISIN/ARMA (anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 76-77) de 8 de mayo de 2014, que tiene

como asunto Reporte de control de personal de supervisión contratado de los meses de enero, febrero y marzo de 2014.

El informe concluye en la presencia continua de técnicos de campo en algunos sectores de manera permanente y la presencia esporádica de profesionales.

Según el Informe, se acompaña como medios probatorios archivos de cuadros Excel de los meses de enero, febrero y marzo de 2014.

- Carta N° 31-2014-COORD. IN SITU/ TPC (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 78-79) cursada por Teodoro Pérez Cuba, Coordinador In Situ Concesión IIRSA NORTE- Sector 3 de 8 de mayo de 2014, dirigida al Gerente de Supervisión y Fiscalización de Ositran. Concluye en la ausencia de especialistas profesionales de JNR:

i. Ing. Paul Bernaola Díaz

Supervisor en Hidrología y Drenaje Pluvial

ii. Ing Roxana Noriega Romero

Supervisor en Medio Ambiente

iii. Ing. Shepard Zevallos Soca

Supervisor en Seguridad y Señalización Vial.

Según el Informe, se acompañan como medios probatorios archivos de cuadros Excel de los meses de enero, febrero y marzo de 2014.

En relación con las cartas N° 019-2014-OSITRAN-GSF/GSJB (con su informe N° 19-2014-OSITRAN-OSF/GSJB, N° 024-2014-OSITRAN-CISIN/ARMA (con su informe N° 23-2014-GSF-OSITRAN-CISIN/ARMA y N° 31-2014-COORD. IN SITU/ TPC, todos los cuales acompañan el Informe N° 1354-2014-GSF-OSITRAN, que sirve de sustento al Oficio N° 2573-2014-GSF-OSITRAN, para sostener la imputación de ausencia del personal de JNR en los meses de enero, febrero y marzo de 2014, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, entendiéndose que cada cuadro excel acredita el control por un mes, al ser tres supervisiones distintas y sobre tres sectores de supervisión diferentes, en total deberían figurar como adjuntos nueve (9) cuadros Excel. No obstante, se acompañan solo tres, los que, por lo demás, resultan ilegibles (anexo N° 1, pág.69; anexo N° 2, pág.70; anexo N° 3, pág.71 del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN).

En atención a lo indicado, corresponde concluir que no es posible determinar al sector controlado de asistencia o participación de personal correspondiente, no se indica día, hora de iniciación ni hora de finalización del control realizado por OSITRAN a JNR. Tampoco figuran fotos, ni manifestaciones de testigos ni ningún otro medio probatorio que permitan otorgar certeza a lo afirmado por OSITRAN sobre el control de los meses de enero, febrero y marzo de 2014. A lo que debe agregarse que, de los tres cuadros Excel adjuntos no se puede determinar a qué sector de control corresponden.

Con arreglo a la Directiva de Penalidades, numeral 6.1, OSITRAN tiene sólo cinco (5) días hábiles, desde que detecta una falta, para comunicar el incumplimiento u omisión de alguna de las obligaciones previstas en el Contrato de Supervisión a JNR. Ese plazo habría transcurrido desde el conocimiento de la ausencia de personal de los Supervisores In Situ. Siendo laxos o permisivos la fecha a considerar sería el 31 de marzo de 2014, que sería el último día del tercer mes, puesto que los incumplimientos se habrían originado desde el mes de enero.

No obstante, OSITRAN comunica la imputación de ausencia de personal recién el 22 de mayo de 2014 a JNR, excediendo ostensiblemente los cinco (5) días hábiles que le otorga su propia Directiva, violándola, por lo que este procedimiento está igualmente afectado de caducidad de manera irrevocable.

3.- Oficio N° 4203-2014-GSF-OSITRAN (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 97)

De 5 de agosto de 2014, dirigido a JNR por Francisco Jaramillo Tarazona, Gerente de Supervisión y Fiscalización, con fecha de recepción por JNR el 6 de agosto de 2014.

Mediante el indicado oficio se le comunica a JNR la ausencia de personal de campo, indicándose que dicha ausencia fue verificada el 1 de agosto de 2014 a las 8:30 a.m.

El oficio se limita a señalar la ausencia de personal, pero no requiere descargos conforme la Directiva de Penalidades y concluye que se reserva el derecho de tomar las acciones que correspondan en su condición de Organismo Regulador.

Obra en el expediente la Carta CE N° 254-2014 S.MIN (PI) de 6 de agosto de 2014 (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 99-105) de JNR donde justifica ausencia de personal.

Como derivación del oficio mencionado, OSITRAN no inicia formalmente un procedimiento con arreglo a la Directiva de Penalidades, por lo que, habiendo transcurrido todos los plazos previstos en ella, ha operado igualmente la caducidad

respecto a eventuales imputaciones de incumplimiento contractual, con efectos irreversibles.

4.- Oficio N° 248-2015-GSF-OSITRAN (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 115)

De 15 de enero de 2015, cursado por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, con cargo de recepción por JNR S.A, el 15 de enero de 2015, donde se le comunica ausencia de personal. Se acompaña el Informe N° 119-2015-GSF-OSITRAN (anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 116-122) de 15 de enero de 2015 emitido por Daniel Avendaño Varías.

Debe señalarse que, entre los antecedentes del Informe N° 119-2015-GSF-OSITRAN, se recogen hechos que corresponden a los Oficios N° 1392-2014-GSF-OSITRAN de 10 de marzo de 2014 y anexos, N° 2573-2014-GSF-OSITRAN de 19 de mayo de 2014 y anexos y N° 4203-2014-GSF-OSITRAN, todos ellos afectados por caducidad en estricta aplicación de la Directiva de Penalidades.

