

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado**

**Informe sobre Expediente N° Caso Arbitral N° 1399-031-2008-CCL**

**Autor/a**

**Ian Luis Amiel Signori Gorriti**

**Código del/a alumno/a:**

20050888

**Revisor/a:**

Dr. Cesar Guzmán – Barrón Sobrevilla

**Lima, 26 de Enero del año 2021**

## **RESUMEN**

El presente caso trata de la controversia iniciada por Transportadora de gas del Perú S.A. (en adelante TGP), en contra del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM o MEM, indistintamente), por la ejecución de una carta fianza cuyo monto asciende a US\$ 2'000,000.00, otorgada como Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria en el marco de la ejecución de los Contratos de Concesión Transporte de Gas Natural por ductos de Camisea a "City Gate", así como el contrato de Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural de Camisea a la Costa. En este expediente se tratan temas de derecho civil, garantías y arbitral, con un especial énfasis en la interpretación contractual, así como el sentido, naturaleza y justificación de la cláusula penal en específico. Es la opinión de este graduando, que el expediente fue resuelto de forma correcta por el Tribunal Arbitral en Mayoría, a pesar que, como se podrá observar en el presente informe, difiera de algunos de sus argumentos, razonamientos o justificaciones. Asimismo, se apreciará que es la opinión de este graduando, que la institución de la cláusula penal se encuentra desnaturalizada en nuestro sistema jurídico y requiere una revisión urgente, habiéndose plasmado en el presente informe la opinión de este graduando en el sentido de que lo que he denominado como "la función punitivo – disuasorio", no solo nace de la cláusula penal sino que, considero, está arraigada a su propio núcleo y es parte inherente e inseparable de ella, por lo que debe ser expresamente reconocida y reivindicada en una futura revisión de esta institución, otorgando "reglas claras de juego" para que así esta institución pueda desplegar sus efectos plenos y de esta manera ayudar al tráfico jurídico de bienes y a la reducción de la carga en la administración de justicia.

## INFORME DE EXPEDIENTE ÚNICO: Caso Arbitral N° 1399-031-2008-CCL

**Materias:** Arbitraje, Contratos, Garantías.

**Expediente N°:** 1399-031-2008

**Demandante:** Transportadora de Gas del Perú S.A.

**Demandado:** Ministerio de Energía y Minas.

**Procedencia:** Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

### **INDICE:**

<b>I.</b>	<b>ABREVIACIONES:</b>	4
<b>II.</b>	<b>INTRODUCCIÓN: Resumen General:</b>	4
<b>III.</b>	<b>HECHOS RELEVANTES:</b>	5
3.1.	<b>ANTECEDENTES:</b>	5
3.2.	<b>PROCESO ARBITRAL:</b>	9
3.2.1.	<b>Etapla inicial:</b>	9
3.2.2.	<b>DEMANDA DE TGP:</b>	12
	- <i>La ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento fue indebida.</i>	13
	- <i>No se dio la intimación en mora requerida.</i>	15
	- <i>No se ha respetado los principios de proporcionalidad ni razonabilidad.</i>	16
	- <i>La penalidad además de ilegal es excesiva y desproporcional.</i>	16
3.2.3.	<b>CONTESTACION DE DEMANDA DEL MINEM:</b>	17
	- <i>El Dr. Rubio no habría contado con los textos actualizados de la cláusula 9.11.3.</i>	17
	- <i>Los Contratos son de naturaleza administrativa.</i>	17
	- <i>La interpretación del literal 9.11.3 hecha por la demandante es absolutamente errónea:</i>	18
	- <i>El MINEM ha actuado proporcional y razonablemente, y de acuerdo a los Contratos de Concesión.</i>	20
	- <i>La reducción de la penalidad no puede ni debe ser otorgada.</i>	21
3.2.4.	<b>AUDIENCIAS:</b>	22
3.2.5.	<b>Alegatos y Téngase presentes, presentados por las partes;</b>	23
	- Alegatos MINEM.	23
	- Téngase Presente TGP.	23
	- Alegatos TGP.	24
	- Tener Presente MINEM.	26
3.2.6.	<b>ACERCA DEL LAUDO ARBITRAL:</b>	26
	- <i>Respecto del primer y segundo punto controvertido; con relación a la primera pretensión Principal de TGP acerca de que se declare que existió una indebida ejecución:</i>	27

-	<i>Respecto del tercer y cuarto punto controvertido; con relación a la pretensión accesoria a la primera pretensión Principal de TGP, acerca de que como consecuencia de ampararse la pretensión principal se ordene la restitución del monto de la Garantía:</i>	29
-	<i>Respecto del quinto punto controvertido; con relación a la pretensión subordinada formulada por TGP solicitando la reducción equitativa de la penalidad ejecutada por el MINEM:</i>	29
-	<i>Respecto al sexto punto controvertido; con relación a la pretensión accesoria a la pretensión subordinada de TGP, acerca de que como consecuencia de ampararse la pretensión subordinada se restituya el monto pagado en exceso como consecuencia de la ejecución de la Garantía:</i>	31
-	<i>Respecto al sétimo punto controvertido; con relación a la segunda pretensión de TGP, acerca de que el MINEM asuma los gastos del arbitraje:</i>	31
3.2.7.	<b>ACERCA DEL VOTO PARTICULAR DEL DR. LOAYZA LAZO:</b>	31
-	<i>Respecto del primer punto controvertido; La ejecución de la penalidad fue <u>ILEGÍTIMA</u> de acuerdo a una interpretación literal, de buena fe, sistemática y funcional del numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT sub materia.</i>	33
-	<i>Respecto del segundo punto controvertido.</i>	34
-	<i>Respecto del Tercer punto controvertido.</i>	34
-	<i>Respecto del cuarto punto controvertido.</i>	35
-	<i>Respecto del quinto punto controvertido.</i>	35
IV.	<b>PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE:</b>	35
V.	<b>ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN DEL GRADUANDO:</b>	36
5.1.	¿Se puede resolver en un mismo proceso arbitral las controversias que se refieren a dos cláusulas arbitrales (dos contratos)?	36
5.2.	¿Los contratos sub Litis son contratos administrativos o civiles? Y ¿les son de aplicación las normas del código civil?	37
5.3.	¿Cómo debe interpretarse la cláusula 9.11.3 de los contratos de concesión?	41
5.4.	¿El MINEM debió intimar en mora a TGP?; ¿Qué regula el literal 16.2.2. de los Contratos BOOT?	44
5.5.	¿Ha existido incumplimiento por parte de TGP?	47
5.6.	¿La ejecución la penalidad representada en la carta fianza efectuada por el MINEM fue indebida?	48
5.7.	¿El MINEM vulneró los principios de proporcionalidad y razonabilidad con su actuar?	49
5.8.	¿se encontraba el MINEM habilitado para resolver los Contratos BOOT en función del incumplimiento atribuido a TGP?	51
5.9.	¿Ante qué tipo de cláusula penal o penalidad nos encontramos?	53
5.10.	¿Se debía aplicar la reducción de la penalidad ejecutada por el MINEM a TGP por ser “manifiestamente excesiva”?	59
VI.	<b>CONCLUSIONES:</b>	62
VII.	<b>ANEXOS:</b>	64
VIII.	<b>Bibliografía</b>	65

## **I. ABREVIACIONES:**

- 1.1. Transportadora de Gas del Perú S.A --- en adelante "TGP"
- 1.2. Ministerio de Energía y Minas --- en adelante "MINEM" o "MEM", indistintamente.
- 1.3. Contrato BOOT de Concesión de Transporte de Gas Natural por ductos de Camisea al "City Gate"----- en adelante "Contrato BOOT al City Gate" o "Contrato de Transporte de Gas", o "Contrato de Gas", indistintamente.
- 1.4. Contrato BOOT de Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural de Camisea a la Costa----- en adelante "Contrato BOOT a la Costa", "Contrato de Transporte a la Costa" o "Contrato de Transporte de Líquidos", o Contrato de Líquidos", indistintamente. Y conjuntamente con el anterior, como "los contratos BOOT", "los contratos de concesión", Indistintamente.
- 1.5. Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria----- en adelante "la Garantía Complementaria" o "la garantía" o "la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria", indistintamente.
- 1.6. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima --- en adelante "el Centro de Arbitraje" o "el Centro", indistintamente.
- 1.7. Laudo en mayoría de fecha 20 de agosto del 2008 --- en adelante el "Laudo", "Laudo en mayoría".
- 1.8. Voto particular de fecha 20 de agosto del 2008, emitido por el Dr. Alberto Loayza Lazo--- en adelante, "el voto particular", el "Voto singular", el "Voto del Dr. Loayza".
- 1.9. Constitución Política de la República del Perú de 1993 ----- en adelante "la Constitución"
- 1.10. Ley N° 26572; Ley General de Arbitraje ----- en adelante "LGA", "Ley General de Arbitraje" o la "antigua ley arbitral", indistintamente.
- 1.11. Decreto legislativo N° 1071: Decreto legislativo que norma el Arbitraje ----- en adelante, "Ley de Arbitraje", el Decreto Legislativo que norma el arbitraje", el "D.Leg. 1071", la "actual ley de arbitraje", etc.
- 1.12. Código Civil de 1984 ----- en adelante "CC" o "código civil" indistintamente.
- 1.13. Decreto Supremo----- en adelante "DS"
- 1.14. Artículo ----- en adelante "art."
- 1.15. Inciso ----- en adelante "inc."
- 1.16. Página----- en adelante "Pp."

## **II. INTRODUCCIÓN: Resumen General**

El presente caso trata de la controversia iniciada por Transportadora de gas del Perú S.A. (en adelante TGP), en contra del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM o MEM, indistintamente), por la ejecución de una carta fianza cuyo monto asciende a US\$ 2'000,000.00 (DOS MILLONES CON 00/100 DÓLARES AMERICANOS).

A través de un proceso arbitral, TGP demanda la declaración de la indebida ejecución de dicha carta fianza como penalidad contractual, surgida del contrato BOOT de Concesión de Transporte de Gas Natural por ductos de Camisea a "City Gate"; así como el contrato de Concesión de

Transporte de Líquidos de Gas Natural de Camisea a la Costa, suscrito por las partes en diciembre del año 2000. Como consecuencia de dicha declaratoria solicita la devolución de lo pagado más intereses y en caso no se ampare su pretensión principal, solicita la reducción del monto de la penalidad por el que se habría ejecutado dicha carta fianza, y la subsecuente devolución de lo pagado en exceso, más los intereses legales correspondientes. Todo ello, debido a que el MINEM, no debió haber ejecutado la carta fianza ya que, alega su empresa, no habría incurrido en incumplimiento sino en un retraso que no causó daños al MINEM siendo extremadamente gravoso su actuar.

Por su parte, el MINEM afirma que sí se habría producido un incumplimiento a las obligaciones de TGP que se encontraban garantizadas por la carta fianza, ejecutada; que dicha ejecución se ha dado conforme a los lineamientos establecidos en los contratos antes citados, y que su actuar no ha sido ni desproporcionado ni extremadamente gravoso, sino por el contrario, bastante razonable.

El Presente caso, fue resuelto por un Tribunal Arbitral, nombrado de conformidad con los Contratos de Concesión, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a través del Laudo de en mayoría declarando INFUNDADAS las pretensiones sin condena de costas ni costos para ninguna de las partes y un voto particular que declaraba la indebida ejecución de la carta fianza, y como consecuencia de ello, otorgaba la devolución del monto de la carta fianza, dejando constancia de los motivos de su separación del Laudo, ambos de fecha 20 de agosto del 2008.

En los siguientes acápite se ofrece el detalle de los antecedentes del caso, del surgimiento de la controversia y del proceso seguido ante el Tribunal Arbitral; así como el análisis de los problemas jurídicos, de la posición del graduando y las conclusiones a las que se arriba.

Sin perjuicio de ello, se deja sentado que el presente expediente fue elegido, no solo debido a la riqueza de temas civiles/arbitrales que toca y que se han identificado al inicio del presente documento dando espacio a un interesante debate, sino por un especial interés que encuentro en la institución de la cláusula penal, y como ha sido el tratamiento de este pacto de pena privada, en el código civil y por la doctrina especializada, llegándose incluso a negar una de los que creo no solo es una de sus funciones más útiles, sino una característica intrínseca y determinante, como lo es, en opinión de este graduando, la función punitivo - disuasorio que no solo nace de la cláusula penal sino que considero está arraigada a su propio núcleo y que es parte inherente e inseparable de ella.

### **III. HECHOS RELEVANTES:**

#### **3.1. ANTECEDENTES:**

##### **3.1.1. ACERCA DE LOS CONTRATOS DENOMINADOS "CONTRATO BOOT DE CONCESIÓN DE TRANSPORTE DE GAS NATURAL POR DUCTOS DE CAMISEA AL "CITY GATE" EN LIMA Y DEL**

**CONTRATO DENOMINADO “CONCESIÓN DE TRANSPORTE DE LÍQUIDOS DE GAS NATURAL  
POR DUCTOS DE CAMISEA A LA COSTA”**

- 3.1.1.1. Luego de haberse llevado a cabo un proceso de licitación internacional por parte del Estado Peruano, por el Comité Especial del Proyecto Camisea, se otorgó la buena pro a las empresas que en consorcio (Pluspetrol, Graña y Montero, SK Corp y Sonatrach), luego constituyeron la empresa TGP. Así, con fecha 6 de diciembre del 2000, mediante Resolución Suprema N° 101-2000-EM se otorgó a TGP la buena pro de la Concesión de Transporte de Gas Natural por Ductos de Camisea al City Gate en Lima y se aprobó el Contrato BOOT al City Gate a suscribirse entre esta y el Estado Peruano; siendo que la firma, se da el 09 de diciembre del 2000 entre TGP y el MINEM en representación del Estado Peruano.
- 3.1.1.2. Asimismo, con fecha 6 de diciembre del 2000, mediante Resolución Suprema N° 102-2000-EM se otorgó a TGP la buena pro de la Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural por Ductos de Camisea a la Costa y se aprobó el Contrato de Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural por Ductos de Camisea a la Costa a suscribirse entre esta y el Estado Peruano; siendo que la firma, se da el 09 de diciembre del 2000 entre TGP y el MINEM en representación del Estado Peruano.
- 3.1.1.3. Por último, con fecha 9 de diciembre del 2000, también se suscribieron cuatro cláusulas adicionales a los contratos, los cuales modificaron algunas de las cláusulas contractuales; siendo de especial relevancia la Segunda Cláusula Adicional, que modificó entre otras cláusulas, la cláusula 9.11, viniendo a ser de especial interés la modificatoria de la cláusula 9.11.3<sup>1</sup>
- 3.1.1.4. El objeto de estos Contratos de concesión, se encuentra plasmado en la Cláusula PRIMERA de cada contrato, los cuales establecieron lo siguiente, respectivamente:

**CLÁUSULA 1**

**OBJETO**

- 1.1 El Contrato tiene por objeto establecer los derechos y obligaciones de las Partes y estipular las normas y procedimientos que regirán entre éstas para el diseño, suministro de bienes y servicios, y construcción del Sistema de Transporte de Gas, la Explotación de los Bienes de la Concesión y la transferencia de los Bienes de la Concesión al Estado al producirse la Caducidad de la Concesión por cualquiera de las causales descritas en la Cláusula 21.1, en concordancia con el Artículo 45° del Reglamento.
- 1.2 La Sociedad Concesionaria se obliga a diseñar, suministrar bienes y servicios y construir las Obras Comprometidas o Red de Transporte de Gas, las que deberán estar en aptitud de atender la Capacidad Mínima referida en la Cláusula 3.1. Tratándose de las Obras Comprometidas Iniciales, su ejecución deberá realizarse en los plazos incluidos en el cronograma referido en la Cláusula 3.2.2.a. Por el Servicio de Transporte de Gas brindado a través de la Red de Transporte de Gas, la Sociedad Concesionaria cobrará la Tarifa Regulada, determinada sobre la base de la Oferta<sub>2</sub> Económica.

---

<sup>1</sup> Es imperativo hacer mención, a esta modificatoria, ya que uno de los problemas centrales del expediente bajo comentario, reside en la interpretación de dicha cláusula.

<sup>2</sup> Página 18 del Contrato de Transporte de Gas

## CLAUSULA 1

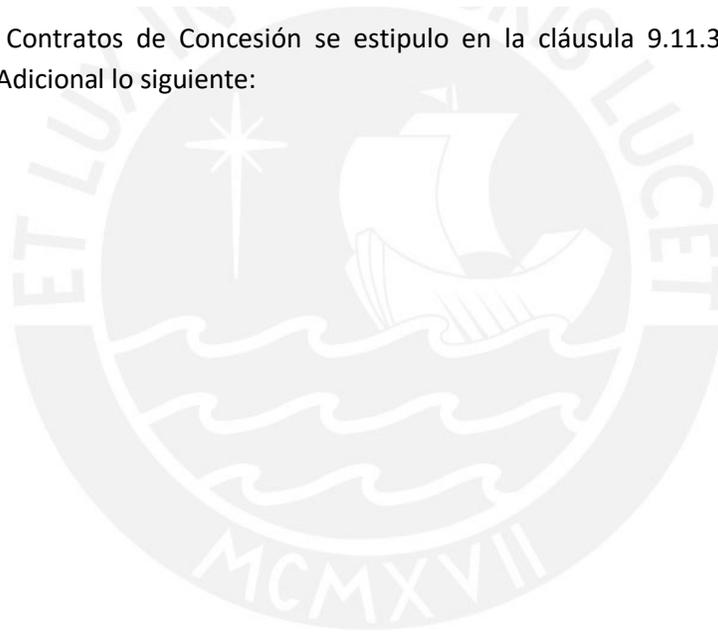
### OBJETO

1. Contrato tiene por objeto establecer los derechos y obligaciones de las Partes y estipular las normas y procedimientos que regirán entre éstas para el diseño, suministro de bienes y servicios del Sistema de Transporte de Líquidos, la Explotación de los Bienes de la Concesión y la transferencia de los Bienes de la Concesión al Estado al producirse la Caducidad de la Concesión por cualquiera de las causales descritas en la Cláusula 21.1, en concordancia con el Artículo 45° del Reglamento.

Sociedad Concesionaria se obliga a diseñar, suministrar bienes y servicios y construir las Obras Comprometidas, las que deberán estar en aptitud de atender la Capacidad Garantizada, conforme a los parámetros que rigen la variación del Costo de Servicio de Transporte de Líquidos, el que es detallado en el desgagado de la Oferta Económica (Anexo N° 12a). Por el Servicio de Transporte de Líquidos prestado a través de las Obras Comprometidas, la Sociedad Concesionaria cobrará la Tarifa determinada según la Cláusula 14, que permita la recuperación del Costo de Servicio para el Transporte de Líquidos

3. La Sociedad Concesionaria deberá cumplir con las disposiciones sobre libre acceso, de conformidad con el Reglamento.

3.1.1.5. En dichos Contratos de Concesión se estipulo en la cláusula 9.11.3 modificada por la Segunda Cláusula Adicional lo siguiente:



<sup>3</sup> Página 15 del Contrato de Transporte de Líquidos.

9.11.3 A fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a partir de la Puesta en Operación Comercial derivadas del Contrato y las del contrato de concesión de Transporte de Líquidos suscritos por la Sociedad Concesionaria simultáneamente, así como las obligaciones que las Leyes Aplicables imponen a la Sociedad Concesionaria como titular de la Concesión y de la concesión de Transporte de Líquidos, la Sociedad Concesionaria, de conformidad con el Artículo 28° del TUO, deberá entregar al Concedente, en la Puesta en Operación Comercial la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria que será emitida en los términos del modelo del Anexo N° 3b, por un Banco Extranjero de Primera Categoría, confirmada por un banco local incluido en el Apéndice 3 de las Bases y pagadera en el Perú, o por un banco local incluido en el Apéndice 3 de las Bases, en cuyo caso el modelo a considerar será el del Anexo N° 3d. La garantía aquí referida es la misma garantía que la Sociedad Concesionaria debe entregar de conformidad con el otro contrato de concesión antes mencionado. El monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria será de US \$ 2'000,000.00 (dos millones y 00/100 Dólares) y sólo garantizará las obligaciones de la Sociedad Concesionaria derivadas del Contrato y

del contrato de concesión de Transporte de Líquidos, y las que las Leyes Aplicables le imponen como titular de la Concesión.

La Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria podrá ser emitida por plazos no menores a dos (2) años y deberá mantenerse vigente desde la fecha de su entrega al Concedente hasta noventa (90) días calendario posteriores a la fecha de vencimiento del Plazo del Contrato.

La Sociedad Concesionaria deberá renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria con una anticipación no menor a treinta (30) días calendario a su vencimiento, de tal manera que el Concedente cuente siempre con una Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria vigente desde la Puesta en Operación Comercial hasta noventa (90) días calendario posteriores al vencimiento del Plazo del Contrato. El incumplimiento a esta obligación será sancionado con la ejecución total de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, pudiendo el Concedente resolver el Contrato, conforme a la Cláusula 21.1.c.10. Para la ejecución referida bastará que haya vencido el plazo para la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, sin haberse presentado al Concedente la renovación de la misma.

3.1.1.6. Es menester hacer notar que si bien existen dos cláusulas 9.11.3 y dos cláusulas denominadas "Segunda Cláusula Adicional"<sup>4</sup> que modificaron dichas cláusulas contractuales; las diferencias entre una y otra son referencias a estos contratos de concesión vinculados o conexos, y al literal de una cláusula de resolución, siendo esta la 21.1.c.10 en el Contrato de Gas y el literal 21.1.c.9 en el caso del Contrato de Líquidos. Siendo estas diferencias nominales y no sustanciales, por lo que tenerlas como una disposición, más aun cuando vemos que ese fue su cometido, no deberá producir ningún traspié.

<sup>4</sup> Si bien esta Segunda Cláusula adicional solo se circunscribiría al Contrato de Gas, ambas partes, así como el Tribunal en su conjunto, han tomado como texto final y modificatorio de AMBOS contratos, lo estipulado en esta Segunda Cláusula Adicional; por lo que, para no repetir el contenido de las cláusulas, se pondrá esta modificatoria final, como la cláusula 9.11.3 que está bajo discusión en el expediente materia del presente informe debiendo tenerse presente las salvedades anotadas.

- 3.1.2. Así, con la finalidad de garantizar el debido cumplimiento o válgame la redundancia, el fiel cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los contratos BOOT, una vez que ocurriera la puesta en operación comercial; con fecha 19 de agosto del 2004, en fiel cumplimiento de lo pactado, TGP entregó al MINEM la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, la cual se constituyó en la Carta Fianza N°D193-502719, por la suma de US\$ 2'000,000.00 (DOS MILLONES DE DÓLARES AMERICANOS) emitida por el Banco de Crédito del Perú cuyo plazo de vencimiento era el 19 de agosto del 2006 y de conformidad con lo pactado por las partes en el Cláusula 9.11.3<sup>5</sup>, tenía un plazo máximo para ser renovada que vencía el 19 de julio del 2006.
- 3.1.3. Sin embargo, es recién con fecha 01 de agosto del 2006, mediante Carta N° TGP/GELE/INT-1899-2006, con Registro de ingreso en el MINEM como Carta N° 1622371<sup>6</sup>; que TGP presentó al MINEM la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, con fecha de vencimiento al 20 de agosto del 2008.
- 3.1.4. Sin perjuicio de ello el MINEM, con fecha 17 de agosto del 2006, ejecutó la Garantía Complementaria constituida por la carta N° D193-502719, siendo este un hecho indiscutido por las partes.
- 3.1.5. Como respuesta TGP envió la Carta N° TGP/GELE/INT-1957-2006, con fecha 17 de agosto del 2006, con la cual manifestaron al MINEM su desacuerdo con la ejecución de la carta fianza, adjuntaron la Carta N° D193-636972<sup>7</sup>; y dieron inicio al Plazo de Trato Directo entre las partes para buscar la solución a la controversia suscitada por la ejecución antes mencionada; ante lo cual el MINEM, alegando dar cumplimiento a lo señalado en la cláusula 16 de los contratos, notificó a TGP mediante comunicación Oficio N° 873-2006-EM/DGH de fecha 29 de Agosto del 2006, que habían procedido a ejecutar la carta fianza por el incumplimiento de TGP, en cumplimiento de la cláusula 9.11.3. del Contrato de Concesión, acusan recibo de la comunicación de TGP antes mencionada y la nueva Carta Fianza recibida, y proponen fecha para la reunión de trato directo.
- 3.1.6. Por ello, de conformidad con lo Pactado en la cláusula 18 de ambos contratos BOOT, se procedió al Trato directo, siendo que con fecha 8 de Septiembre del 2006 las partes se reunieron, pero no llegaron a ningún acuerdo, levantándose el acta respectiva y definiendo la controversia como una de carácter "No-Técnico", quedando el derecho de las partes expedito para ser objeto de arbitraje si así lo requiriesen.

## **3.2. PROCESO ARBITRAL**

### **3.2.1. Etapas iniciales:**

- 3.2.1.1. Mediante escrito de fecha 12 de marzo del 2008 TGP interpone una solicitud de arbitraje ante el Centro de Arbitraje, solicitando el inicio de un proceso arbitral, sometiéndose expresamente al reglamento del centro y solicitando la conformación de un tribunal conformado

---

<sup>5</sup> Entiéndase, la cláusula 9.11.3 modificada por la Segunda Cláusula Adicional, siendo ese su texto final.

<sup>6</sup> Es importante mencionar este dato, ya que el Dr. Loayza Lazo en su voto Singular, así como las partes, han identificado este documento, con el número de ingreso y no con el rotulado que se le dio al inicio del documento, es decir el código TGP/GELE/INT-1899-2006.

<sup>7</sup> Esta Carta N° D193-636972, es una nueva carta fianza emitida por el Banco de Crédito del Perú, ante la ejecución llevada a cabo por el MINEM; recepcionada por este último, el 17 de agosto del 2006 y con fecha de vencimiento el 20 de Agosto del 2008.

por tres árbitros, procediendo a designar como árbitro que deberá conformar el Tribunal, al Dr. Alberto Loayza Lazo, en contra del MINEM, por la "indebida e ilegal" ejecución de la Carta Fianza D193-502719 emitida como Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria de conformidad con los alcances de los literales 9.11.3 de los Contratos de Concesión; por lo que en salvaguarda de sus derechos, habiéndose llevado a cabo el procedimiento de trato directo previsto en la cláusula 18 de los contratos de concesión, solicitan la devolución de lo pagado o en su caso la reducción de la penalidad y lo que vendría a haber sido pagado en exceso, lo que solicitan en esta vía de conformidad con la cláusula 16.3 y 18 de los contratos de concesión, con el siguiente tenor:

### Cláusula 16.3

#### 6.3 Penalidades

El incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria contenidas en el Contrato y resumidas en el Anexo N° 8, motivará la aplicación de las penalidades indicadas en el referido anexo.

Las disputas o controversias que pudieran surgir de la aplicación de las penalidades indicadas en el Anexo N° 8 que se apliquen de conformidad con esta Cláusula se resolverán en trato directo o mediante el procedimiento establecido en la Cláusula 18.

8

## CLÁUSULA 18

### SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)

18.4 Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

- (i) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea superior a diez millones de Dólares (US\$ 10'000,000.00) o su equivalente en moneda nacional, o que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero, o aquellas en las que las Partes no estuvieran de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias

(...)

<sup>8</sup> Lamentablemente, al trasladar las páginas de pdf a imagen para ingresarlas al presente documento, hay pérdida de información, lo cual ha sido inevitable en este caso es la cláusula correcta, solo se pierde el número.

- (ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a millones de Dólares (US\$ 10'000,000.00), o su equivalente en moneda nacional, s resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Parte someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria la Ley N° 26572, Ley Gen de Arbitraje.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará a un árbitro y el tercero será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal Arbitral. Si los dos árbitros llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la fecha de recepción de respectivo pedido de nombramiento hecho por la parte contraria, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima a pedido de la otra parte.

- 18.5 Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. En consecuencia, las Partes renuncian a los recursos de apelación, casación o cualquier otro recurso impugnatorio contra el laudo arbitral declarando que este será obligatorio, de pleno cumplimiento y de ejecución inmediata.
- 18.6 Durante el desarrollo del arbitraje las partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida en que sea posible incluso en aquellas materias del arbitraje. Si materia de arbitraje fuera el cumplimiento de obligaciones garantizadas con la Garantía de Cumplimiento, si fuera aplicable, quedará en su pleno vigor el laudo respectivo y tal garantía no podrá ser ejecutada y deberá ser mantenida vigente durante el procedimiento arbitral.
- 18.7 Todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia Técnica, o No Técnica, incluyendo los honorarios del Experto o de los Árbitros que participen en la resolución de una Controversia, serán cubiertos por la Parte vencida, salvo que el Experto o los Árbitros decidieran otra cosa. Se excluye de lo dispuesto en esta Cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual.
- 18.8 La Sociedad Concesionaria renuncia de manera expresa, incondicional e irrevocable a cualquier reclamación diplomática.

9

- 3.2.1.2. Mediante escrito de fecha 28 de marzo del 2008, el MINEM absolvió la petición, aclarando que ellos no han actuado de forma ilegítima o ilegal como "forzadamente" intenta hacer ver TGP, sino por el contrario, se "actuó conforme a lo establecido en los Contratos de Concesión, lo cual se manifestó en la correcta ejecución de la Carta Fianza N° D193-502719.". Asimismo, procedieron a nombrar al Dr. Natale Amprimo Plá como árbitro que deberá conformar el Tribunal, sometiéndose al Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje y precisando que de acuerdo al literal 18.4 (antes

---

<sup>9</sup> Extractos de la cláusula 18 de los contratos de concesión, páginas 50 a la 53 del Contrato de Transporte de Gas y páginas 44-46 del Contrato de Transporte de Líquidos (lamentablemente, al trasladar las páginas de pdf a imagen para ingresarlas al presente documento, hay pérdida de información, lo cual ha sido inevitable.

citado en este documento), el plazo máximo para la emisión del Laudo es de 60 días desde la instalación del Tribunal.

3.2.1.3. Con fecha 24 de abril del 2008, el Centro de Arbitraje informo al Dr. Eduardo Barboza Beraún que había sido designado como presidente del Tribunal por los Dres. Amprimo y Loayza; cargo que fue aceptado el 28 de abril del 2008.

3.2.1.4. Luego de un par de reprogramaciones, con fecha 07 de Julio del 2008, se llevó a cabo la instalación del Tribunal Arbitral; llevándose a cabo la audiencia de instalación quedando definido el arbitraje, como uno Nacional, de Derecho, designado como secretario el Dr. Álvaro Aguilar Ojeda. Asimismo, las partes acordaron que será de aplicación las disposiciones contenidas en el Convenio Arbitral, el Acta bajo comentario, el reglamento del Centro, y la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) para la resolución de la controversia, dejándose constancia que dejan al Tribunal la facultad de resolver a su entera *“discreción, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 33° y 34 de la ley N° 26572 y por el art. 31 del reglamento”*. Asimismo, las partes se someten al Reglamento del Centro y a su administración; Dejándose expresa constancia que se modifican los plazos del reglamento y se fija un plazo máximo para laudo de 60 días de conformidad con lo pactado en los contratos.