Al Informe N° 119-2015-GSF-OSITRAN, en relación con la presunta ausencia de personal imputada a JNR, se acompañan los siguientes documentos:

- Carta N° 88-2014-COORD. IN SITU/ TPC (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 189) de 5 de diciembre de 2014, cursada por Teodoro Pérez Cuba, Coordinador In Situ, Concesión IIRSA Norte Sector 3, dirigida a Francisco Jaramillo Tarazona, Gerente de Supervisión y Fiscalización-OSITRAN, con sello de recepción por OSITRAN de 23 de diciembre de 2014.

En la carta indica:

“Sobre la verificación del personal de la empresa Supervisora JNR Consultores S.A. que ha cumplido servicios en el lugar de ejecución de las obras en el tramo desde Piura - Olmos hasta U P Pomahuaca durante los meses de agosto a noviembre del 2014, cuya relación se adjunta a la presente”.

Se incluye cuadros Excel de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2014 (Anexo, págs.190-193).

En este documento no se hace mención a una ausencia de personal atribuible a JNR.

- Carta N° 78-2014-OSITRAN-CISIN/ ARMA (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 169) de 11 de diciembre de 2014, cursada por Aldo R. Marina Arévalo, Coordinador In Situ, IIRSA Norte, dirigida a Wilfredo Becerra

Silva, Jefe de Carreteras Centro y Norte - OSITRAN, con sello de recepción por OSITRAN de 12 de Diciembre de 2014.

Se acompaña el Informe N° 75-2014-GSF-OSITRAN-CISIN/ARMA (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 170-171) de 10 de diciembre de 2014, emitido por Aldo R. Marina Arévalo - Coordinador In Situ, donde plantea sobre la supervisión de personal de JNR:

"El control de la presencia del personal de supervisión fue realizado mediante el recorrido continuo a lo largo del sector encomendado. La presencia de dicho personal, estuvo referida, en el período reportado, esencialmente a técnicos de campo en algunos sectores de modo permanente y a la presencia esporádica de los profesionales. El Ing. O. Apan es quien permanece con mayor regularidad en la zona".

Y concluye que remite archivos Excel del mes de noviembre de 2014.

Los cuadros Excel aparecen con el título: Participación del Personal de JNR en meses de noviembre 2014, en mes de octubre y otro del mes de noviembre de 2014 - Sector 1 de Concesión IIRSA Norte (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 172-174). En dichos Excel no se indica hora de iniciación ni terminación de la supervisión. Tampoco figuran fotos, ni manifestaciones de testigos ni ningún otro medio probatorio adicional.

Mediante Nota N° 883-2014-GSF-OSITRAN de 4 de setiembre de 2014, el Ing. Edwin Delgado Sifuentes - Supervisor de Inversiones 1, da cuenta de que en su visita a obra, en el tramo Piura - Sullana, en el Km. 10:i.8+710 de la Panamericana Norte, se percató que el Ing. José Semaque Sosa, se encontraba verificando los niveles de servicio en la calzada actual del Tramo Piura - Sullana, realizando trabajos de supervisión como personal de JNR en un tramo que no le correspondía, según la nota. No obstante, no media imputación formal de incumplimiento contractual ni de ausencia de personal.

- Carta N° 002-2015-OSITRAN-GSF/GS.IB (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 180-193) cursada desde Bagua de 13 de enero de 2015 por el Coordinador In Situ Gustavo Joseph Bartha, dirigida a Wilfredo Becerra Silva, Jefe de Carreteras Centro y Norte - OSITRAN con sello de recepción por OSITRAN el 14 de enero de 2015.

Se incluye el Informe N° 002-2015-OSITRAN-GSF/GSJB en el que, en su numeral 3.1 se refiere a la "presencia esporádica" de los profesionales como consecuencia del recorrido continuo a lo largo del sector encomendado - Sector 1, pero no que hay ausencia.

El informe va acompañado de unos cuadros Excel con el título: Participación del Personal de JNR en meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre y diciembre de 2014 (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 184-188).

Como en otros casos, en dichos cuadros Excel no se hace mención a qué sector de supervisión o control corresponden, no se indica hora de iniciación ni terminación de la supervisión. Tampoco figuran fotos, ni manifestaciones de testigos ni ningún otro medio probatorio adicional.

Debe dejarse constancia de que, si bien son mencionados, entre los documentos que debieran estar adjuntos al Oficio N° 248-2015-GSF-OSITRAN, materia de evaluación, no obran, entre las copias aportadas los siguientes, por lo que no ha resultado posible verificar su contenido y merituar su pertinencia y relevancia:

- Carta N° 42-2014-OSITRAN-CISIN/ARMA de 31 de julio de 2014, con la que el Ing. Aldo Marina Arévalo, Coordinador In Situ - IIRSA Norte, presenta su informe de control de recursos de supervisión, durante los meses de abril, mayo y junio de 2014.

- Carta N° 52-2014-OSITRAN-CISIN/ARMA de 12 de agosto de 2014, con la que el Ing. Teodoro Pérez Cubas, Coordinador In Situ - IIRSA Norte Sector, presenta su informe de control de recursos de supervisión, durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 2014.

- Carta N° 030-2014-OSITRAN-GSF/GSJB de 12 de agosto de 2015, con la que el Ing. Gustavo Joseph Bartra, Coordinado In Situ - IIRSA Norte Sector 2, presenta su informe de control de recursos de supervisión, durante los meses de abril, mayo y junio de 2014.

Otros documentos:

- Se menciona una comunicación al ingeniero Wilfredo Becerra Silva en la que se indica que en una visita a la Obra del Intercambio Vial Piura del día 12 de diciembre de 2014, no se encontró personal alguno de la empresa supervisora JNR Consultores en campo ni en sus oficinas (anexo 217 del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN).

El documento corresponde a un correo cursado por Teodoro Pérez Cubas, dirigido a Wilfredo Becerra Silva, enviado el 17 de diciembre de 2014 con el tenor siguiente:

Estimado Wilfredo,

El día de hoy en visita realizada con Daniel Avendaño a la obra del Intercambio Vial Piura de la Concesion IIRSA Norte, se pudo observar la presencia del siguiente personal del Supervisor JNR:

1. Especialista en Puentes: Ing. Luis Gambeta.
2. Especialista en Suelos y Pavimentos: Ing. José Sernaque.
3. Especialista en Impacto Ambiental: Karina Arias.
4. Topógrafo.
- S. Ayudante de topografía.