### 3.2.2. DEMANDA DE TGP:

3.2.2.1. Con fecha 11 de julio del 2008, TGP presento su demanda (que corre como anexo 7 del presente informe), en la que solicitó se declaren fundadas las siguientes pretensiones que escaneo en el presente documento, siendo que a continuación de estas, se detallarán de forma resumida, los principales argumentos de TGP para amparar sus pretensiones:

**PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, solicitamos a vuestro Tribunal Arbitral que declare que existió una indebida ejecución, por parte del Ministerio de Energía y Minas, de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria representada por la Carta Fianza N° D193-502719, emitida por el Banco de Crédito del Perú, con fecha 19 de agosto de 2004, por la suma de US\$ 2'000,000.00, la misma que fuera constituida en cumplimiento de lo establecido en las Cláusulas 9.11.3 de los Contratos BOOT<sup>1</sup>. La indebida ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, conforme abundaremos en los Fundamentos de Hecho y de Derecho, se configura en razón a que, entre otros: (i) El MEM no se encontraba legitimado a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, en razón a que no se encontraba en el supuesto establecido en los acápites 9.11.3 de los Contratos BOOT (ii) La ejecución se llevó a cabo sin antes haberse constituido en mora a nuestra empresa, conforme lo dispone los acápites 16.2.2 de los Contratos; por tanto, no se podía alegar el incumplimiento y mucho menos ejecutar la penalidad sin la respectiva intimación en mora.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, como consecuencia de ampararse la pretensión principal, **solicitamos a vuestro Tribunal Arbitral, se sirva ordenar la restitución del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria** representada por la Carta Fianza N° D133-502719, más los intereses legales que se hubieran devengado desde a fecha de a ejecución a la fecha de la efectiva restitución.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA** Que, en la eventualidad de que la pretensión principal planteada en e Petitorio de la Demanda sea Desestimada, **solicitamos a vuestro Tribunal Arbitral que al amparo de o establecido en e artículo 1346° del Código Civil, ordene la reducción equitativa de la penalidad ejecutada por el Ministerio de Energía y Minas en atención a lo establecido en las Cláusulas 9.11 y Anexo N° 8 de los Contratos, en virtud a que no se aplicó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sobre los que detallaremos en los Fundamentos de Derecho de nuestra Demanda.** En efecto, al ejecutarse la Garantía de Fiel Cumplimiento, el MEM aplicó a máxima sanción a nuestra empresa, a sabiendas que no existió ningún daño ni afectación generado como consecuencia del retraso en el plazo de presentación de la nueva carta fianza, toda vez que no existió ningún periodo de tiempo en el cual el Concedente no haya contado con una garantía vigente.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA:**

Que, como consecuencia de ampararse la pretensión subordinada, **solicitamos a vuestro Tribunal Arbitral se sirva disponer la restitución del monto pagado en exceso como consecuencia de la ejecución de la penalidad establecida en las Cláusulas 9.11.3 y Anexo N° 8 de los Contratos, más los intereses legales que se hubieran devengado desde la fecha de la ejecución a la fecha de la efectiva restitución.**

10

**PRINCIPALES ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA POSICION DE TGP:**

***La ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento fue indebida***

3.2.2.2. Como primer argumento para sustentar sus pretensiones, TGP señala que, de conformidad con los alcances de la cláusula 9.11.3 antes citada, en especial atendiendo a lo señalado en su tercer y cuarto párrafo, la función de la cláusula es asegurar que el concedente (léase, el MINEM),

---

<sup>10</sup> Escaneo de las páginas 2 y 3 de la demanda de Transporte de Gas (lamentablemente, al trasladar de pdf a imagen, hay pérdida de información, lo cual ha sido inevitable).

*“cuenta siempre con una Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria Vigente”*, no bastando para la ejecución de esta, el vencimiento del plazo para renovación sin que esta se haya renovado efectivamente, sino que además, requería que dicha ejecución se dé PREVIAMENTE a que TGP presentara una nueva renovación, no importando si esta se dio posterior al plazo fijado en la cláusula 9.11.3. Es decir, el MINEM, solo podía ejecutar la garantía en el plazo en el que se haya vencido los 30 días previos al vencimiento (valga la redundancia) de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, y antes de que TGP haya presentado una renovación.

- 3.2.2.3. Sustenta esto en una interpretación *“sistemática de la norma aplicando el método jurídico contrario sensu”* de los párrafos tercero y cuarto de la cláusula 9.11.3 bajo comentario, en especial en la oración que se resalta a continuación:

**La Sociedad Concesionaria deberá renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria con una anticipación no menor a treinta (30) días calendario a su vencimiento, de tal manera que el Concedente cuente siempre con una Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria vigente desde la Puesta en Operación Comercial hasta noventa (90) días calendario posteriores al vencimiento del Plazo del Contrato. El incumplimiento a esta obligación será sancionado con la ejecución total de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, pudiendo el Concedente resolver el Contrato, conforme a la Cláusula 21.1.c.10. Para la ejecución referida bastará que haya vencido el plazo para la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, sin haberse presentado al Concedente la renovación de la misma.**

- 3.2.2.4. Poniendo especial énfasis en que el hecho detonador del derecho de al cobro del MINEM, es la no presentación, pero solo en el plazo en el que todavía ocurra el “sin haberse presentado al Concedente la renovación de la misma”, dejando clara su posición a través de su escrito que esta oración, determina que la aplicación de la penalidad, es decir la ejecución de la carta fianza, para el caso concreto, solo se podría dar en ese lapso de tiempo; por ello a entender de TGP, **el MINEM NO SE ENCONTRABA FACULTADA PARA EJECUTAR** la garantía, **SOLO** podría haber ejecutado en el plazo entre los 30 días antes del vencimiento y el momento anterior a la presentación de la renovación.

- 3.2.2.5. Para reforzar su argumento, señala que TGP cumplió con presentar la renovación<sup>11</sup> de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, antes de la ejecución de la misma, y antes del vencimiento de la que fuese renovada por lo que SIEMPRE conto con una garantía vigente. Lo cual se condice, alega, con el espíritu de la norma contenida en el art. 28 del TUO del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que establece que *“(...) el adjudicatario deberá prestar garantía suficiente que asegure la correcta ejecución de la obra y prestación del servicio y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes (...)”*, debiendo interpretarse que la intención común fue claramente la antes anotada, más aun teniendo en cuenta que la *“norma en mención no establece ningún supuesto de penalidad por no proceder a la renovación de garantía (...) sino que simplemente exige que siempre se cuente con una garantía vigente”*

<sup>11</sup> Carta de fecha 1 de agosto del 2006; recordemos que las partes y los Árbitros la han identificado con el número de ingreso y no con el rotulado que se le dio al inicio del documento, es decir el código TGP/GELE/INT-1899-2006.

### ***No se dio la intimación en mora requerida***

3.2.2.6. Asimismo, como segundo argumento, y sin perjuicio de lo antes señalado, señala que el MINEM tampoco ha cumplido con intimarlos en mora, lo cual alegan sería condición *sine qua non* para poder proceder con la ejecución de la penalidad. Ello, toda vez que, según alegan, es un requisito establecido en el contrato, en el literal 16.2.2. que dice:

**16.2.2 La aplicación de la penalidad no eximirá a la Sociedad Concesionaria del cumplimiento de la obligación respectiva. A tal efecto, y siempre que el incumplimiento no conlleve la Caducidad de la Concesión, al notificarse a la Sociedad Concesionaria la penalidad, se le exigirá el cumplimiento de la obligación materia de incumplimiento dentro del plazo que se estipule en la comunicación respectiva.**

3.2.2.7. Al respecto señala que, la ejecución de la Carta Fianza hecha el 17 de Agosto del 2006 por parte del MINEM ha sido hecha ***“sin mediar la intimación en mora previa contemplada en la Cláusula 16.2.2.2°”***, y señalando que de la lectura de los Contratos de Concesión no referencia alguna a mora automática para el incumplimiento de sus obligaciones, por lo que se requeriría la intimación; manifestando que ***“recién”*** el MINEM les puso en conocimiento la ejecución el 29 de Agosto del 2007.

3.2.2.8. Se debe aplicar el art. 1333 del CC que manda la mora por intimación, fuera de las excepciones que ahí se señalan; no encontrándonos en ninguna de ellas, debiendo tenerse en cuenta que (i) no se ha acordado la mora automática frente a ninguna de sus obligaciones, (ii) de acuerdo al literal 16.2.2 antes citado, ***“por el contrario, la Cláusula antes citada establece que debe haber una notificación previa a la sociedad concesionaria en la que se le exija el cumplimiento de la obligación materia de incumplimiento, otorgándosele un plazo para ello.”*** Siendo que cualquier acción en contra de esto ***“resulta indebida e ilegítima”***.

3.2.2.9. Si el MINEM no intimó en mora a TGP, argumenta, no podría alegar esta primera, “un incumplimiento de la prestación y mucho menos la ejecución de la penalidad”.

3.2.2.10. Como aliciente de este argumento central en la mora, presentan un informe elaborado por el Dr. Marcial Rubio de fecha 7 de julio del 2008<sup>12</sup>, en el cual el distinguido jurista señala que la ***intimación en mora en este caso habría sido “jurídicamente exigible por dos razones”***; (i) porque así lo exige el 1333 del CC y (ii), porque la cláusula 16.2.2. señala que se debió exigir el cumplimiento al notificarse la penalidad.

3.2.2.11. Expone el jurista, que ambas, cláusula y norma confluyen en que se debió intimar y se “debíó dar un plazo prudencial para que el requisito se cumpliera”. Nos dice además, que el no haberlo hecho, ***“afecta la buena fe y la común intención de las partes en la ejecución del contrato, según se requiere en 1362 del Código Civil”***; llegando a la conclusión que la carta fianza fue ***“ejecutada en este caso en contra del Derecho (que no es lo mismo que el texto de una cláusula contractual) por varias razones: i) la primera, porque no se cumplió con el requisito aplicable de intimar en mora al deudor, exigido por el artículo 1333 del Código Civil.”***

3.2.2.12. Asimismo TGP, señala que no se encuentra en las excepciones del art. 1333 del CC, ya que;

---

<sup>12</sup> Anexo 8 del presente informe.

- (i) no existe ningún pacto en los Contratos de Concesión en donde se haya acordado mora automática para ninguna de sus obligaciones,
- (ii) no estamos ante un supuesto en el que la naturaleza o circunstancias de la obligación resultare que el momento de entrega fue un motivo determinante para contraerla; toda vez que no se constituiría en un plazo esencial ya que la prestación, es decir el renovar la carta fianza, podía cumplirse con retardo y satisfacer el interés del MINEM aunque fuera extemporáneo. El Dr. RUBIO también apoya esta idea, cuando señala en su informe, citado por el demandante, que, *“la naturaleza y circunstancias indican que tal pacto es una protección para que no haya periodo alguno de vigencia del contrato en el que no exista una garantía de fiel cumplimiento. En este caso no hubo hiato alguno (...) siempre ha estado vigente una carta de garantía”*
- (iii) Respecto a la tercera y cuarta excepción, señala que resulta claro que no concurren, y alega TGP que esto es así, *“toda vez que no han sido sustentadas por el MEM en la etapa de trato directo ni al momento de absolver la Petición Arbitral”*

***No se ha respetado los principios de proporcionalidad ni razonabilidad***

- 3.2.2.13. Como tercer argumento principal, TGP alega que el MINEM no ha respetado los principios de razonabilidad y proporcionalidad al ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, toda vez que alega que aun sin encontrarse legitimado, *“en una decisión desproporcional procedió a aplicar la máxima sanción (...) a sabiendas que no existió ningún daño ni afectación generado como consecuencia del retraso en el plazo de presentación de la nueva carta fianza”*
- 3.2.2.14. Se apoya en el informe del Dr. Marcial Rubio, y cita textualmente, para alegar que *“la ejecución de la carta garantía ha sido hecha en virtud de una interpretación literal de los términos del contrato y con un significado que es el peor posible para los derechos del concesionario”*, alegan que se habría hecho una interpretación literal, restrictiva del derecho de propiedad de TGP siendo así una interpretación no razonable, ya que el MINEM *“ha elegido la decisión que más colisiona con el derecho constitucional de propiedad de Transportadora de Gas del Perú, siendo por tanto un razonamiento inconstitucional”*, yendo en contra de la finalidad del contrato ley que busca *“proteger la inversión, no para hacerla sufrir las peores consecuencias aun cuando ella misma no haya hecho sufrir las peores consecuencias al Estado, como es el caso que origina este informe”*.

***La penalidad además de ilegal es excesiva y desproporcional***

- 3.2.2.15. El cuarto argumento principal, se centra en que la penalidad cobrada ha sido excesiva y desproporcionada, atendiendo a que carece de razonabilidad y de proporcionalidad, por lo que TGP solicita que en caso no se declare la indebida ejecución de la penalidad, esta sea reducida equitativamente, en atención a lo dispuesto en el art. 1346<sup>13</sup> del CC; toda vez que aunque la renovación fue hecha fuera del plazo de los 30 días, *“no genero ningún tipo de daño al MEM, toda vez que dicha institución siempre contó con una Garantía vigente”*.

<sup>13</sup> ***“Artículo 1346.- Reducción judicial de la pena***

*El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.”*

3.2.2.16. TGP alega que se les aplicó la peor sanción posible sin existir “**proporcionalidad entre la penalidad y el “perjuicio causado al Estado”**”, se apoya en el Dr. Rubio una vez más, para señalar que ha existido un “*problema de naturaleza esencialmente formal, no sustantiva*” y que “*no hay una consonancia entre el problema que se produjo con la demora de la carta de garantía sin afectar en absoluto la cobertura, y el peor daño posible a Transportadora de Gas del Perú que es la total ejecución de la carta de garantía. Nosotros estimamos que aquí se incumple con la consonancia exigida por el Tribunal Constitucional a un acto de poder del Estado como es el que aquí nos ocupa: la ejecución de la carta*”; por lo que “*se debería reconsiderar la ejecución de la carta fianza y buscar una decisión más equilibrada entre la causa (...) y la máxima sanción posible en el caso para el concesionario que es la ejecución de la carta fianza (...)*”

### 3.2.3. **CONTESTACIÓN DE DEMANDA DEL MINEM**

3.2.3.1. Con fecha 22 de julio del 2008, el MINEM presentó su contestación de demanda, solicitando que las pretensiones de TGP sean declaradas IMPROCEDENTES o INFUNDADAS en todos sus extremos con expresa condena de costas y costos, y sustentaron su pedido en los argumentos que ahí se detallan, siendo los principales que:

#### ***El Dr. Rubio no habría contado con los textos actualizados de la cláusula 9.11.3.***

3.2.3.2. Como primer argumento, el MINEM, señala que, como se observa de la lectura del informe elaborado por el Dr. Rubio Correa, sobre el que se apoya la demandante en varias partes de su argumentación; este destacado jurista, cita el literal 9.11.3, con su texto original, sin tener en cuenta la modificatoria efectuada en mediante la segunda cláusula adicional de fecha 9 de diciembre del 2000, que como hemos señalado al inicio del presente informe, modificó la cláusula bajo comentario en su conjunto y asimismo, este literal..

#### ***Los Contratos son de naturaleza administrativa***

3.2.3.3. El MINEM presenta un informe elaborado por el Dr. Zegarra (anexo 10 del presente informe), mediante el cual se apoya para señalar que los Contratos de Concesión bajo comentario, tienen un interés público intrínseco, inseparable de estos, que les otorga una singularidad; esta es, que como los contratos se celebran para “*lograr y satisfacer un interés público, este es el fundamento, para otorgar a la administración prerrogativas que le permiten la utilización de todos los medios y procedimientos lícitos que le sean necesarios o convenientes para alcanzar, en plenitud y de la mejor manera, el logro y satisfacción del interés público*”<sup>14</sup>

3.2.3.4. Así, el Dr. Zegarra señala en la cuarta y quinta página de su informe y con lo que se apoya el MINEM, que es justamente “*esa finalidad publica la que define y tipifica la institución del contrato administrativo que lo distinguen tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el Derecho Civil*”, y que la “*libertad contractual ... tiene un (sic) aplicación muy restringida en los contratos administrativos... la Administración, cuando contrata, no deja de*

---

<sup>14</sup> Páginas 16 y 17 de la Contestación de demanda que corre como anexo 9 del presente informe.

*someterse nunca al Derecho público- tanto en sus privilegios como en las sujeciones- sin perjuicio de que eventualmente se aplique el Derecho privado”.*

3.2.3.5. El MINEM, también cita el informe elaborado por el Dr. Quiroga León, el cual sobre la interpretación de los Contratos de Concesión, nos dice que: *“en el derecho de los contratos, regulados por el Código Civil o por las leyes especiales, la primera regla que debe observarse está constituida por el principio “Pacta sunt Servanda” que se grafica en lo dispuesto en los Arts. 1361° y 1362° del Código Civil (...) quien niegue tan (sic) comunidad está obligado a probarlo”*<sup>15</sup> y luego, como señala el MINEM en la página 17 de la contestación de demanda, citando el acápite III. 24 del informe legal bajo comentario, el jurista señala que en la medida que los Contratos Boot son *“antes que civiles, de naturaleza administrativa,(...), se explica la prevalencia del interés público por sobre el interés privado en su contenido, lo que determina... que la aplicación del Código Civil sea ciertamente supletoria. Por ello mismo, debido a la esencia administrativa de estos contratos... se encuentra plenamente justificadas las cláusulas objetivas que establecen obligaciones, responsabilidades y penalidades sin necesidad de la comprobación de un daño y sin que para ello se requiera o exija la intimación en mora”.*

3.2.3.6. Respecto a lo señalado por TGP acerca del pretendido carácter de contrato- ley de los contratos BOOT; el MINEM señala que estos contratos no son contratos –ley en su totalidad, ya que si bien el 9 de diciembre del 2000 se suscribió con TGP el respectivo contrato ley, se estableció en la cláusula 2.3, que los alcances de este, eran *“(..) las obligaciones, declaraciones, seguridades y garantías asumidas por EL ESTADO en los Contratos BOOT (...)”*<sup>16</sup>. Ello determina inequívocamente, que lo regulado en el literal 9.11 de los Contratos Boot, al corresponder a una obligación de TGP y no del MINEM (EL ESTADO), no se encuentran dentro de las materias señalados en la ley marco (D.S. N° 033 - 2000) ni del contrato ley antes citado, por lo que al decir del MINEM no le serian aplicables las reglas de mora y reducción de penalidad del código civil, debiendo regirse por ello texto de los contratos y los Decretos Supremos N° 059-96-PCM, y su reglamento N° 060-96-PCM.

3.2.3.7. Sin perjuicio de lo antes dicho, el MINEM luego desarrolla sus argumentos, prescindiendo de la naturaleza antes anotada de los Contratos Boot, limitándose a señalar que *“independientemente de considerar a los contratos sub-litis como contratos civiles o administrativos, estos deben ser cumplidos por las partes intervinientes (...)”.*

***La interpretación del literal 9.11.3 hecha por la demandante es absolutamente errónea:***

3.2.3.8. Así, el MINEM afirma que no se puede hablar de una ejecución indebida si ellos no han cumplido con la obligación de presentar a tiempo la renovación, que era el único requisito para la ejecución de conformidad con lo estipulado en los Contratos de Concesión, a lo que hay que sumar que:

- *El incumplimiento es instantáneo al no presentarse la renovación a tiempo:*

---

<sup>15</sup> Página 4 del Informe elaborado por el Dr. Aníbal Quiroga León; anexo 11 del presente informe.

<sup>16</sup> El texto completo de la cita se puede ver en la página 21 de la Contestación de la demanda. ( Cuya copia del Contrato de Garantía, adjuntamos al presente informe como anexo 20)

- 3.2.3.8.1. La posición del MINEM descansa en un argumento, este es que el incumplimiento se da con un solo requisito, que está recogido en el texto del literal 9.11.3, sin requerir la aplicación del literal 16.2.2 o ningún otro; esto es, *“que se haya vencido el plazo de renovación de dicha garantía sin que a esa fecha TGP haya presentado al MEM la renovación de la misma”*<sup>17</sup>, lo cual ha sido apoyado por el Dr. Zegarra en sus conclusiones, en específico, en la conclusión N° 10<sup>18</sup> y por el Dr. Quiroga en su conclusión N° IV. 39<sup>19</sup>
- 3.2.3.8.2. Como se puede ver del Acta de la Reunión de Tracto Directo (literal d, numeral 2 acápite I), y de la propia demanda de TGP, **TGP ha reconocido en varias oportunidades que no cumplió con renovar la Carta fianza a tiempo** antes del vencimiento del plazo establecido en la cláusula 9.11.3.
- 3.2.3.8.3. El incumplimiento se da en el momento en el que pasó a ser las 00:00 horas del día 20 de julio del 2006 y no se había presentado la renovación; la presentación extemporánea hecha por TGP no la *“eximía de la aplicación de la penalidad correspondiente (ejecución), debido a que ya había incurrido en incumplimiento contractual; bastando verificar únicamente para realizar la ejecución, que se hubiera vencido el plazo de la renovación de la garantía y que no se hubiera presentado la misma antes del plazo de vencimiento”*<sup>20</sup>
- 3.2.3.8.4. El MINEM se apoya en reiteradas ocasiones en un informe elaborado por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca, miembros del estudio de abogados que patrocina los intereses de TGP en el proceso y el cual fuese acompañado en su demanda (aunque este documento no solo no cuenta con la firma de los abogados en mención, sino que además, tampoco fue formalmente ofrecido como prueba en el proceso arbitral, a través del escrito de demanda); en el que señalan dichos abogados, que efectivamente, *“la Garantía no se renovó con el plazo de anticipación dispuesto”*<sup>21</sup>
- 3.2.3.8.5. Asimismo, señalan que tanto el art. 32 del DS N° 059-969-PCM<sup>22</sup>, como el art. 30 del DS N° 060-96-PCM<sup>23</sup> lo habilitaban de forma legal para ejecutar las penalidades de forma efectiva ante cualquier incumplimiento de las cláusulas (obligaciones) contractuales.
- 3.2.3.8.6. Por último, el MINEM también se apoya en el Dr. Quiroga, quien en el informe jurídico que ha presentado en este caso, ha sido categórico al afirmar que existiría una *“condición automática (que el derecho de los contratos denomina “mora automática”)*<sup>24</sup> contenida en el literal 9.11.3 de los Contratos de Concesión.

- *No se tenía que intimar en mora a TGP; la ejecución de la penalidad no requiere aplicar el literal 16.2.2. de los Contratos de Concesión:*

<sup>17</sup> Página 24 de la Contestación de Demanda.

<sup>18</sup> Informe de fecha 18 de julio del 2008. Elaborado por el Dr. Zegarra. Página 32

<sup>19</sup> Informe de fecha 17 de julio del 2008. Elaborado por el Dr. Quiroga Páginas 22-23

<sup>20</sup> Página 9 de la Contestación de Demanda.

<sup>21</sup> Página 8 de la Contestación de Demanda.

<sup>22</sup> Art. 32.- El Estado podrá: a.- Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato; (...)

<sup>23</sup> Art. 30.- Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes:

(..).g.- Hacer efectivas las garantías establecidas en las bases, así como las penalidades por incumplimiento previstas en las bases; (...)

<sup>24</sup> Literal N° IV.39 Informe de fecha 17 de julio del 2008. Páginas 22-23.

- 3.2.3.8.7. Un argumento central del MINEM, es el referido a que en el presente caso, el literal 9.11.3 **NO REQUIERE INTIMACION EN MORA** para poder hacer efectiva la ejecución de la Carta Fianza (la penalidad); esto es, debido a que las partes han acordado en el literal antes mencionado que únicamente el paso del tiempo es habilitación suficiente para poder ejecutar la Garantía Complementaria de Fiel Cumplimiento; el literal 16.2.2, regula una situación posterior a la ejecución de la penalidad, y no es requisito de esta, decir lo contrario es incluir una condición no prevista ni pactada en los contratos Boot.
- 3.2.3.8.8. Refuerza su argumento, con el hecho de que la propia Carta Fianza, señala que para su ejecución (en su segundo párrafo, como se puede observar del anexo 3 del presente informe) solo se necesita que se remita una carta notarial al Banco de Crédito del Perú, haciendo referencia al incumplimiento de alguno de los Contratos de Concesión, y al incumplimiento de TGP o monto de pago pendiente, que motiva la ejecución; no siendo necesario presentar el requerimiento hecho a TGP para efectivizar el cobro.
- 3.2.3.8.9. Asimismo, se acogen de lo mencionado en la segunda página del informe elaborado por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca<sup>25</sup>, en el sentido que, “(...) *el incumplimiento en los plazos de renovación de la Garantía podría configurar de manera automática una multa constituida por la ejecución de la misma Garantía (...)*”<sup>26</sup>
- 3.2.3.8.10. Lo mencionado en el párrafo anterior, deja al MINEM llegar a la conclusión que justamente el hecho de que el solo paso del tiempo verifica el incumplimiento, es la razón por la que el literal 16.2.2. de los Contratos de Concesión, establecen que la aplicación de la penalidad no eximirá TGP del cumplimiento de la obligación respectiva, señalando que ello justamente encuentra sentido en aplicación de lo dispuesto por el art. 1342<sup>27</sup> del CC que consagra la cláusula penal que ha sido estipulada en razón de mora o seguridad de un pacto, en la cual se habilita al acreedor el derecho a exigir además del pago de la penalidad, el cumplimiento de la obligación primigenia
- 3.2.3.8.11. El Literal 16.2.2, regula una situación posterior a la ejecución de la carta fianza (es decir de la penalidad), ya que “*sin perjuicio de la ejecución de la misma, TGP se encuentra obligada a presentar una nueva Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria*”<sup>28</sup>

***El MINEM ha actuado proporcional y razonablemente, y de acuerdo a los Contratos de Concesión.***

- 3.2.3.9. Respecto a lo argumentado por la demandante en el sentido que el MINEM habría actuado de forma desproporcionada e irrazonable al ejecutar la Carta Fianza, el MINEM ha señalado en su contestación de demanda, que ello es falso; toda vez que, el MINEM alega que:
- Ha cumplido como hemos visto con lo señalado en los Contratos de Concesión a cabalidad, aplicando la penalidad de forma debida, sin incumplir sus obligaciones, como si lo ha hecho la demandante.

<sup>25</sup> Anexo 12 del presente informe.

<sup>26</sup> Página 30 de la Contestación de Demanda presentada por el MINEM.

<sup>27</sup> **Artículo 1342.- Exigibilidad de la cláusula penal y del cumplimiento de la obligación**

Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

<sup>28</sup> Página 7 de la Contestación de Demanda presentada por el MINEM.

- Ha cumplido con ser proporcional; toda vez que no ha aplicado la sanción más severa que se le podría haber aplicado a TGP; ya que de conformidad con los Contratos de Concesión, no solo podía ejecutar la Garantía De Fiel Cumplimiento Complementaria, sino que también pudieron haber utilizado el mecanismo previsto en el artículo 21.1.c.10<sup>29</sup>, hecho que también habría sido reconocido por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca en la segunda página de su informe. Por lo que claramente no podría haber una falta de proporcionalidad cuando *“la medida adoptada (ejecución de la Carta Fianza) ha sido la de menor afectación posible a los derechos de TGP”*<sup>30</sup>

***La reducción de la penalidad no puede ni debe ser otorgada:***

- 3.2.3.10. Respecto a la pretensión subordinada de TGP, de reducir el monto de la penalidad ejecutada en caso no se estime su pretensión principal que declare la indebida ejecución, el MINEM nos dice que esta tampoco puede ser amparada; ello debido a que, antes que nada, nos encontraríamos en el ámbito administrativo al ser los contratos de concesión, contratos administrativos.
- 3.2.3.11. Asimismo se apoyan en el Dr. Zegarra, para afirmar que debido a que nos encontraríamos en el ámbito de lo administrativo, las penalidades cargan con un interés público intrínseco, que al tomar como “base la naturaleza de los servicios involucrados y el interés público, comportando en consecuencia la penalidad un carácter de mecanismo de compulsión al particular para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato administrativo”. Llegando a señalar que “no resulta factible solicitar la reducción de la “pena convencional”, toda vez que dicha facultad cobra sentido en el ámbito civil (donde se miden los daños efectivamente irrogados) mas no en el ámbito administrativo (donde se buscan desincentivar ciertos actos que reportan incumplimiento habida cuenta de la naturaleza de los servicios involucrados y el interés público que se encuentra en juego)”.
- 3.2.3.12. Señalan que en este caso se debe aplicar el art. 1343 del CC que manda que “Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos (...)”, siendo justamente que la no discusión acerca de la existencia de daños y/o su cuantía es la principal ventaja de las cláusulas penales, siendo una liquidación anticipada por la dificultad de aportar pruebas.
- 3.2.3.13. Señala que habiendo TGP reconocido que ha incumplido, y que incluso si alegaba la inejecución de la obligación sin serle imputable a ella, a tenor del literal 16.1.2 que señala la penalización de los incumplimientos con prescindencia del dolo o la culpa; habiéndose probado que no tiene importancia que haya presentado extemporáneamente la renovación ya que el incumplimiento ya se había dado, y que no se ha ejercido discrecionalidad o arbitrariedad ya que la sanción debía ser por el total de la Carta Fianza, habiéndose aplicado la sanción menos lesiva (ya que sostiene que se podría haber resuelto los Contratos de Concesión), demostrándose la proporcionalidad; no cabría una reducción de la penalidad.

---

<sup>29</sup> Como hemos señalado con anterioridad, en el Contrato de Transporte de Líquidos, modificado por la Segunda Cláusula Adicional, el literal será el 21.1.c.9.

<sup>30</sup> Página 13 de la Contestación de demanda.

### 3.2.4. AUDIENCIAS

3.2.4.1. Con fecha 6 de agosto del 2008 cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios (anexo 13), en la que el Tribunal Arbitral, admitió todos los medios probatorios de la demanda y de la contestación de la demanda, declaro saneado el proceso, al no haber cuestiones previas que resolver, y se fijó los puntos controvertidos a resolver, quedando fijados en los siguientes<sup>31</sup>:

1. *Determinar si el MINEM se encontraba legitimado a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento y que su ejecución se llevó a cabo en los supuestos contemplados en los Contratos BOOT suscritos entre las partes y la legislación aplicable.*
2. *Determinar si, conforme los Contratos BOOT suscritos por las partes, antes de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, el MINEM debió constituir en mora a TGP.*
3. *Determinar, de ser el caso, si el MINEM debe restituir a TGP la suma de US\$ 2'000,000.00 correspondientes a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.*
4. *Determinar, de ser el caso, si corresponde el pago de intereses legales devengados desde la fecha de ejecución de la Carta Fianza a la fecha de pago de la restitución.*
5. *Determinar, de ser el caso, si corresponde reducir la penalidad ejecutada por el MINEM.*
6. *Determinar si corresponde al MINEM, en caso se ordene reducir la penalidad ejecutada, restituir el exceso del monto pagado por parte de TGP, más los intereses legales que se hubieran devengado desde la fecha de la ejecución a la fecha de la efectiva restitución.*
7. *Determinar, conforme a lo establecido en el artículo 62<sup>32</sup> del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro, a quien corresponde efectuar el pago de los costos del proceso.*

3.2.4.2. Asimismo, se emitió al finalizar dicha audiencia la Resolución N° 4, mediante la cual se dio por concluida la etapa probatoria al no haber medios probatorios que actuar, dando plazo de tres días a las partes para la presentación de alegatos escritos y citándoles a audiencia de informe oral.

3.2.4.3. Con fecha 14 de agosto del 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, donde ambas partes hicieron uso de la palabra a través de sus abogados patrocinantes, así como réplica y duplica, contestando también las preguntas que los Árbitros consideraron pertinentes hacer a las partes; luego de ello, el Tribunal Arbitral emitió sendas resoluciones para que se tenga presente al resolver los distintos escritos presentados por las partes, así como sus alegatos y se emitió la Resolución N° 9 que fijo el plazo para laudar, venciendo este el 5 de Septiembre del 2008, de conformidad con las reglas autoimpuestas al arbitraje.

---

<sup>31</sup> A continuación se trasladan los puntos controvertidos como han sido esbozados en el acta de la audiencia bajo comentario; sin perjuicio de ello, de constancia que las abreviaciones, son propias y que al parecer en el acta se habría incurrido en un error material al denominar en los puntos controvertidos como “*Garantía de Fiel Cumplimiento*” a la “*Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria*”, que fuera materia de ejecución. Este error de denominación se da en varios escritos a lo largo del expediente.

<sup>32</sup> Se incurrió en error material, siendo el art. 58 del Reglamento el pertinente, lo cual fue subsanado por resolución N° 5.

### 3.2.5. Alegatos y Téngase presentes, presentados por las partes;

3.2.5.1. **AEGATOS MINEM:** Con fecha 11 de agosto del 2008, el MINEM, dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, cumplió con presentar su escrito de Alegatos, en el cual para reforzar sus argumentos y concretizar sus ideas señalando que:

- No existe controversia acerca de que TGP incumplió con renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, con una anticipación menor a 30 días de su vencimiento como estaba obligada por el literal 9.11.3; siendo que como han señalado en su anterior escrito, TGP lo ha reconocido y consta de la renovación de la Carta Fianza hecha el 1 de agosto del 2006 y no el 20 de Julio del 2006, como debía haber sucedido. Es claro que la última parte del párrafo final del literal 9.11.3, señala como ÚNICA CONDICIÓN para que proceda la ejecución, el vencimiento del plazo antes señalado sin que se haya cumplido con la renovación; sin importar si se presentó extemporáneamente la renovación, no eximiéndola de la aplicación de la penalidad.
- Lo que busca TGP a través del proceso es so pretexto de interpretación, tratar de tergiversar una declaración unánime de voluntad para sus fines propios.
- La cláusula 16.2.2., regula una situación posterior a la ejecución ya que esta no la exime de cumplir con la obligación inicial de renovar la garantía; pero en el presente caso ya no era necesario hacerlo, ya que como ha reconocido TGP en su carta TGP/GELE/INT-1957-2006 del 17 de agosto del 2006, ya conocía en dicha fecha que se había llevado a cabo la ejecución, tan es así, que en dicha comunicación, cumple con adjuntar la nueva Carta Fianza.
- En cuanto a la reducción de la penalidad, esta no sería posible porque la regla sobre reducción prevista en el art. 1346 del CC no le es aplicable a los Contratos de Concesión, ya que como la “propia demandante reconoce en el acápite 3.2” de la demanda el régimen jurídico aplicable es el DS N° 059-96-PCM que no contempla supuestos de reducción de penalidad
- Es irrelevante que siempre haya habido una garantía vigente como señala TGP, bastando el incumplimiento de la obligación de renovar, ya que la finalidad que se busca con la aplicación de la penalidad es otra distinta a la de la obligación principal.
- No se debe hablar de proporcionalidad, toda vez que no ha existido una decisión discrecional o arbitraria, sino que se ha actuado de conformidad con el anexo 8 que manda la ejecución TOTAL de la penalidad; eso sin tener en cuenta que no es la sanción más gravosa, ya que se podía haber sancionado con la resolución.