Saludos,

Como se puede comprobar, el documento es de 17 de diciembre de 2014, no de 12 de diciembre de 2014, y no hace referencia a la ausencia de personal. La información contenida en este correo no aparece respaldada por ningún otro documento, como un acta de verificación con fecha, hora de inicio y término de la visita de inspección. Tampoco está respaldada con fotos, declaraciones testimoniales u otro medio que permita corroborarla.

- Se menciona otro documento según el cual el ingeniero Daniel Avendaño Varas, en su visita a las obras ubicadas en el tramo Tarapoto - Dv. Olmos - Piura, los días 16, 17 y 18 de diciembre de 2014, efectuó dicho recorrido, sin la presencia del personal de la supervisión, logrando ubicar al Ing. Luis Gambeta, al Ing. José Sernaqué y a la Especialista Ambiental Karina Arias, recién el día 17 de diciembre en la obra del Intercambio Vial Piura (anexo 218 del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN).

Si bien se hace referencia a una ausencia de personal, la información no está respaldada por documentación fehaciente. No media un acta de verificación con fecha, hora de inicio y término de la visita de inspección. Tampoco está respaldada con fotos, declaraciones testimoniales u otro medio que permita corroborarla.

El Oficio N° 248-2015-GSF-OSITRAN de 15 de enero de 2015 fue cursado vencido el plazo de cinco (5) días hábiles de detectado el incumplimiento previsto por la Directiva de Penalidades requiriendo a JNR que presente sus descargos. Ese solo hecho es determinante para producir la caducidad del procedimiento.

JNR dio respuesta al requerimiento con su carta CE N° 099-2015 S.MIN (P) Norte de 20 de enero de 2015, esto es, dentro del plazo de tres días hábiles con el que contaba (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 172-174).

Prescindiendo por un momento de lo anterior, asumiendo que el procedimiento se hubiera iniciado oportunamente, lo cierto es que, conforme a la Directiva de Penalidades, numerales 6.3, 6.4 y 6.6, OSITRAN disponía de un total de diez (10) días para pronunciarse y emitir resolución, por lo que tenía hasta el 3 de febrero de 2015 para notificarla. Por consiguiente, puesto que la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN es de 20 de febrero de 2015 y fue notificada a

JNR el 23 de febrero de 2015, en aplicación del principio de caducidad que se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, dicho procedimiento también habría caducado de modo irrevocable.

5. Oficio N° 763-2015-GSF-OSITRAN (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 221)

De 6 de febrero de 2015, emitido por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, con cargo de sello de recepción por JNR el 6 de febrero de 2015, para lo cual adjunta y se sustenta en el Informe N° 348-2015-GSF-OSITRAN (anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 222-228) de 6 de febrero de 2015.

El Informe en cuestión reitera los Oficios N° 1392-2014-GSF-OSITRAN, N° 2573-2014-GSF-OSITRAN, N° 4203-2014-GSF-OSITRAN y N° 248-2015-GSF-OSITRAN, ya analizados, no obstante la caducidad operada, debiendo reiterarse el hecho de que producida esa consecuencia, con prescindencia de que medie o no una declaración de OSITRAN en tal sentido, resultan inválidas cuantas actuaciones se realicen transcurridos los plazos.

5. Oficio N° 763-2015-GSF-OSITRAN (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 221)

De 6 de febrero de 2015, emitido por el Gerente de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, con cargo de sello de recepción por JNR el 6 de febrero de 2015, para lo cual adjunta y se sustenta en el Informe N° 348-2015-GSF-OSITRAN (anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 222-228) de 6 de febrero de 2015.

El Informe en cuestión reitera los Oficios N° 1392-2014-GSF-OSITRAN, N° 2573-2014-GSF-OSITRAN, N° 4203-2014-GSF-OSITRAN y N° 248-2015-GSF-OSITRAN, ya analizados, no obstante la caducidad operada, debiendo reiterarse el hecho de que producida esa consecuencia, con prescindencia de que medie o no una declaración de OSITRAN en tal sentido, resultan inválidas cuantas actuaciones se realicen transcurridos los plazos.

El informe se refiere a la Carta N° 021-2015-COORD.IN SITU/TPC (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 219-220) de 4 de febrero de 2015, en la cual, el Coordinador In Situ - Sector 3 de OSITRAN, Teodoro Pérez Cubas, da cuenta a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, sobre el control de los recursos de supervisión en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de enero de 2015, informando acerca de la participación del Jefe de Supervisión y del personal profesional en obra durante el período mencionado.

En el oficio, en aplicación de la Directiva de penalidades, se le otorgó un plazo máximo de tres (3) días hábiles a JNR para que realice sus descargos.

Mediante Carta CE N° 035-2015 S.MIN (P) JNR de 10 de febrero de 2015 (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, pág. 256), JNR solicita a OSITRAN, concederle una ampliación de plazo para presentar sus descargos (tenía hasta el 11 de febrero de 2015 para hacerlo).

Por Oficio N° 922-2015-GSF-OSITRAN de 16 de febrero de 2015, OSITRAN deniega la ampliación de plazo solicitada por JNR por no encontrarse prevista ni en el Contrato ni en la Directiva.

Respecto del Oficio N° 763-2015-GSF-OSITRAN se presenta una circunstancia que lo diferencia de los anteriores, en que de manera concluyente ha operado la caducidad. En este caso particular, OSITRAN ha agrupado y sumado la ocurrencia de presuntos incumplimientos diarios de manera continuada ocurridos en un período de tiempo (enero de 2015) como sustento para la imposición de

penalidades, lo que se conoce en doctrina administrativa como infracción continuada⁶⁶.