3.2.5.2. **TENGASE PRESENTE TGP:** Con fecha 11 de Agosto, TGP al haber ya tomado conocimiento de la Contestación de demanda presentada por el MINEM y lo que esta entidad había señalado, por convenir a su derecho, presento un escrito denominado téngase presente en el que señalo que únicamente se pronuncia sobre la calidad de “Informe Jurídico” que se le da al Informe elaborado por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca, y las citas hechas por el MINEM de este; y acerca de los comentarios de esta entidad sobre el informe elaborado por el Dr. Rubio, siendo sus principales argumentos que:

- Lo señalado por el MINEM acerca del informe jurídico elaborado por el Dr. Marcial Rubio, son comentarios tendenciosos, basados en claro error material al citar la cláusula 9.11.3, que busca poner en tela de juicio la capacidad profesional de TGP como solicitante del informe y del Dr. Rubio como profesional.
- Niegan la calidad de informe del documento elaborado por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca, al no tener ni firma ni sello de recepción de TGP; alegando que las citas efectuadas por el MINEM han sido hechas “fuera de contexto y pretendiendo dar a entender conclusiones o afirmaciones que de una lectura completa del documento se puede verificar que no concurren”, “antojadizamente editado”, como se apreciaría, alega TGP, cuando el MINEM cita el último párrafo de la segunda página del informe que señala que *“Una primera lectura del acápite 9.11 nos indica que (...)”*<sup>33</sup>, dejando de lado la segunda parte (según lo entiende TGP) y la idea central de esta parte del texto, en donde señala que *“Sin embargo, creemos que el acápite 9.11.3 permite hacer una segunda lectura en cuento a la configuración de la falta y hasta que momento podría hacerse el cobro de la penalidad (...)”*<sup>33</sup>; lo cual, entre otros ejemplos, alega TGP demostraría que el MINEM ha incurrido en mala fe procesal al extraer una cita aislándola de la idea general o completa que se pretende expresar.
- Por último, señala que, la cita hecha por el MINEM acerca de que el incumplimiento en los plazos de renovación podría dar lugar a la resolución de los Contratos BOOT en la página 13 de su contestación busca llevar al error, dando a entender que el incumplimiento en otorgar la renovación dentro de los 30 días antes del vencimiento de la garantía podría generar la resolución; cuando ello solo se puede dar cuando se *“incumple en renovar, de manera definitiva,(...) y ello causa una situación en la que el concedente deja de tener una garantía vigente, contraviniendo el objeto y causa de lo estipulado en la cláusula 9.11.3.”*<sup>34</sup>.

3.2.5.3. **ALEGATOS TGP:** Con fecha 11 de Agosto del 2008, TGP, dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, cumplió con presentar su escrito de Alegatos, señalando en este lo siguiente:

- Los Contratos Boot, son Contratos Ley, y como tales el Estado en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y seguridades al inversionista sometiéndose al régimen jurídico del contrato y las disposiciones legales vigentes al momento de su suscripción.
- Siendo que los Contratos de Concesión han sido suscritos al amparo del art. 1357 del CC y se han suscrito como Contratos Ley, estos tienen carácter civil, y no administrativo, lo que determina que a la totalidad de sus disposiciones se les debe aplicar la normatividad civil y rigen las reglas de mora y reducción de penalidad previstas en el código civil; ya que la finalidad de los contratos ley es dar estabilidad jurídica sometiéndose al régimen de derecho privado.
- Esto es apoyado por la doctrina y por el art. 39 del decreto legislativo 757 que establece, entre otros, que los convenios de estabilidad jurídica, TIENEN CARÁCTER CIVIL y no

<sup>33</sup> Informe Jurídico elaborado por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca. Página 3.

<sup>34</sup> Página 9 del escrito denominado “téngase presente”, presentado por TGP, el 11 de agosto del 2008.

administrativo. Asimismo, lo señala el DS N° 162-92-EF que establece que los convenios de estabilidad jurídica son contratos de derecho civil y no se pueden modificar por una sola parte. Debido a que NO PUEDEN SER MODIFICADOS UNILATERALMENTE por el Estado, determina que no puedan ser calificados como contratos administrativos, ya que atendiendo a su naturaleza civil solo se modifican o dejan sin efecto por las partes.

- Respecto a la necesidad de la intimación en mora, TGP señala que el argumento del MINEM acerca de que las reglas previstas en el código civil no le serían aplicables, ha sido desbaratado por lo antes señalado acerca del marco jurídico aplicable. En cuanto al otro argumento del MINEM, acerca de que la intimación no es requerida por no haberse señalado en los contratos dicho requisito, este demuestra un claro desconocimiento del régimen de mora *ex personae* que rige nuestro ordenamiento; siendo que al no haber existido intimación el acreedor demuestra que el retardo no le afecta, hecho desarrollado a fondo en la demanda, así como las razones por las que TGP considera que no estaríamos frente a los supuestos de excepción a la regla de mora consagrados en el art. 1333 del CC.
- Así, en cuanto no se haya intimado, no hay incumplimiento; no debe confundirse la obligación que tiene plazo, con el hecho que el incumplimiento del plazo determine automáticamente la mora, ya que esto determinaría que la regla de mora cambie a la mora *ex re*; ello sin olvidar que los Contratos de Concesión, sí prevén la intimación en mora en la cláusula 16.2.2., como señalan haber demostrado en su demanda, y con el informe del Dr. Rubio.
- Sobre la ejecución de la penalidad realizada por el MINEM, TGP señala que no sería cierto que el hecho de haber presentado la renovación de forma tardía, no los eximiría del pago de la penalidad y del supuesto incumplimiento, toda vez, que no se habría dado incumplimiento al no haber sido intimados en mora; siendo incluso que la cláusula 16.2.2 señala a su entender que mientras no se haya enviado la notificación a la que allí se hace mención, señalando un plazo para cumplir, y este fuera incumplido, NO HABRÍA INCUMPLIMIENTO y por lo tanto NO SE PODRÍA COBRAR LA PENALIDAD.
- Sobre la resolución contractual, TGP señala que no es cierto como argumenta el MINEM que esta se pueda aplicar por el supuesto incumplimiento que se les imputa; siendo que esta posibilidad de resolución establecida en el literal 21.1.c.10<sup>35</sup>, exige un incumplimiento definitivo, es decir, cuando el Concedente deja de tener una Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria vigente, contraviniéndose "*el objeto y causa de lo estipulado en la Cláusula 9.11.3*". Esto determina, que la sanción impuesta, sea desproporcional, violando los principios de proporcionalidad y razonabilidad a los que está sometida la administración, sobre todo al tener presente que la garantía nunca estuvo descubierta, ya que siempre estuvieron vigentes.
- Respecto del Informe Jurídico elaborado por el Dr. Zegarra, TGP señala que este queda desvirtuado ya que ha sido elaborado sin analizar que los Contratos BOOT son contratos ley; por lo que a decir de TGP sus conclusiones no serían válidas al partir de una premisa equivocada que sería, que nos encontramos ante contratos administrativos de concesión

---

<sup>35</sup> Del Contrato de Transporte de Gas, siendo el literal 21.1.c.9 en el Contrato de Transporte de Líquidos.

en los que se procura la satisfacción de un interés público relevante, siendo INAPLICABLE la conclusión a la que llega el jurista acerca de que no cabría la reducción de la pena, ya que no ha analizado que los Contratos Ley se les debe aplicar las disposiciones del código civil.

- Respecto del informe del Dr. Quiroga; TGP señala que una vez más no se toma en cuenta que los Contratos de Concesión son Contratos Ley, lo que desvirtúa las conclusiones del informe, ya que a decir de TGP, el jurista no ha tenido en cuenta que JUSTAMENTE los contratos ley son mecanismos con los que el Estado se deshace de sus facultades exorbitantes y se asimila al sujeto de derecho privado para someterse al derecho civil.

3.2.5.4. **TENER PRESENTE MINEM:** Con fecha 18 de Agosto, el MINEM al haber ya tomado conocimiento del escrito presentado por TGP y lo que esta entidad había señalado, por convenir a su derecho, presentó un escrito denominado téngase presente en el que señaló que:

- No ponen en duda la capacidad profesional del Dr. Rubio, sino que alegan, que este no puede haber sido un simple error material ya que son textos y cláusulas distintas; alegando que presumen, esto se debería a un involuntario error de TGP o sus abogados de no haber entregado al jurista los textos actualizados.
- Con relación al informe jurídico elaborado por los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca, TGP incurre en una grave contradicción ya que en su escrito (téngase presente) niega la calidad de informe del documento, en la audiencia de informes orales, habría reconocido expresamente no solo la calidad de informe sino que efectivamente fue elaborado por dichos especialistas y se habría encontrado con las firmas requeridas.
- Por último, el MINEM señala en su escrito, en la página dos, que las citas *“han sido recogidas de modo fiel y literal de dicho documento, sin agregar ni quitar nada”* y que *“las interpretaciones que se realizan luego de la primera interpretación que allí se exponen, únicamente buscan tergiversar una declaración que realmente era otra”*; que la interpretación que hace TGP o mejor dicho hicieron los Dres. Astorga Philippon y Silva Chueca es *“darle una salida a su cliente, aun cuando la misma sea contraria al texto expreso y claro de los contratos”*.

### 3.2.6. **ACERCA DEL LAUDO ARBITRAL**

3.2.6.1. Con fecha 20 de Agosto del 2008, el Tribunal Arbitral emitió su Laudo de Derecho<sup>36</sup> (anexo 18 del presente), resolviendo:

- **PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Principal de TGP referida a que existió una indebida ejecución, por parte del MEM de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria representada por la Carta Fianza N° D193-502719 emitida por el Banco de Crédito del Perú, con fecha 19 de agosto de 2004, por la suma de US\$ 2'000,000.00, la misma que fuera constituida en cumplimiento de lo establecido en las cláusula 9.11.3 de los Contratos Boot.

---

<sup>36</sup> El presente Laudo de derecho fue suscrito en mayoría por los Dres. Eduardo Barboza y Natale Amprimo, sin la firma del Dr. Loayza, quien emitió un voto singular el mismo día y que a continuación del Laudo será examinado,

- **SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de TGP referida a la restitución del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria representada por la Carta Fianza D193-502719, más los intereses legales devengados desde la ejecución hasta la efectiva restitución.
- **TERCERO:** Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Subordinada, referida a la reducción de la penalidad ejecutada por el MEM en atención a las cláusulas 9.11.3 y Anexo 8 de los Contratos Boot.
- **CUARTO:** Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Accesorio a la Pretensión Subordinada referida a la restitución del monto pagado en exceso como consecuencia de la ejecución de la penalidad establecida en las cláusulas 9.11.3 y Anexo 8 de los Contratos Boot, más los intereses legales devengados desde la ejecución hasta la efectiva restitución.
- **QUINTO: DISPONER** que cada parte cubra sus propios costos. En cambio, los gastos comunes (los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima) deberán ser asumidos por ambas partes en igual proporción.

***Respecto del primer y segundo punto controvertido; con relación a la primera pretensión Principal de TGP acerca de que se declare que existió una indebida ejecución:***

3.2.6.2. Acerca de la **Aplicación del Código Civil**; el Tribunal estima que es de aplicación en el presente caso, el Código Civil de 1984, en función de los siguientes argumentos:

- El código civil es una norma de aplicación supletoria a TODOS los contratos (salvo que le sean incompatibles con su naturaleza), de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil; siendo la opinión del Tribunal que las normas especiales que regulan los Contratos Boot, no son incompatibles con la regulación del incumplimiento de una penalidad e incumplimiento de contratos, que se encuentra en el Código Civil, resultando de aplicación este cuerpo legal en el presente caso al encontrarnos ante un proceso de incumplimiento y la penalidad contenida en ellos mismos.
- La segunda razón, es que antes de ser administrativos o civiles, son contratos y como tales, le pueden ser de aplicación las normas generales de contratos contenidas en el código civil, ya que estas se aplican al género de los contratos en general; en cuanto no colisionen con su regulación especial. Así, el tribunal señala que no queda duda que los Contratos Boot son contratos administrativos ya que (i) una de las partes contratantes es el Estado y (ii) el objeto de los mismos es el interés público. De esta manera, el rasgo distintivo del contrato para ser calificado como uno de tipo administrativo, es el interés público como objeto de este (entendemos que el Tribunal se refiere a la satisfacción del interés público).

3.2.6.3. Acerca del **Incumplimiento de Contrato**; el Tribunal define el incumplimiento como una conducta que no satisface el interés del acreedor durante la fase de ejecución del contrato. Salvo que nos encontremos en los supuestos de mora automática que el Código Civil consagra como excepciones a la regla, para que el deudor esté constituido en mora, se necesitará que haya un retardo en el cumplimiento de la obligación, siendo la causas de este retardo imputable al deudor y adicionalmente que el acreedor haya requerido judicial o extrajudicialmente el cumplimiento.

- 3.2.6.4. Ambas partes concuerdan en que fácticamente TGP no renovó la garantía con la anticipación convenida, por lo que “nos encontramos ante un incumplimiento fáctico”<sup>37</sup>. La labor del Tribunal recae en determinar si este también puede ser calificado como un incumplimiento jurídico y para ello considera que debe analizarse si TGP estaba en mora.
- 3.2.6.5. Así, el Tribunal Arbitral, determina que se está en el presente caso ante una mora automática en función de una interpretación objetiva y sistemática de los Contratos Boot.
- 3.2.6.6. Mediante una interpretación objetiva de los Contratos Boot; buscando determinar la voluntad común de las partes, mediante una interpretación literal, se busca encontrar la voluntad declarada de las partes, más no se indaga en la voluntad interna, o el porqué de lo declarado.
- Esta regla interpretativa consagrada en el art. 168 del cc, señala el Tribunal, en materia contractual encuentra refugio por el segundo párrafo del art. 1361 del cc, al disponerse que “se presume que la declaración expresada en el contrato corresponde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarlo”.
  - En el presente caso, el Tribunal estima que es de aplicación el numeral 1 del art. 1333 del código civil que establece la mora automática “cuando el pacto lo declare expresamente”; señalando que el último párrafo de la cláusula 9.11.3 objeto de interpretación, dice literalmente “para la ejecución referida bastará que haya vencido el plazo para la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, sin haberse presentado al concedente la renovación de la misma”(el subrayado pertenece al Tribunal).
  - Así, el Tribunal Arbitral señala que a su entender al utilizar el término “bastará”, las partes han señalado sin lugar a dudas que no se requeriría más que el vencimiento del plazo de renovación (el no haber presentado TGP al MINEM la renovación con una anticipación no menor de 30 días), para que se genere automáticamente la “situación de incumplimiento jurídico, por la que se aplicaría la penalidad”, no siendo necesario requerimiento alguno al estar ante un supuesto de mora automática en función del literal 1 del art. 1333 del cc.
  - No es correcto señalar que existiría una segunda condición para que proceda el incumplimiento; requiriéndose que “(i) no se renovase la garantía dentro del plazo y (ii) que además no se presentara la renovación”<sup>38</sup>, siendo ambas necesarias para poder ejecutar la garantía, el Tribunal estima que era suficiente que no se haya presentado la renovación en el plazo señalado.
- 3.2.6.7. Mediante una interpretación sistemática de los Contratos Boot; el Tribunal Arbitral señala que también se llega a la misma conclusión, es decir que, si buscamos interpretar la voluntad de las partes en determinada cláusula, a través de las demás para evitar que colisionen entre si buscando coherencia lógica llegaremos a la misma conclusión, ya que;

---

<sup>37</sup> Página 28 del Laudo de fecha 20 de agosto del 2008.

<sup>38</sup> Texto copiado de forma literal de la página 32 del Laudo de fecha 20 de agosto del 2008; considero pertinente mencionar, que el Tribunal parece hacer mención acá al argumento de TGP acerca de la supuesta existencia de una segunda condición para la ejecución de la penalidad, a saber, que la ejecución se de en el ínterin entre el momento en el que debía haber cumplido con entregar la renovación, es decir el 19 de julio del 2006, y el momento en el que se dio efectivamente la renovación de la garantía, siendo esto el 1 de agosto del 2006. A decir de TGP, como se aprecia del numeral 3.2.5.2 y siguientes del presente informe, la penalidad solo podía ser ejecutada cuando (i) no haya sido presentada a tiempo en el plazo de 30 días calendarios previos a su vencimiento y (ii) la ejecución se lleve a cabo antes de que TGP presente una nueva renovación.