Este proceder por parte de OSITRAN es cuestionable, en atención a lo establecido en la Directiva de Penalidades, apartado VI, PROCEDIMIENTO. De la aplicación de la Penalidad, que, en el numeral 6.1, señala lo siguiente:

"6.1 En los casos que OSITRAN detecte el incumplimiento u omisión de alguna de las obligaciones previstas en los Contratos de Supervisión celebrados con OSITRAN, la Gerencia de Supervisión correrá traslado del incumplimiento u omisión a la Empresa Supervisora involucrada, dentro de los cinco (5) días hábiles de ocurrido el hecho o, de tomado conocimiento de los mismos". (Subrayado agregado.)

Salta a la vista que, la propia Directiva de Penalidades, de manera categórica, impone el tratamiento individualizado de los presuntos incumplimientos, al utilizar las expresiones "incumplimiento u omisión". Es decir, cada vez que se detecte uno debe actuar. Se pone de manifiesto que, ocurrido el hecho o tomado conocimiento de uno que importa un incumplimiento u omisión por parte de JNR, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, tiene que correr traslado inmediato a JNR, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para recibir sus descargos.

En ningún extremo de la Directiva de Penalidades, se contempla la posibilidad de agrupar, sumar o reunir presuntos incumplimientos diarios de manera continuada y en un período de tiempo, el que perfectamente podría ser uno, dos, tres o más meses, todo ello determinado de manera absolutamente arbitraria, a exclusivo juicio de OSITRAN. Y recién sólo allí -en la oportunidad que juzgue oportuna-, el coordinador in situ tendría que poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización la situación para que corra traslado al presunto infractor y emita sus descargos (dentro de los tres días hábiles siguientes).

Proceder de este modo importa una evidente violación de la Directiva de Penalidades.

En este caso, esa forma de actuar se pone en evidencia con la citada Carta N° 021-2015-COORD. IN SITU/TPC-Coordinador In Situ-OSITRAN. Como se refirió anteriormente, en dicha carta, el Coordinador In Situ - Sector 3 de OSITRAN, Teodoro Pérez Cubas, da cuenta a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN, sobre el control de los recursos de supervisión en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de enero de 2015, informando acerca de la participación del Jefe de Supervisión y del Personal Profesional de JNR en obra

durante el período mencionado, planteando incumplimientos por día, de manera continuada en un período de tiempo que comprende todo el mes de enero.

El coordinador In Situ de OSITRAN acompaña como respaldo un cuadro Excel donde agrupa cada día de presuntos incumplimientos contractuales por ausencia de personal, en un período de tiempo: desde el día 1, primer día de incumplimiento contractual, y así sucesivamente hasta llegar a día 31 de enero de 2015, aplicando un criterio de infracción continuada o de agrupamiento de incumplimientos contractuales. A la finalización del período, recién el coordinador in SITU, arbitrariamente, decide poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN los presuntos incumplimientos.

El proceder de OSITRAN, contrario al principio de predictibilidad que se sustenta en la seguridad jurídica, es violatorio de la Directiva de penalidades, que establece plazos taxativos y extintivos, y pone en evidencia, al reunir o sumar los días de presunto incumplimiento en un período de tiempo, su intención de sustraerse a la aplicación de los plazos extintivos, para evitar que opere la caducidad.

En tanto que la Directiva de penalidades no contempla la posibilidad de agrupar presuntos incumplimientos en un determinado período de tiempo, OSITRAN, al hacerlo así, ha contravenido los alcances de dicha directiva, lo que vicia el procedimiento generado por el Oficio N° 763-2015-GSF-OSITRAN de nulidad.

Con arreglo a la Directiva de penalidades, cada acción u omisión, de manera individual -por separado-, es constitutiva de la atribución de un incumplimiento, lo que amerita la iniciación del procedimiento y su conclusión, con el dictado de la Resolución de Gerencia General por cada una de ellas, lo que determinara la imposición de las respectivas penalidades, en su caso.

En resumen, cada uno de esos presuntos incumplimientos, detectados individualmente, sin posibilidad de agruparlos, determinará el inicio de cuantos procedimientos correspondan y, darán lugar a la imposición de penalidades, comprobada la imputación.

La inválida "acumulación" de procedimientos realizada por OSITRAN

De otro lado, corresponde llamar la atención sobre un hecho singular producido a propósito de los oficios que dieron lugar al inicio de procedimientos derivados de una imputación de incumplimiento contractual (concretamente los indicados en los numerales 1, 2, 4 y 5 anteriores).

Resulta que OSITRAN, con arreglo al texto del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, sin tener en cuenta que formalmente había operado la caducidad de los procedimientos, decidió acumularlos al interior del trámite correspondiente derivado del Oficio N° 248-2015-GSF-OSITRAN de 15

de enero de 2015. Con la particularidad de que inclusive, un procedimiento iniciado con posterioridad (el originado en el Oficio N° 763-2015-GSF-OSITRAN de 6 de febrero de 2015), fue "arrastrado" a la tramitación de ese procedimiento originado en el oficio anterior de 15 de enero de 2015.

Se trata, ciertamente, de un proceder abiertamente irregular, no respaldado legalmente, máxime mediando una situación de caducidad que determina la invalidez de la prosecución de los procedimientos afectados por ella.

En la Directiva de Penalidades, siguiendo el principio de predictibilidad como manifestación del principio de Seguridad Jurídica, se plantea en el punto II. OBJETIVO lo siguiente:

"Establecer el procedimiento, requisitos, plazos, derechos y deberes que deben observarse en la aplicación y cobro de las penalidades en que incurran las Empresas Supervisoras contratadas por OSITRAN".

La aplicación de la "acumulación" planteada por OSITRAN, resulta cuestionable, puesto que el propio procedimiento regulado por la Directiva de Penalidades no regula esta posibilidad.

La figura de la acumulación se encontraba regulada en el artículo 149 de la Ley N° 27444 original, en los siguientes términos:

"La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión".

Como resulta evidente, el texto se refiere a la autoridad de instrucción, la que es propia de un procedimiento que finalizará con la emisión de un acto administrativo.