- Si vemos en el Anexo 8 (Tabla de Penalidades) de los Contratos Boot, se verá que el hecho que habilita la ejecución de la totalidad de la penalidad es el “incumplimiento en las renovaciones de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria dentro del plazo dispuesto en la cláusula 9.11.3”; por lo que podemos ver que hay concordancia entre lo manifestado en el Anexo 8 y lo señalado en el literal 9.11.3. Señala el Tribunal, además, que incluso en el supuesto negado en el que se admitiera que la cláusula 9.11.3 pide la presentación de la renovación, mientras que para lo manifestado en el Anexo 8 sería suficiente la existencia de la renovación, aunque esta no haya sido comunicada; ya que tanto la presentación, como la renovación misma fueron extemporáneas, no tendría relevancia alguna este argumento, para los fines del proceso.

3.2.6.8. Respecto a lo alegado por TGP acerca de que la intimación en mora estaría pactada por las partes en el literal 16.2.2; el Tribunal Arbitral, ha señalado que ello, no es así, sino que esta cláusula nada tiene que ver con la mora sino con la notificación de la penalidad ya ejecutada y el requerimiento para cumplir con la obligación de presentar la renovación ya que la aplicación de la penalidad no exime a TGP de cumplir con la obligación de renovación. De esta manera, tampoco se contradice la cláusula 9.11.3 en lo que respecta a mora.

3.2.6.9. Por lo que se concluye que no era necesario intimación para sostener que hay un incumplimiento fáctico y jurídico, lo que determina qué; (i) el MINEM sí estaba legitimado a ejecutar la Garantía y (ii) y el MINEM no debía constituir en mora a TGP antes de la ejecución al encontrarnos en un caso de mora automática.

***Respecto del tercer y cuarto punto controvertido; con relación a la pretensión accesorio a la primera pretensión Principal de TGP, acerca de que como consecuencia de ampararse la pretensión principal se ordene la restitución del monto de la Garantía:***

3.2.6.10. El tribunal señala que; dado que la pretensión principal no ha sido amparada, la pretensión accesorio debe seguir su misma suerte, y son desestimados los puntos controvertidos tres y cuatro, por lo que; (i) el MINEM no debe restituir a TGP la suma US\$ 2'000,000.00, correspondientes a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, y (ii) no corresponde el pago de intereses legales sobre dicho monto.

***Respecto del quinto punto controvertido; con relación a la pretensión subordinada formulada por TGP solicitando la reducción equitativa de la penalidad ejecutada por el MINEM:***

3.2.6.11. Nuestro código civil recoge el sistema de mutabilidad de la pena en el artículo 1346, otorgando al juzgador la posibilidad de reducir el monto de esta equitativamente cuando sea manifiestamente excesiva.

3.2.6.12. Las partes pactaron en el literal 9.11.3 que el incumplimiento de la obligación “será sancionado con la ejecución total de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria” (subrayado del Tribunal Arbitral); dando a entender que se buscaba sancionar el eventual incumplimiento de TGP y no medir los daños, ya que la “función de la penalidad es en esencia

sancionadora” mientras que “la indemnización es netamente resarcitoria”<sup>39</sup>. Así, señala el Tribunal Arbitral citando a grandes jurista como MESSINEO Francesco y BORDA Guillermo, que mientras la indemnización debe ser correlativa con los daños sufridos y probados, la cláusula penal por el contrario es independiente de la efectividad del daño o de su prueba, e incluso su monto puede llegar a ser fijado arbitrariamente.

- 3.2.6.13. EL Tribunal Arbitral, entiende que las partes así, fijaron de manera previa los posibles daños evitándose el proceso de prueba de la existencia de estos, así como la probanza de la cuantía, que podrían llevar a la valorización equitativa del resarcimiento (art. 1332 del cc) debido a la difícil probanza de la existencia y cuantía de estos. Amparándose en el art. 1343 del cc que establece que no es exigible la prueba del daño para solicitar la pena, requiriéndose únicamente que el incumplimiento obedezca a causa del deudor salvo pacto en contrario.
- 3.2.6.14. El Tribunal recuerda que en la cláusula 16.2.1 de los Contratos Boot justamente las partes pactaron en contrario y señala que “todos los incumplimientos que son pasibles de ser penalizados se configurarán con prescindencia de la culpa o dolo de la Sociedad Concesionaria”, lo cual se condice con el Anexo 8 que únicamente requiere que se verifique el incumplimiento para proceder la penalidad.
- 3.2.6.15. El Tribunal estima que para poder reducir la penalidad se debe analizar el interés del acreedor y la razón por la cual se incluyó la penalidad en el contrato, qué se buscaba con ella. Así, el Tribunal Arbitral entiende que en los contratos existe un interés público comprometido, que la penalidad busca proteger, por lo que reducir el monto de la penalidad que tiene una fuerte función punitiva aludiendo a la naturaleza y finalidad del contrato ya que se busca disuadir el incumplimiento del deudor para evitar daños al interés público, importaría que la sanción no sea ejemplar y no se cumpliría con la finalidad de disuadir el incumplimiento del deudor. Ello, no cumpliría con la finalidad por la que se pactó esa cláusula sobre todo si se tiene en cuenta que ambas consideraron justo el monto de dicha sanción ejemplar al contratar.
- 3.2.6.16. EL Tribunal Arbitral, señala también, que sin perjuicio de que “bajar los números”<sup>40</sup> del contrato, es decir reducir el monto total del contrato afectaría a los demás postores que luego de hacer números no participaron en la licitación y el principio a la igualdad; lo más grave sería dejar un precedente no disuasivo que se pueda tomar en cuenta en futuro durante la ejecución de los Contratos Boot, ya que todavía faltan al menos 15 renovaciones.
- 3.2.6.17. Todo ello, llevó al Tribunal Arbitral a señalar que dada la naturaleza y finalidad, se considera que la penalidad no es manifiestamente excesiva, sobre todo teniendo en cuenta que fue fruto de una licitación internacional; por lo que desestimaron la reducción solicitada.
- 3.2.6.18. Sin perjuicio de ello el Tribunal aprovechó para manifestarse acerca del argumento esgrimido por TGP acerca de la presentación de la renovación de forma posterior al vencimiento. Sobre el particular, el Tribunal entiende que no tiene nada que ver con la ejecución, ni es un impedimento para esta, sino que al presentar la renovación, lo que está haciendo TGP es cumplir con la obligación que emanaría de la cláusula 16.2.2; ya que “con la penalidad se sanciona la

---

<sup>39</sup> Página 39 del Laudo de fecha 20 de agosto del 2008.

<sup>40</sup> Entendiéndose “números” como el análisis de costos que hacen los postores antes de las licitaciones, en los que ingresan también los costes de penalidades. Para mayores detalles, ver la página 45 y siguientes del Laudo de fecha 20 de agosto del 2008.

infracción de TGP de no presentar oportunamente la garantía renovada, y con la renovación extemporánea de la misma se cumple con la obligación asumida por TGP en la cláusula 16.2.2<sup>41</sup>.

**Respecto al sexto punto controvertido; con relación a la pretensión accesoria a la pretensión subordinada de TGP, acerca de que como consecuencia de ampararse la pretensión subordinada se restituya el monto pagado en exceso como consecuencia de la ejecución de la Garantía:**

3.2.6.19. El tribunal señala que, dado que la pretensión subordinada no ha sido amparada, la pretensión accesoria debe seguir su misma suerte, y es desestimado el punto controvertido sexto, por lo que; (i) el MINEM no debe restituir el exceso del monto pagado por parte de TGP, (ii) ni pagar los intereses legales.

**Respecto al séptimo punto controvertido; con relación a la segunda pretensión de TGP, acerca de que el MINEM asuma los gastos del arbitraje:**

3.2.6.20. El tribunal señala que; atendiendo a que (i) el art. 58 del Reglamento manda que se determine el pago, teniendo presente lo que se ha pactado en el convenio arbitral, (ii) de igual forma se pronuncia el art. 52 de la Ley de arbitraje, y (iii) la cláusula 18.4 de los Contratos Boot ha previsto que todos los gastos serán cubiertos por la parte vencida salvo que el Experto o los Árbitros decidieran otra cosa; en el presente caso, el Tribunal Arbitral considera que ambas partes tenían razones atendibles para litigar por lo que dispone que cada parte cubra sus propios costos, mientras que los gastos comunes (honorarios del Tribunal y gastos del Centro) deberán ser asumidos por ambas partes en igual proporción.

### **3.2.7. ACERCA DEL VOTO PARTICULAR DEL DR. LOAYZA LAZO**

3.2.7.1. Con fecha 20 de Agosto del 2008, el Dr. Alberto Loayza Lazo, emitió su Voto Particular (anexo 19 del presente informe), en el que a diferencia del Laudo dictado en Mayoría, señala que:

- ***La ejecución de la penalidad fue ILEGÍTIMA de acuerdo a una interpretación literal, de buena fe, sistemática y funcional del numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT sub materia.***
- ***Habiéndose determinado en los fundamentos anteriores que la ejecución de la penalidad fue ilegítima de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT, resulta innecesario analizar el tema de la constitución en mora.***
- ***Habiéndose determinado en los fundamentos anteriores que la ejecución de la penalidad fue ilegítima de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT, se concluye que el MINEM está obligado a restituir a favor de TGP la suma de US\$ 2'000,000.00 correspondiente a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria Constituida por la carta Fianza N° D193-502719 que fue ejecutada indebidamente.***
- ***Habiéndose determinado en los fundamentos anteriores que la ejecución de la penalidad fue ilegítima de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT, el MINEM deberá abonar los interés legales correspondientes,***

<sup>41</sup> Página 50 del Laudo de fecha 20 de agosto del 2008.

**devengados desde la fecha de la ejecución de la Carta Fianza D 193-502719, a saber el 17 de agosto del 2006, hasta la fecha de pago de la restitución.**

- **Habiéndose cumplido con la prestación a cargo del Concesionario de forma irregular y sin haber sufrido daños el Concedente, no habiéndose transgredido el propósito del numeral 9.11.3, el Tribunal Arbitral debió en aplicación del art. 1346, reducir equitativamente el monto de la penalidad.**

3.2.7.2. Así, como antesala a resolver sobre los puntos controvertidos, el Árbitro cumple con manifestarse sobre algunos argumentos y cuestiones que merecen un análisis previo de la siguiente manera:

- Respecto a la naturaleza de los Contratos de Concesión; los Contratos de Concesión materia del presente proceso, son contratos - ley, y por lo tanto no solo cuentan con protección de rango constitucional, al habersele otorgado garantías y seguridades por parte del Estado a TGP mediante el DS N° 033-2000-PCM; sino que implica que los administradores de justicia, aunque sea esta privada, deben asumir como premisa que los contratos sub materia son contratos ley y por lo tanto son de *“CARÁCTER CIVIL Y NO ADMINISTRATIVO”*<sup>42</sup> y debe aplicárseles el régimen de derecho privado; siendo que incluso si no existiese una disposición legal que así lo señalara tajantemente, en función del art. IX del Título Preliminar del Código Civil por aplicación supletoria, también sería de aplicación el Código Civil en lo que no sea incompatible con su naturaleza.
- Respecto a si el interés público se vio afectado; el Árbitro considera que en el caso de autos nos encontramos ante una discusión que se centra en si se ha incumplido la obligación contenida en el literal 9.11.3 de los Contratos de Concesión, siendo de vital importancia determinar ahora la naturaleza de dicha obligación, para poder determinar de forma concluyente si se debe aplicar el derecho privado a esta cuestión o si hay un interés público de tal relevancia que implique la imposibilidad de la aplicación de régimen del derecho privado. Para resolver esta cuestión, indaga sobre cuál sería el fundamento o donde recaería el “interés” del interés público (valga la redundancia), llegando a la conclusión, a decir del Árbitro, de que en el mejor de los caso se podría considerar que existe un interés público en que exista una garantía vigente en todo momento, más no en el hecho de que sea renovada en el plazo que otorga el literal bajo comentario. Así se aprecia que este jurista opina que en el presente caso no se ha lesionado el interés público ya que este recae en el servicio público y este no se ha visto afectado.
- Respecto a la naturaleza de la cláusula penal; nos señala que en nuestro sistema solo existen las cláusulas penales indemnizatorias y no tendrían cabida las cláusulas penales punitivas o sancionadoras, y que estaría fuera de lugar buscar una función compulsiva a una cláusula penal en el código civil peruano de 1984 ya que existe una “mutabilidad parcial”<sup>43</sup> de la cláusula penal. Reconoce la existencia de dos clases de cláusulas penales, a saber, (i) la compensatoria o sustitutoria consagrada en el art. 1341 del CC, o (ii) la moratoria para inexactitud espacial o temporal, con la diferencia que se pagará de forma

<sup>42</sup> Página 7 del Voto Singular emitido por el Dr. Alberto Loayza Lazo.

<sup>43</sup> Refiriéndose el Árbitro, a la posibilidad de graduación del monto que el art. 1346 de nuestro código civil consagra; citando a la Dra. MARTINEZ COCO, Elvira. “Ensayos de derecho civil I”. Editorial San Marcos. Primera Edición. 1997.p.162

adicional a la prestación originaria, es decir la obligación principal y no como la anterior donde solo se pagará una de ellas, estando esta consagrada en el art. 1342 del CC. Por último nos dice que ambas comparten como finalidad de su existencia el ser una valuación anticipada de los daños con la ventaja de no tener que probarlos.

- Respecto a la naturaleza de la penalidad contenida en el numeral 9.11.3, nos dice que en función de lo señalado en el literal 16.2.2 una interpretación literal lleva a concluir que la aplicación de la penalidad es previa a la notificación a la que hace alusión dicho literal, en la que asimismo se exige el cumplimiento de la obligación principal, todo lo cual determinaría que estemos ante una cláusula penal moratoria para el retardo en el cumplimiento.

***Respecto del primer punto controvertido; La ejecución de la penalidad fue ILEGÍTIMA de acuerdo a una interpretación literal, de buena fe, sistemática y funcional del numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT sub materia.***

3.2.7.3. Conforme a una interpretación literal; el código civil en el art. 168 ha señalado que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él, y si lo que se busca con este método de interpretación literal es encontrar la común intención de las partes, debemos concluir que esta fue la de consagrar en el art. 9.11.3, (i) un derecho potestativo a favor del MINEM de ejecutar la carta fianza que nace en el instante en el que se incumple la obligación principal, el 19 de julio del 2006 y por otro lado (ii) un modo o forma de ejercicio del derecho potestativo, a saber que este se ejerza sin que se haya presentado la renovación al concedente. En consecuencia era absolutamente ***“legítimo y viable”*** que el MINEM ejecute la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria **HASTA** el 31 de julio del 2006, ya que el 1 de agosto TGP cumple con presentar la renovación. El hecho que el MINEM haya recibido la renovación “sin formular ninguna reserva” sobre el derecho a ejecutar la penalidad hizo que su derecho a la ejecución decaiga; lo que determina la ilegitimidad de la ejecución

3.2.7.4. Conforme a una interpretación acorde a la buena fé; para ello debemos observar la conducta de las partes, el cual debe incluir un criterio objetivo, un estándar jurídico, un prototipo de conducta social media. En el presente caso, el MINEM ha ejecutado la garantía aún cuando esta ya había sido renovada, si bien con un atraso, al momento de la ejecución y sin haber formulado reserva al recepcionar la renovación.

- El Árbitro, argumenta, que si bien nuestro ordenamiento no tiene una norma específica que señala la necesidad de formular reserva al aceptar la prestación para poder exigir la pena, alega que este dispositivo legal que sí se encontraría en el código civil alemán nace de las prácticas comerciales; y en el caso concreto, (i) al haberse recibido la prestación (renovación de la Carta Fianza) aunque tardía, (ii) sin haber ejecutado la cláusula penal (iii) sin haber requerido el cumplimiento, (iv) sin haber formulado reserva, (v) sin que el interés en la renovación haya decaído, y (vi) Sin que se haya vulnerado la finalidad del literal 9.11.3 (entendida esta como que el Estado cuente siempre con una garantía vigente), todo ello determina que al cumplirse estas condiciones objetivas el MINEM habría transmitido un comportamiento concluyente visto desde la buena fe, en el sentido de que el cumplimiento tardío de TGP no le ha causado daño a su interés y por ello renunciaba a la

penalidad, por lo que resulta ilegítima la ejecución efectuada. Alegar que el MINEM siempre tuvo la intención de ejecutar la penalidad es justificar la negligencia del acreedor vía interpretación de la buena fe, ya que tuvo 11 días para ejecutar la penalidad.