Si bien el procedimiento regulado en la Directiva de penalidades deriva de un reglamento del OSITRAN con efectos externos, dicho procedimiento, al encontrarse integrado al contrato de supervisión, está sujeto al Derecho Común, conforme resulta del texto de la misma Directiva que, en el numeral I - Generalidades, tercer párrafo, señala lo siguiente:

"Los Contratos de Supervisión que tiene celebrado OSITRAN se sujetan a las reglas del Derecho Común y, en consecuencia, su omisión o incumplimiento se sujeta igualmente a lo que en materia de inejecución de obligaciones se tiene previsto en el Derecho Privado".

Lo que no es óbice, por supuesto para que resulten de aplicación los principios regulados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General que, como Danós ha afirmado⁶⁹

"Al estar contemplados en una norma de rango legal, los principios forman parte del ordenamiento jurídico y como tales forman parte del bloque de legalidad que sirve de parámetro para las entidades estatales dotadas de potestad reglamentaria, las que al momento de dictar disposiciones administrativas de carácter general de rango subordinado a la ley deberán ajustarse a ellos".

Es decir, los principios reconocidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, son principios rectores aplicables a toda la Administración Pública como el OSITRAN, y en el marco del ejercicio de su potestad reglamentaria las entidades que la integran deben sujetarse estrictamente o subordinarse a los principios enunciados en el mencionado artículo.

Por consiguiente, la "acumulación" efectuada por OSITRAN carece de toda eficacia jurídica y constituye otro vicio que afecta de nulidad, tanto el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, como la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN que la hace suya y la integra a su texto.

Está claro que con ella (la "acumulación" realizada) no era posible legalmente "revivir" los procedimientos afectados por caducidad, los que concluyeron automáticamente una vez operada ella por efecto del incumplimiento atribuible a OSITRAN de los plazos establecidos en la Directiva de penalidades.

No debe perderse de vista que cada procedimiento estaba sometido separadamente a los plazos establecidos en la Directiva de penalidades, por lo que admitir la viabilidad de la "acumulación" realizada por OSITRAN, supondría prescindir de la aplicación de tales plazos, pretendiendo extender arbitrariamente los ya transcurridos (en el caso de los más remotos) -habiendo operado, por tanto, la caducidad respecto de ellos-, lo que, como es evidente, no resulta admisible legalmente.

Cada procedimiento debió ser objeto de una tramitación individual y concluir, cada uno, con el dictado de la correspondiente Resolución de Gerencia General, en el marco de un procedimiento que respetara escrupulosamente los plazos establecidos en la Directiva de Penalidades. Ciertamente, eso no fue lo que ocurrió en el caso de autos.

Ese hecho refuerza la invalidez tanto del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, que materializó esa fraudulenta "acumulación", como de la Resolución de Gerencia General N° 026-

2015-GG-OSITRAN de 20 de febrero de 2015, que la amparó y que fue dictada igualmente con prescindencia de los plazos establecidos en la indicada Directiva.

Finalmente, hay que indicar que el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN incorpora tres documentos que no consta que hayan sido comunicados previamente a JNR. Se trata de los siguientes:

- Carta N° 06-2015-OSITRAN-CISIN/ARMA, de 16 de enero de 2015 (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 195-202), cursada por Aldo R. Mariana Arévalo, Coordinador In Situ del Sector 1 Yurimaguas - U P Aguas Claras, que acompaña el Informe N° 04-2015-GSF-OSITRAN-CISIN/ARMA, mediante el cual, reporta la presencia del personal profesional, personal técnico y recursos de la empresa supervisora JNR, en el sector a su cargo. El documento no concluye en la existencia de ausencia de personal. Acompaña cuadros Excel de participación de personal de JNR - sector 1 de concesión IIRSA Norte, durante los meses de agosto, setiembre, octubre y diciembre de 2014.

- Carta N° 012-2014-COORD IN SITU/TPC de 16 de enero de 2015 (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 203-210), cursada por Teodoro Pérez Cubas, Coordinador In Situ del Sector 3: U P Pomahuaca, donde informa sobre la presencia del personal profesional, personal técnico y recursos de la empresa supervisora JNR, en el sector a su cargo. No concluye afirmando la existencia de ausencia de personal y adjunta cuadros Excel de los meses de julio, agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014.

- Carta N° 015-2015-O5ITRAN-G5F/G5JB (Anexo del Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN, págs. 230-255) de 9 febrero de 2015, cursada por Gustavo Joseph Bartha, Coordinador In Situ del Sector 2: U P Aguas Claras -0 U P Pomahuaca, que adjunta el Informe N° 015-2015-O5ITRAN-GSF/G5JB, sobre las actividades desarrolladas durante el mes de enero de 2015, en el cual incluye el reporte de control del personal profesional, personal técnico y recursos de la empresa supervisora JNR, en el sector a su cargo, durante el mes de enero de 2015. Adjunta un cuadro Excel de supervisión de personal del mes de enero de 2015, donde no se plantea la existencia de ausencia de personal de JNR.

Estas cartas carecen de toda eficacia legal en la medida en que los periodos a los cuales se refieren estuvieron comprendidos en los alcances de la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GGG-OSITRAN, dictada en un procedimiento en que operó la caducidad, por lo que es nula e ineficaz.

A la vista de lo desarrollado con anterioridad, que comprende el análisis conceptual del contrato, corresponde comprobar que el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015 fue formulado prescindiendo de las reglas esenciales de procedimiento establecidas en la Directiva de Penalidades.

Violando de modo flagrante las disposiciones de la Directiva en cuestión, ha respaldado el inicio de procedimientos dirigidos a la imposición de penalidades, no obstante que los plazos para hacerlo se encontraban vencidos, habiendo operado una caducidad que vicia de nulidad toda actuación posterior sobre la materia.