- Utilizando las reglas de la buena fe, solo se puede llegar a que fue ilegítima la ejecución del MINEM, ya que es *“incoherente y contrario a una regla mínima de corrección el comportamiento del MEM referido a: (1) No aplicar la penalidad oportunamente, (2) Aceptar el cumplimiento tardío sin formular reserva alguna, y, de manera contradictoria, posteriormente, (3) Ejecutar la garantía después que esta había sido renovada cuando inclusive, según el artículo 9.11.3 ya no tenía derecho para hacerlo”*<sup>44</sup>.

3.2.7.5. Conforme a una interpretación sistemática; buscándole sentido a la cláusula 9.11.3, dudosa, a través del resto de los respectivos contratos, como las cláusulas 9.11.4, 16.2.2, y anexo 8 (tabla de penalidades de los Contratos de Concesión); se llega a la conclusión de que}

- La ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria debía haberse dado mientras estaba vencido el plazo de la obligación principal (entre el 19 y el 31 de julio).
- El numeral 16.2.2., evidencia una cláusula penal moratoria ya que aunque se cobre la penalidad, se deberá igualmente la obligación principal. La aplicación de lo normado en este numeral solo tiene dos aplicaciones, (i) si TGP no renueva, en el momento en el que la garantía es ejecutada, o (ii) incluso habiéndose renovado la garantía, cuando el interés del acreedor se ha lesionado al punto de generarse la caducidad (si el Estado se quedaba sin una garantía vigente en algún momento).
- Así, la penalidad debió ejecutarse antes de aceptar la renovación, o después, solo si esta renovación se vuelve irrelevante al haberse desencadenado la caducidad. Por lo que la ejecución hecha por el MINEM es ilegítima.

3.2.7.6. Conforme a una interpretación funcional o teleológica; este criterio subsidiario, busca encontrar la llamada voluntad común y dar así con el propósito práctico perseguido por las partes. Así, revisando la modificatoria hecha al literal 9.11.3 se explicitó que la finalidad o propósito era que el Estado siempre contara con una garantía siempre vigente, conclusión que el Dr. Loayza apoya en los informes jurídicos del Dr. Zegarra y la conclusión 7 del Dr. Quiroga. En el presente caso, el incumplimiento imputado a TGP no transgredió dicho propósito práctico ni siquiera cuando hubo un retraso, por lo que tampoco estaría justificada la ejecución.

#### ***Respecto del segundo punto controvertido;***

3.2.7.7. Habiéndose determinado en los fundamentos anteriores que la ejecución de la penalidad fue ilegítima de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT, resulta innecesario analizar el tema de la constitución en mora.

#### ***Respecto del Tercer punto controvertido;***

3.2.7.8. Habiéndose determinado en los fundamentos anteriores que la ejecución de la penalidad fue ilegítima de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT, se concluye que el MINEM está obligado a restituir a favor de TGP la suma de US\$

---

<sup>44</sup> Página 33 del Voto Singular emitido por el Dr. Alberto Loayza Lazo

2'000,000.00 correspondiente a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria Constituida por la carta Fianza N° D193-502719 que fue ejecutada indebidamente.

***Respecto del cuarto punto controvertido;***

3.2.7.9. Habiéndose determinado en los fundamentos anteriores que la ejecución de la penalidad fue ilegítima de acuerdo a lo establecido por las partes en el numeral 9.11.3 de los Contratos BOOT, el MINEM deberá abonar los intereses legales correspondientes, devengados desde la fecha de la ejecución de la Carta Fianza D 193-502719, a saber el 17 de agosto del 2006, hasta la fecha de pago de la restitución.

***Respecto del quinto punto controvertido;***

3.2.7.10. Respecto a este punto, a pesar que el Tribunal en mayoría se aleja de las reglas imperativas de interpretación para los juzgadores lo que bien podría implicar la inaplicación de la ley en su interpretación de los fundamentos antes esbozados, llegándose a posiciones absolutamente contrarias; toda vez que, aunque el Dr. Loayza determina la ilegitimidad de la ejecución, pero la mayoría mantiene la legitimidad de esta, y la demandante ha solicitado como pretensión subordinada la reducción de la penalidad, considera que a pesar de estar en contra de la ejecución, debe manifestarse respecto a si corresponde o no una reducción en el escenario dado.

3.2.7.11. Así, señala que nuestro código se adhiere a la inmutabilidad relativa parcial de la cláusula penal, donde se manifiesta que solo por excepción puede esta ser modificada por el juzgador. Y siendo que en el presente caso la finalidad de la obligación (mantener una garantía siempre vigente) no fue transgredida, sino cumplida de forma irregular y sin que se formule reserva por el acreedor al recibir la prestación, no habiéndose generado ningún daño al interés público (ya que el servicio no se ha interrumpido ni, en el mejor de los casos, se ha dejado al Concedente sin garantía vigente en momento alguno, y es ahí, a decir del jurista que recae únicamente el interés público factible de lesión- véase el punto 3.2.7.2 del presente informe o el punto II.1.2.b del Voto Singular-), siendo este un cumplimiento irregular y no absoluto ya que el interés del acreedor subsiste, y agregando la falta de reserva a la recepción de la renovación irregular, no queda duda que no habiéndose transgredido el propósito del numeral 9.11.3, el Tribunal Arbitral debió en aplicación del art. 1346, reducir equitativamente el monto de la penalidad.

**IV. PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE**

Teniendo en cuenta los antecedentes del caso y la posición de las partes y del Tribunal Arbitral, tanto en el Laudo en mayoría, como en el voto singular emitido por el Dr. Loayza Lazo; a continuación se mencionan los principales problemas jurídicos detectados en el expediente:

***PROBLEMAS ARBITRALES***

4.1. ¿Se puede resolver en un mismo proceso arbitral las controversias que se refieren a dos cláusulas arbitrales (dos contratos)?

## **PROBLEMAS DE FONDO**

- 4.2. ¿Los contratos sub Litis son contratos administrativos o civiles? y ¿les son de aplicación las normas del código civil?
- 4.3. ¿Cómo debe interpretarse la cláusula 9.11.3 de los Contratos de Concesión?
- 4.4. ¿El MINEM debió intimar en mora a TGP?; ¿Qué regula el literal 16.2.2. de los Contratos BOOT?
- 4.5. ¿Ha existido incumplimiento por parte de TGP?
- 4.6. ¿La ejecución de la penalidad representada en la Carta Fianza efectuada por el MINEM fue indebida?
- 4.7. ¿El MINEM vulneró los principios de proporcionalidad y razonabilidad con su actuar?
- 4.8. ¿Se encontraba el MINEM habilitado para resolver los Contratos BOOT en función del incumplimiento atribuido a TGP?
- 4.9. ¿Ante qué tipo de cláusula penal o penalidad nos encontramos?
- 4.10. ¿Se debía aplicar la reducción de la penalidad ejecutada por el MINEM a TGP por ser “manifiestamente excesiva”?

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y POSICIÓN DEL GRADUANDO:**

### **5.1. ¿SE PUEDE RESOLVER EN UN MISMO PROCESO ARBITRAL LAS CONTROVERSIAS QUE SE REFIEREN A DOS CLÁUSULAS ARBITRALES (DOS CONTRATOS)?**

- 5.1.1. Las controversias arbitrales derivadas de la ejecución de dos o más contratos sí se pueden resolver en un mismo proceso arbitral. En efecto, si bien un proceso arbitral deriva del pacto de las partes establecido en una misma cláusula arbitral que en principio debería estar estipulada en un contrato, la práctica arbitral internacional y el ordenamiento jurídico peruano admite que en un solo proceso arbitral se resuelva controversias vinculadas a varios contratos sean estos coligados, conexos (como en el presente caso) o continuos o, incluso, en los casos en que hay referencia en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral (artículo 10 de la Ley general de Arbitraje)<sup>45</sup>.
- 5.1.2. Así, como nos dicen los Dres. MENDOZA DEL MAESTRO y GARCIA RIVAS; *“Para determinar si hay contratos conexos debemos tener en cuenta las siguientes fases: a) Determinar si existen diversos contratos con fines independientes y autónomos. b) En los casos de coligación en sentido estricto, verificar si existe un fin común entre los contratos, por lo que cada contrato autónomo contribuye con el mismo. En ese sentido, son necesarios cada uno de los contratos para el logro del objetivo final a alcanzar. En los demás supuestos de coligación habrá que encontrar el vínculo o los vínculos contractuales y la intensidad de los mismos. c) Finalmente, habrá que dela (SIC) tercera fase es determinar la existencia de interrelación de las vicisitudes de un contrato a otro sobre el*

---

<sup>45</sup> Siendo dicha norma jurídica la que se encontraba vigente al momento del arbitraje, y que ha encontrado reflejo y mayor plenitud en el art. 13 del Decreto Legislativo N° 1071.

plano de los efectos jurídicos, es decir, se requerirá la existencia de una dependencia genética, funcional o patológica entre todos los contratos.”<sup>46</sup> (Énfasis añadido)

5.1.3. En ese sentido, en el presente caso, podemos observar que; (i) existen dos Contratos de Concesión autónomos y con finalidades independientes, ya que uno persigue todo lo relacionado a la construcción, diseño, suministro de bienes y servicios, e incluso la explotación del Sistema de Transporte de Gas y el segundo, todo lo relacionado la construcción, diseño, suministro de bienes y servicios, e incluso la explotación del Sistema de Transporte de Líquidos; (ii) como se puede apreciar y es lógico, existe un fin común en los Contratos de Concesión bajo comentario, ya que ambos buscan concretizar la concesión otorgada a TGP y de esa manera cumplir con el fin público que es viabilizar que se brinde el servicio público de suministro de gas de Camisea y (iii) en el presente caso, nos encontraríamos ante una vinculación genética, ya que nace desde que se celebran los contratos, y también podría decirse patológica, ya que las “*patologías en la estructura de uno de los contratos o en el devenir del mismo, afecta la validez o eficacia de los otros*”<sup>47</sup>, como se podría dar en el presente caso, ya que el incumplimiento de la obligación de dar la Garantía de fiel Cumplimiento Complementaria, podría devenir en la caducidad del Contrato de Concesión de Transporte de Líquidos a pesar de únicamente haberse alegado como incumplimiento del Contrato de Concesión de Transporte de Gas ya que como vemos en la cláusula 9.11.3 de ambos Contratos de Concesión (recordemos que nos referimos a la versión final, esto es la versión que consta en las correspondientes Segundas Cláusulas Adicionales), se deja constancia incluso no solo que la penalidad protege al otro contrato, sino que es la misma penalidad la que está regulada en ambos contratos, por lo que la conexidad, considero está más que comprobada.

## **5.2. ¿LOS CONTRATOS SUB LITIS SON CONTRATOS ADMINISTRATIVOS O CIVILES? Y ¿LES SON DE APLICACIÓN LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL?**

5.2.1. En el presente proceso ha existido bastante controversia acerca de estos puntos y este graduando se adhiere a la postura que ha tomado el Tribunal Arbitral en mayoría, en el sentido de que sí se debe aplicar al presente caso el Código Civil, atendiendo a que, más allá de la discusión académica que se pueda hacer acerca de si los contratos de concesión son contratos civiles o administrativos; lo cierto es que el Código Civil es una norma de aplicación supletoria para todos los contratos, en cuanto no sean incompatibles con su propia naturaleza o regulación, por lo que las normas generales de contratos contenidas en el código civil serán de aplicación por acción del artículo IX del título preliminar de dicho cuerpo normativo, a menos que se demuestre que existe una norma específica que la contradiga.

5.2.2. Considero relevante lo que nos recuerda el Dr. RIVERA FERREYROS comentando a DROMI<sup>48</sup>, al mencionar que “*como lo apunta Dromi “el contrato de la administración, /es/ una de las*

<sup>46</sup> MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto y GARCIA RIVAS, Alexander Hernán. En “*Erosión o extensión del res inter alios a propósito de la coligación contractual inmobiliaria*”. En IUS ET VERITAS N° 56. Julio 2018.Pp. 269

<sup>47</sup> MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto y GARCIA RIVAS, Alexander Hernán. En “*Erosión o extensión del res inter alios a propósito de la coligación contractual inmobiliaria*”. En IUS ET VERITAS N° 56. Julio 2018.Pp. 265

<sup>48</sup> DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2001, pág. 355

*formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico”<sup>49</sup>*

5.2.3. Ahora, sin perjuicio de ello, en el presente informe, sí considero necesario, aunque sea de un punto de vista académico y no tenga una verdadera implicancia práctica en como este graduando considera que se deben aplicar las normas al presente caso; determinar si los Contratos de Concesión materia sub Litis, son de carácter administrativos o no. Así, nos apoyamos en lo antes dicho y lo señalado por el jurista RIVERA FERREYROS antes citado, en el sentido que;

*“el contrato, como lo sostiene gran parte de la doctrina, no es una institución exclusiva del derecho civil (...). No será extraña, entonces, para el derecho administrativo la figura del contrato, aunque con algunas diferencias y características propias que lo distancian del contrato llamémosle puramente privado; provenientes básicamente de dos características: a) En los contratos administrativos se establece una relación jurídica en la cual por lo menos una de los sujetos intervinientes lo hace en ejercicio de su función administrativa; y, b) que el objeto del contrato esté relacionado directamente con los fines públicos del Estado.”<sup>50</sup> (Énfasis añadido)*

5.2.4. Con esto, vemos, que efectivamente para que se pueda alegar que un contrato es Administrativo y no lo que se denomina “puramente privado”, deberían concurrir al menos una de las características antes anotadas, a saber, que (i) una de las partes intervinientes lo haga en ejercicio de su función administrativa en búsqueda de la satisfacción de un interés (o fin) público, y/o (ii) la administración este haciendo uso de sus facultades exorbitantes. Si no hay ninguno de los dos, el estado actúa como privado, y por lo tanto estará sometido íntegramente a la legislación privada, no de forma supletoria, sino de forma imperativa.

5.2.5. En el presente caso, como hemos podido apreciar, el estado no ha hecho uso de facultades exorbitantes, ni se han plasmado ellas en los Contratos de Concesión como podrían ser cláusulas de modificación, caducidad, nulidad o resolución unilaterales, sino que por el contrario, encontramos listados taxativos y método para que estos se puedan dar, justamente no dando lugar a que pueda haber prerrogativas exorbitantes, y un claro ejemplo de esto lo encontramos en la cláusula 21 que trata las causales de caducidad de la concesión y que más adelante abordaremos de forma explícita al analizar si el MINEM se encontraba o no autorizada a resolver la concesión por el incumplimiento de TGP a la cláusula 9.11.3 alegado.

5.2.6. Sin perjuicio de ello, lo que sí es innegable, es que en el presente caso, una de las partes intervinientes, sí lo está haciendo en ejercicio claro de su función administrativa prestacional para satisfacer un servicio público como “titular” de los bienes materia de concesión, cuya explotación

<sup>49</sup> RIVERA FERREYROS, Gustavo. En “¿Contrato civil vs. Contrato administrativo? Una breve aproximación a la idea unitaria del contrato.”. En [http://www.parthenon.pe/columnas/al-derecho-o-al-reves/contrato-civil-vs-contrato-administrativo/#\\_ftnref10](http://www.parthenon.pe/columnas/al-derecho-o-al-reves/contrato-civil-vs-contrato-administrativo/#_ftnref10). Fecha de consulta 28-07-2020.

<sup>50</sup> RIVERA FERREYROS, Gustavo. En “¿Contrato civil vs. Contrato administrativo? Una breve aproximación a la idea unitaria del contrato.”. En [http://www.parthenon.pe/columnas/al-derecho-o-al-reves/contrato-civil-vs-contrato-administrativo/#\\_ftnref10](http://www.parthenon.pe/columnas/al-derecho-o-al-reves/contrato-civil-vs-contrato-administrativo/#_ftnref10). Fecha de consulta 28-07-2020.

y demás otorga a TGP a través de los Contratos de Concesión con la finalidad de satisfacer un interés (o fin) público. Por todo lo cual, no habría duda, que de acuerdo a lo que hemos visto, nos encontraríamos ante contratos administrativos y no los denominados “*puramente privados*”.