Sin perjuicio de ello, se aprecia que, a los efectos de plantear la imputación de ausencia de personal y supuestamente corroborarla, no se ha cuidado de sustentarla y acreditarla con información fehaciente, respaldada con prueba idónea y concluyente. La documentación evaluada, acompañada al informe, no es categórica y genera severas dudas sobre su objetividad. Se ha faltado así gruesamente al principio de la verdad material.

Parte de la documentación que aparece integrando el Informe como anexo y que en teoría lo respalda, carece de relevancia para la evaluación del objeto en discusión, por lo que no tiene justificación alguna que se haya incorporado a él.

Sobre esa base de información no idónea, la conclusión favorable del informe en el sentido de la imposición de las penalidades resulta arbitraria y contraria a la seguridad jurídica, a la predictibilidad y a la verdad material, principios esenciales a los cuales está sometida la administración, con mayor razón en el marco de un contrato en el que se optó por incorporar como contenido de él el texto de la Directiva de penalidades.

OSITRAN no respetó los plazos establecidos en la Directiva que ella misma aprobó en su oportunidad. Pero paradójicamente fue rigurosa con JNR cuando esta parte le solicitó la ampliación de un plazo que, en estricto, ciertamente no era procedente concederlo. Sin embargo, en cuanto a su propia actuación, no impuso ese mismo rigor y exigencia para cumplir escrupulosamente los plazos de inicio del procedimiento. Procedió con laxitud cuando le estaba completamente vedado hacerlo. Ello acarreó inevitablemente la caducidad de los procedimientos y determinó que su continuación en tales condiciones resultara violatoria de la ley.

El Informe -y también la Resolución de Gerencia General, por lo tanto-, ha comprendido en sus alcances procedimientos iniciados en distintos momentos, agrupándolos indebidamente ("acumulándolos"), como si estuvieran vigentes, no obstante que sobre ellos pesaba una caducidad efectivamente operada, por lo cual estaba proscrito realizar actuación alguna respecto de ellos.

Se ha violado flagrantemente la Directiva de Penalidades al no dar un trámite separado e independiente a cada uno de los supuestos incumplimientos producidos

dentro de un determinado período. Esto concretamente a propósito del procedimiento iniciado con el Oficio N° 763-2015-GSF-OSITRAN.

Igualmente se ha violado flagrantemente la Directiva de Penalidades al no dar un trámite separado e independiente a cada uno de los procedimientos generados con los oficios mediante los cuales le imputó a JNR un incumplimiento contractual. Cada uno de ellos debió concluir con el dictado de una resolución de gerencia general específica, respaldada por un informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, con respeto estricto de los plazos establecidos en la Directiva de Penalidades. Ello no ocurrió.

Por consiguiente, constituyó un proceder irregular de OSITRAN "acumular" los cuatro procedimientos iniciados reuniéndolos en el tercero. Tal "acumulación" carece de sustento legal. La Directiva de Penalidades no preveía la posibilidad de proceder así.

En atención a todo lo cual se comprueba que OSITRAN procedió contraviniendo los alcances de su propia Directiva, desconociendo abiertamente sus plazos, lo que originó irremediabilmente la caducidad de todos los procedimientos.

Por todo lo expuesto, corresponde concluir que el Informe N° 407-2015-GSF-OSITRAN de 11 de febrero de 2015 es nulo e ineficaz.

DECIMO CUARTO: Respecto de este agravio se advierte que el tribunal arbitral ha respetado el orden de prelación establecido en el numeral 3.2 de la tercera cláusula del contrato porque aplica el procedimiento regulado en la Directiva de penalidades que deriva de un reglamento del mismo OSITRAN con efectos externos, el cual, al **estar integrado al “contrato de supervisión”**, está sujeto al derecho común conforme al texto de dicha directiva que señala:

“Los Contratos de Supervisión que tiene celebrado OSITRAN se sujetan a las reglas del Derecho Común y, en consecuencia, su omisión o incumplimiento se sujeta igualmente a lo que en materia de inexecución de obligaciones se tiene previsto en el Derecho Privado”.

En consecuencia, el extremo *ii)* de la presente resolución no es de recibo debido a que el tribunal ha respetado en orden de prelación de las normas aplicables según lo pactado en el mismo contrato de Supervisión.

DECIMO QUINTO: Por otro lado, respecto de la caducidad, el tribunal arbitral concluye que OSITRAN al analizar los cinco oficios que dieron lugar al inicio de procedimientos derivados de una imputación de incumplimiento contractual, realiza el informe Nro. 407-2015-GSF-OSITRAN del 11 de febrero de 2015, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, sin tener en cuenta que formalmente había operado la caducidad de los procedimientos señalados en la Directiva de Penalidades, decidió acumularlos como si estuvieran vigentes, lo cual a criterio del Colegiado Arbitral corresponde abiertamente irregular, que no se encuentra respaldado legalmente, porque la situación de caducidad, invalida la persecución de los procedimientos afectados por ella, por lo que vicia de nulidad tanto el informe aludido como la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GSF-OSITRAN que la hace suya y la integra a su texto de manera arbitraria.

Es así, que habiendo observado el tribunal arbitral que se prescindieron de las reglas de procedimiento establecidos en la Directiva de Penalidades que la misma OSITRAN aprobó en su oportunidad, por la Resolución de Presidencia Nro. 072-2009PD-OSITRAN, al no dar trámite independiente y por separado a cada uno de los supuesto incumplimientos producidos por JNR respecto de un determinado periodo no respetando los plazos de dicha Directiva, **originó la caducidad** mencionada por el Tribunal Arbitral; por tales razones, declara fundada la primera y segunda pretensión de la demanda, lo que acarrea la nulidad del informe y directiva aludidos, siendo ello, también parte de su criterio y corresponde al fondo del asunto en cuestión, en consecuencia, este Colegiado no puede interferir en el criterio del tribunal al resolver las pretensiones de las partes en el laudo, conforme el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, por tal razón el cargo *iii*) tampoco es de recibo.

DECIMO SEXTO: Respecto al cargo *iv*) de la presente resolución, referido a los argumentos expuestos por OSITRAN donde absolvió el pliego interrogatorio, mediante su escrito de fecha 15 de marzo de 2021; dando respuesta dicho agravio, se advierte del numeral (v) del laudo, (pág. 138 del EJE), que el Tribunal Arbitral ha señalado que a lo largo del proceso las partes han podido ejercer su derecho de defensa tanto por escrito como oralmente en numerosas audiencias convocadas en el proceso arbitral, indicando posteriormente en el numeral (vi) del laudo, que ha analizado los argumentos y examinado todas las pruebas de acuerdo con las reglas de sana crítica y el **Principio de Libre Valoración de la Prueba**, recogido en el Artículo 43° de la Ley de Arbitraje; por lo que su decisión es el resultado de dicho análisis sin que necesariamente dichos argumentos y pruebas sean citadas en el laudo.

Siendo así, se advierte que el cargo materia de análisis no es de recibo dado que el tribunal arbitral tiene la **potestad de valorar libremente la prueba y el argumento de las partes que le cause convicción** y el hecho que no haya sido citado en el laudo no significa que no haya sido analizado.

Por los fundamentos antes expuestos, este Colegiado considera que corresponde declarar infundado el recurso por la causal b) del artículo 63.1 de la Ley de Arbitraje invocada.

SOBRE LA CAUSAL “C”

DECIMO SEPTIMO: En relación a la causal contenido del **literal c)** del artículo 63° de la Ley de Arbitraje, ésta comprende dos supuestos, el segundo de los cuales es el que invoca la Entidad, tal supuesto se refiere a la posibilidad de **cuestionar las actuaciones arbitrales que contravengan los acuerdos adoptados por las partes** o el reglamento arbitral que resulte aplicable o las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, de acuerdo a un orden de prelación establecido en la norma en análisis, ahora bien las contravenciones a las que alude la causal en mención **no están referidas a eventuales incumplimientos de los términos contractuales pactados entre las partes o a las normas sustantivas que regulan la materia controvertida** sino que están referidas a actuaciones arbitrales que contravengan o incumplan normas de carácter procesal pactadas o acordadas en los instrumentos normativos mencionados.

DECIMO OCTAVO: La Entidad demandante precisa que se ha configurado la causal contenida en el literal c) en los siguientes supuestos, esto es:

- v. Afectación al derecho de defensa, al acuerdo de las partes, ya que las decisiones del tribunal arbitral contenidas en el laudo

se emitieron vulnerando el acuerdo de las partes respecto el régimen aplicable al caso, pactado en su clausula tercera y octava del contrato asi como los aspectos económicos en los siguientes términos:

"(...)

CLÁUSULA TERCERA.- RÉGIMEN APLICABLE

3.1. Las partes convienen en que forman parte del presente contrato, las Bases y Términos de Referencia del Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN, así como las propuestas técnica y económica presentadas por el SUPERVISOR.

3.2. Las partes acuerdan que para efectos de la interpretación del presente contrato, el orden de prelación de los documentos mencionados en el numeral anterior será el siguiente:

- El Contrato

- Las Bases del Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN

- Los Términos de Referencia contenidos en las Bases del Procedimiento de Selección Abreviado N° 002-2013-OSITRAN, en adelante, "Los Términos de Referencia", la Propuesta Técnica y Económica presentadas por el Supervisor.

- El Contrato de Concesión.

- Decreto Supremo N° 035-2001-PCM.

- Texto Único Ordenado de las Disposiciones Complementarias para la aplicación del Reglamento para la Contratación de Empresas Supervisoras, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 031-2012-OSITRAN".

(...)

"CLÁUSULA OCTAVA.- ASPECTOS ECONÓMICOS

(...)

8.2. Los pagos serán abonados por el Concedente, en un plazo de treinta (30) días calendario, una vez que OSITRAN haya aprobado los informes correspondientes".

Denunciando que el Tribunal Arbitral no tuvo en cuenta el orden de prelación establecido en el numeral 3.2 de la clausula tercera, dado que ninguno de los documentos allí detallados estipula la nulidad de penalidades por no haber cumplido la entidad con los plazos de las actuaciones administrativas que debía realizar.

DECIMO NOVENO: Dando respuesta a dicho agravio, se debe señalar que en el laudo arbitral se ha dejado claro la Resolución de Gerencia General N° 026-2015-GG-OSITRAN, no corresponde a un Acto Administrativo, dado no se ha credo con normas de derecho público sino de derecho común al sancionar con penalidades frente a la infracción de terceros que no parte del aparato estatal sino más bien privado, Directiva creada por el propio OSITRAN, que ha regulado que los contratos de supervisión son que ha seguido el procedimiento de Penalidades, acordados por las partes en el contrato de Supervisión en el numeral 3.2 enumera el orden de prelación aplicable a las partes donde se encuentra en primer orden el mismo contrato; en ese

sentido, teniendo en cuenta que en el décimo cuarto considerando de la presente resolución, ya se ha analizado éste argumento de defensa se ha concluido que no se ha vulnerado el acuerdo de las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe señalar que el análisis de esta causal c) importa más bien una trasgresión de las actuaciones arbitrales que contravengan o incumplan normas de carácter procesal en el procedimiento arbitral pactadas o acordadas en los instrumentos normativos mencionados mas no a los **eventuales incumplimientos de los términos contractuales pactados entre las partes**, (lo cual no ha sucedido en el presente caso), pues no podría bajo el eufemismo de invocar la causal c), pretenderse que el órgano de control judicial revise la selección, interpretación y aplicación normativa efectuada por el tribunal arbitral en el caso concreto para resolver la controversia; por lo cual, no habiéndose suscitado dicha situación este extremo analizado tampoco es de recibo.

SOBRE LA CAUSAL “D”

VIGESIMO: Respecto a esta causal, cabe mencionar que el Laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que: *“El tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión”*. Asimismo, esta causal debe siempre interpretarse conjuntamente con el artículo 40 de la Ley de arbitraje, que señala lo siguiente:

“Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.”

Por ello, debe entenderse que esta causal está referida a la incongruencia por exceso (es decir, que se ha resuelto respecto de algo que no se pidió), la cual debe ser apreciada **en relación a lo**

debatido en el proceso, considerando lo alegado y discutido desde la demanda hasta la fijación de puntos controvertidos, y tomando en consideración el citado artículo 40 de la Ley de Arbitraje.

OSITRAN como argumento el siguiente agravio:

- vi)** Denuncia la afectación al derecho al debido proceso, derecho de defensa, tutela procesal efectiva, y principio de congruencia procesal, ya que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado en los considerandos del Laudo Arbitral, sobre aspectos vinculados a la caducidad del derecho y acción de OSITRÁN para aplicar penalidades a JNR CONSULTORES S.A. al haberse vencido los plazos establecidos en la Directiva de Aplicación de Penalidades, que no formaron parte de las alegaciones de las partes en sus escritos postulatorios, y por ende, tampoco fueron parte de la fijación de los puntos controvertidos, ni del debate procesal de las audiencias ni de los escritos de cierre.

VIGESIMO PRIMERO: Absolviendo la denuncia de OSITRAN, se indica que el laudo ha sido emitido con pronunciamiento *extra petita* por haber resuelto la caducidad de aplicación de penalidades emitidas por OSITRAN, en ese sentido, el demandante se confunde al cuestionar el criterio del Tribunal Arbitral para determinar la caducidad de las penalidades aplicadas al Supervisor, cuando la institución de la caducidad y su regulación en cuanto a los plazos aplicables de las pretensiones demandadas (plazos sustantivos), es la imposibilidad del derecho a controvertir jurisdiccionalmente una determinada situación jurídica instaurando un proceso arbitral.

VIGESIMO SEGUNDO: Según lo dicho y teniéndose presente el efecto de la caducidad fijado por el artículo 2003° del Código Civil, según el cual “extingue el derecho y la acción correspondiente”, es claro que el

vencimiento del plazo de caducidad no genera efectos en la dimensión puramente procesal de la relación jurídica de las partes, sino en su relación sustancial subyacente y previa, al determinar la pérdida del derecho del pretensor. De allí que no pueda considerarse a la caducidad como un mero plazo procesal preclusivo.

Por tanto, las normas que regulan la caducidad no son causal de nulidad expresamente invocada por la nulificante como causal d), sino más bien que al haber operado la caducidad de los plazos para aplicar las penalidades al supervisor, impuestos en la Resolución de Gerencia General Nro. 026-2015-GSF-OSITRAN, advertido por el tribunal arbitral del análisis de la primera y segunda pretensión arbitral, situación que, si forma parte del debate arbitral, siendo ello parte del criterio del Colegiado arbitral en su análisis, lo que no puede ser cuestionado por esta Sala Superior conforme al artículo 62 de la Ley de Arbitraje. siendo así se debe desestimar su pretensión nulificante.

Estando a lo expuesto, se advierte que los fundamentos que sustentan la demanda respecto a un pronunciamiento *extra petita* del laudo no se subsumen en la causal de anulación invocada, sino por el contrario, conllevan la intención nítida de una evaluación jurídicamente vedada en estos procesos, como es el pronunciamiento del fondo de la materia sometida a arbitraje, que se encuentra prohibida por el artículo 62° numeral 2) de la Ley Arbitral. Por lo cual estando a que es criterio del tribunal arbitral según su razonamiento declarar fundadas la primera y segunda pretensión arbitral, en consecuencia, las denuncias realizadas por OSITRAN no puede prosperar.

VIGÉSIMO TERCERO: Finalmente, es menester señalar que si bien de la demanda de anulación de laudo, se menciona que se cuestiona que el tribunal arbitral no ha analizado la cuarta pretensión de la demanda arbitral referida a que se declare “*la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento por OSITRAN constituida por JNR en cumplimiento de los términos contractuales previsto en el contrato, constituyó un acto arbitrario, ilegal y, por tanto, nulo*”; sin embargo, de los argumentos de la demanda se advierte que no se desarrolló dicho agravio, por lo que carece de objeto su análisis.

VIGÉSIMO CUARTO: A lo expuesto, debemos agregar que este Órgano Jurisdiccional puede o no estar de acuerdo con el criterio, motivación o interpretación expuesta por el Tribunal Arbitral para resolver los puntos controvertidos sometidos al proceso arbitral; sin embargo, no puede entrar a revisarlos por expresa prohibición legal, pues su revisión se limita al aspecto formal del laudo. En consecuencia, no advirtiéndose vulneración alguna al derecho constitucionalmente protegido de la demandante, a una decisión debidamente motivada, las alegaciones formuladas por la Entidad deben ser desestimadas, pues los extremos cuestionados se encuentran justificados, por tanto, el recurso de anulación de laudo arbitral deviene en infundado.

Por tales razones y de conformidad con lo establecido en el numeral 2) del artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071, esta Sala Superior resuelve:

DECISIÓN:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de Anulación del Laudo Arbitral interpuesta por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte De Uso Público – OSITRAN, basada en la **causal b), c) y d)** del numeral 1 del artículo 63 del Decreto

Legislativo N° 1071, en consecuencia, se declara **VÁLIDO** el Laudo Arbitral contenida en la resolución Nro. 68 de fecha 13 de abril de 2023, y su decisión post laudo, contenido en la resolución Nro. 73 de fecha 11 de setiembre de 2023, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Carlos Cárdenas Quirós, Omar sumaria Benavente y Rubén Nuñez Hajar, en el caso Arbitral N° 646-50-15-PUCP, seguido por JNR CONSULTORES S.A.

En los seguidos por Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte De Uso Público – OSITRAN contra JNR CONSULTORES S.A., sobre Anulación de Laudo Arbitral.

Notifíquese. – MMA/cg.

SS.

GALLARDO NEYRA

MIRANDA ALCÁNTARA

ACOSTA SANCHEZ