5.2.7. Ahora, ello no debe llevarnos de por sí a señalar que no sería de aplicación las normas del Código Civil, solo por el hecho de haber determinado que son contratos administrativos. Debo señalar sin desmerecer todo lo antes dicho, en lo que respecta a la aplicación del Código Civil en el presente proceso, este graduando se acoge a señalado por el Tribunal Arbitral en Mayoría en el sentido de que, sin perjuicio de que hayamos reconocido la naturaleza de Contratos Administrativos de este tipo de contratos, lo cierto es que son contratos por sobre todas las cosas, y las normas contenidas en el código civil sí le serían de aplicación no solo por la supletoriedad de aplicación del código en función del título preliminar del código mismo, sino porque son normas comunes a todos los contratos, que forman y se aplican a todos en general en cuanto no haya ley específica o algo en su naturaleza que haga que sean incompatibles con la norma general.

5.2.8. Es menester señalar que así como sucede en el presente caso (a propósito de lo señalado por TGP acerca de la calidad de Contrato Ley de los Contratos BOOT como justificación de la aplicación del código civil) el Estado también tiene escenarios en los que decide ponerse a la par que el privado y no incluir cláusulas exorbitantes en los contratos. Incluso, cuando hay casos en los que haya una gran inversión de por medio, el Estado puede brindar garantías acerca de su voluntad de actuar como privado, siendo así que se otorgan los llamados convenios de estabilidad jurídica o contratos ley, que “congelan” la normativa vigente para que los inversionistas no puedan ser sorprendidos con un cambio normativo que vuelva inviable o injusto el contrato, es decir, se tengan claras las reglas de juego, ya que muy difícil será jugar “contra” quien pone las reglas y las puede cambiar a su antojo. Ahora, si bien considero que no es materia pertinente del presente informe explayarme acerca de los contratos ley, si considero justo mencionar que el hecho que se celebren acuerdos que pongan en paridad al Estado con el privado, es decir estos denominados contratos Ley, no cambia por ese solo hecho la naturaleza del contrato original, que como hemos visto es administrativa y no civil, ya que no solo interviene la administración en ejercicio de la función administrativa (al otorgar la concesión y suscribir los Contratos BOOT), sino que además hay una clara finalidad de satisfacción del interés público.

5.2.9. Así, en el presente caso, TGP siempre sostuvo que la norma a aplicarse es el Código Civil de 1984, mientras que el MINEM fue quien pareciera oponerse al señalar la calidad de contratos administrativos. En este sentido, sostuvieron a través del informe del Dr. ZEGARRA<sup>51</sup> que la legislación aplicable al presente caso, en el que se discute la debida o indebida ejecución de una penalidad, serían los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y 060-96-PCM, en específico los artículos 32 y 30 respectivamente que dicen:

- Decreto Supremo N° 059-96-PCM:  
“Artículo 32.- El Estado podrá:  
a.- Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato;  
(...)”
- Decreto Supremo N°060-96-PCM

---

<sup>51</sup> Anexo 1-D de la Contestación de demanda presentada por el MINEM y anexo 10 del presente informe.

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

(...)

g.- Hacer efectivas las garantías establecidas en las bases, así como las penalidades por incumplimiento previstas en las bases;

(...)”

5.2.10. Más allá de lo antes señalado acerca de la calidad de contratos administrativos de los Contratos Boot sub Litis, lo cierto es que estas normas específicas que serían de aplicación, no son contrarias o incompatibles a las normas generales de contratación contenidas en el código civil; incluso, me atrevería a señalar que estas normas son normas habilitantes para que el actuar de la entidad se encuentre ajustado a ley<sup>52</sup>, ya que no debemos olvidar que mientras que el privado puede hacer todo lo que la ley no prohíbe y no está obligado hacer nada que la ley no manda, la administración solo puede hacer aquello que la ley expresamente le habilita.

5.2.11. Así, como nos dice el Dr. GUZMAN NAPURÍ, *“la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa (10<sup>53</sup>). La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, e incluso, con reiterada jurisprudencia, en especial la emitida por el Tribunal Constitucional.”*<sup>54</sup> (Énfasis añadido)

5.2.12. Debido a todo ello, ante la falta de una regulación especial, y más aún, una regulación especial que se encuentre en contra de las normas de contratación generales que contiene el Código Civil, es la opinión de este graduando que esta norma es de plena aplicación al caso en concreto, bien sea que se trate de justificar su aplicación por la subsidiariedad del código en función del art. IX del título preliminar de dicho cuerpo normativo y su aplicación a todos los contratos en general ya que como ha señalado el Tribunal en mayoría *“son genéricamente contratos”*<sup>55</sup>, o bien por el hecho innegable de que ni la Ley marco de Promoción de Inversión Descentralizada, ni su reglamento aprobado por el D.S. N°015-2004-PCM, ni los D.S. 059-96-PCM o 060-96-PCM que son el “texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos” y su reglamento respectivamente, cuentan con normas específicas respecto al incumplimiento contractual ni a las penalidades o la ejecución de ellas, por lo que mucho menos habrá alguna que sean incompatibles con la norma general.

---

<sup>52</sup> Principio de legalidad; como nos dice el Dr. GUZMAN NAPURÍ, Christian. *“El principio de Legalidad es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho administrativo puesto que establece que las autoridades administrativas -y en general todas las autoridades que componen el Estado deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades”*. (En “Los principios generales del Derecho Administrativo”. En IUS ET VERITAS N° 37 pp. 230)

<sup>53</sup> Cita efectuada por el Dr. GUZMAN NAPURÍ que lee: “OCHOA CARDICH, César. Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo. En: Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley 27444. Lima: ARA, 2003, p. 53”

<sup>54</sup> GUZMAN NAPURÍ, Christian. En “Los principios generales del Derecho Administrativo”. En IUS ET VERITAS N° 37 pp. 230-231

<sup>55</sup> Página 24 del Laudo de fecha 20 de agosto del 2008.

### **5.3. ¿CÓMO DEBE INTERPRETARSE LA CLÁUSULA 9.11.3 DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN?**

- 5.3.1. Respecto a este punto, habiéndose señalado en el punto precedente que los Contratos de Concesión, se encuentran sometidos a la legislación civil general, y dejando de lado la discusión, en nuestra opinión zanjada, acerca de la calidad de contratos administrativos de estos; es la opinión de este graduando que la cláusula 9.11.3 de los Contratos BOOT contiene tres obligaciones a cargo de TGP, constituida por (i) una obligación de otorgar una Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria por el monto de US\$ 2'000,000.00 emitida “por plazos no menores a dos (2) años”, (ii) una segunda obligación acerca de que dicha garantía “debe mantenerse vigente desde la fecha de su entrega al Concedente hasta noventa (90) días calendario posteriores a la fecha de vencimiento del plazo del Contrato”<sup>56</sup> y (iii) una tercera obligación de renovar dicha garantía antes de los 30 días del vencimiento de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria o la carta fianza donde se encuentra representada esta, entregada previamente y asimismo, (iii.i)<sup>57</sup> una penalidad de carácter punitivo o disuasorio (llamémosla en seguridad de un pacto) en caso se incumpliera la obligación principal a la cual se encuentra vinculada<sup>58</sup>.
- 5.3.2. Si bien en el presente arbitraje no ha sido materia de pronunciamiento y por ello no ahondaré más, sí es la opinión de este graduando que es pertinente señalar que la cláusula 9.11.3 que ha sido materia de interpretación a través de todo el proceso, contiene como he señalado tres obligaciones distintas, interconectadas, pero dos de las cuales han sido cumplidas en mi opinión a cabalidad y otra que como veremos, considero que no, y esta última, es a su vez la que con tiene anudada una penalidad cuya aplicación fue la causa del presente proceso. Sin entrar a fondo solo quisiera dejar establecido, que la primera y segunda obligación, es decir la obligación de otorgar y la obligación de mantener vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, se encontraría estipulada en el primer y segundo párrafos de la cláusula 9.11.3 de los Contratos de Concesión y difiere de la contenida en el tercer párrafo de dicha cláusula, que trata acerca de la renovación de dicha Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria y de la penalidad materia de autos<sup>59</sup>.
- 5.3.3. Este razonamiento se ve reforzado con la revisión de la cláusula 21.1 de los Contratos de Concesión, que trata las causales de caducidad de la concesión, si nos fijamos que el punto 21.1.c.9 señala como causal el “Incumplimiento de la obligación estipulada en la Cláusula

---

<sup>56</sup> Estas obligaciones están claramente estipuladas en el segundo párrafo de la cláusula 9.11.3 de la Segunda Cláusula Adicional de los Contratos de Concesión.

<sup>57</sup> La numeración es en atención a su carácter accesorio a la obligación principal de renovar a la que se encuentra vinculada.

<sup>58</sup> Es menester señalar aquí, que si bien he señalado que en opinión de este graduando, la penalidad que se ha pactado por las partes libremente, ha sido una en seguridad del pacto, y que esta sería de carácter disuasorio o punitivo; en este apartado, no se tratarán las razones por las que he señalado esto, siendo materia de un apartado propio mas adelante en el presente informe, siendo pertinente únicamente mencionarlo para poder ver que las reglas de interpretación con las que contamos, dejan ver también que esta ha sido la intención de las partes aunque no lo hayan señalado con el nombre de penalidad punitiva o desincentivadora.

<sup>59</sup> Los temas acerca del cumplimiento o no de estas obligaciones y sus consecuencias, serán materia de los apartados siguientes.

9.11.3”<sup>60</sup>, y punto seguido el 21.1.c.10 señala como causal el “*Incumplimiento a la obligación de renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento o la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria Conforme a las cláusulas 9.11.1 o 9.11.3, según el caso o el incumplimiento de incrementar el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria Conforme a la Cláusula 3.2.2.b).*”. Así, vemos como hay un claro distingo entre la obligación de renovar y la obligación “*estipulada en la cláusula 9.11.3*” que no puede ser otra, que la de otorgar y mantener vigente la garantía misma como hemos detallado.

5.3.4. Así, para llegar a esta conclusión es menester tener presente, como lo han señalado, tanto en el Laudo por mayoría, como en el voto singular, las reglas y principios de interpretación contractual que se aplican en nuestra legislación, a pesar de que ellos se encuentran consagrados en el mayor campo del “acto jurídico” de nuestro Código Civil y no en la parte específica destinada a los contratos (sin perjuicio que el fondo encuentre correlato con los artículos 1361 y 1362 del CC).

5.3.5. Considero pertinente tener presente lo señalado por el Dr. Bullard, en sus conclusiones al analizar desde nuestras normas de interpretación contractual, y señalar que:

*“En general el proceso de interpretación debería visualizarse como un recorrido entre círculos concéntricos, que tienen al centro círculos más textualistas que van diluyendo su textualismos hacia contextualismo conforme caemos en anillos más alejados del centro. Así, el intérprete comienza en el círculo central, que sería la interpretación literal, y va pasando los círculos siguientes (método sistemático, búsqueda de la intención real, funcionalismo) según va agotando los recursos para encontrar un sentido atendible al término contractual.”*<sup>61</sup>(Énfasis añadido)

5.3.6. Teniendo en cuenta este marco conceptual, debemos siempre partir del contrato, del texto mismo de este, buscando el significado de cualquier obscuridad que se haya podido dejar en él, o que haya sido alegada por alguna de las partes y únicamente si es que no encontramos una respuesta en esta forma de la voluntad de las partes plasmada en tinta (método literal), se deberá pasar al siguiente, método interpretativo, es decir el sistemático, luego a la interpretación funcional o teleológica.

5.3.7. En el presente caso debo señalar que concuerdo con el Tribunal en mayoría, en el sentido de que en el presente caso se puede llegar a interpretar la voluntad común de las partes con el método literal; siendo que la única interpretación válida, según este método, sería que las partes han acordado que existirá incumplimiento cuando no se haya presentado la renovación de la Garantía Complementaria de Fiel Cumplimiento al cumplirse el día 30 previo al vencimiento de

---

<sup>60</sup> Acá podemos apreciar como pareciera que la las dos primeras obligaciones que hemos señalado que encontrarían en la cláusula 9.11.3, se habían visto subsumidas en una por esta redacción, pero consideramos que ello, se debe a un descuido debido a la intención común de las partes de dejar por separado la obligación de renovar, y darle su propia causal de caducidad.

<sup>61</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. En “*Análisis Económico de la Interpretación Contractual en el Sistema Peruano (de acuerdo en que no estamos de acuerdo)*”. En: [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146\\_analisis.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146_analisis.pdf). Fecha de consulta 28-07-2020.

esta de acuerdo a lo pactado, sin ser necesario una intimación para que exista incumplimiento por parte de TGP y por lo tanto será exigible la penalidad contenida en dicha cláusula.<sup>62</sup>

5.3.8. De esta manera, debemos tener presente que lo que se busca es la manifestación común de las partes, la voluntad exteriorizada, más no indaga o siquiera se preocuparía en la voluntad interna o no exteriorizada de cada parte, en la causa o razón para contratar o para hacerlo de determinada manera y no de otra; lo único que le importa a este método interpretativo es llegar a la voluntad registrada en tinta sin ahondar en las motivaciones de cada parte para contratar.

5.3.9. Por todo ello, considero que de una interpretación literal, se debe afirmar que las partes han exteriorizado su inequívoca intención de que para que exista incumplimiento de la obligación principal, esto es la obligación de renovar la Carta Fianza, y por lo tanto se habilite la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria<sup>63</sup>, únicamente se requería que TGP no haya cumplido con renovar la carta fianza a los 30 días previos a su vencimiento esto es, el 19 de julio del 2006 sin requerirse ninguna acción adicional por parte de TGP o del MINEM para poder solicitar el pago, es decir que también hay mora automática<sup>64</sup> en función del inciso 1 del art. 1333 del código civil.

5.3.10. Respecto a la necesidad de o no de intimar en mora, en nuestro sistema jurídico, la normativa es bastante clara y se encuentra focalizada en el art. 1333 de nuestro código civil, siendo que respecto a este la jurisprudencia ha señalado que:

*“cuyo primer párrafo se adscribe al sistema de mora interpelatoria o mora ex persona, que exige que el acreedor requiera o interpele judicialmente o extrajudicialmente a su deudor comunicándole su voluntad de que cumpla con el pago sin dilación; mientras su segundo párrafo adhiriéndose al sistema de mora objetiva prevé los supuestos en que se produce la mora automática en el cual el deudor incurre en mora por el sólo vencimiento del plazo cierto”*<sup>65</sup>(Énfasis añadido).

---

<sup>62</sup> En el presente caso, como he señalado con anterioridad, no ha sido materia de pronunciamiento ni se ha analizado lo que he determinado sería una primera obligación por parte de TGP, a saber, una obligación de otorgar una Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria por el monto de US\$ 2'000,000.00 emitida “por plazos no menores a dos (2) años y que debe mantenerse vigente desde la fecha de su entrega al Concedente hasta noventa (90) días calendario posteriores a la fecha de vencimiento del plazo del Contrato”, por lo que centrare el análisis en lo que sí ha sido materia de pronunciamiento por las partes y el Tribunal; pero ello no significa que no se encuentre ahí, a pesar que se pueda haber visto subsumida por las partes o los árbitros en la segunda y tercera obligación que contiene la cláusula 9.11.3, dependiendo de si se está interpretando o analizando el cumplimiento del mantenimiento o de la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria respectivamente. Sin perjuicio de ello, considero que también se llega a la interpretación de que este sería el sentido claro e inequívoco de esta obligación (la obligación de renovar), a través del método literal, toda vez que a pesar de haberse visto subsumida dentro de la obligación de renovar la garantía, lo cierto es que ni las partes, ni los árbitros han discutido o se han preocupado de esta; lo cual asumo es porque han tomado esta obligación como el extremo inicial o mejor dicho un prerrequisito necesario para la existencia de la obligación de renovar, siendo por lo tanto un “hecho no controvertido” que efectivamente se ha cumplido con este extremo o prerrequisito, determinando que este extremo de la cláusula 9.11.3 no requiera interpretación alguna, centrándose por completo en el tercer párrafo.

<sup>63</sup> Respecto a la necesidad de intimar en mora o no, para la ejecución de la propia garantía, no será tratado en este apartado, ya que tiene su propio literal donde es materia de debate por separado.

<sup>64</sup> Este punto, acerca de necesidad de la intimación en mora o la existencia de mora automática, será tratado en un apartado siguiente del presente informe a detalle.

<sup>65</sup> Sentencia de Casación emitida por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, CAS N° 1128-2005 –La Libertad, de fecha 06 de Septiembre del 2006. Considerando Undécimo.

5.3.11. La doctrina ha apoyado esto, como claramente señalan los Dres. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, al señalar que:

*“Esta hipótesis de mora automática se origina por voluntad de las partes. Son éstas las que pueden convenir libremente, en ejercicio de su autonomía contractual, que el solo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.”<sup>66</sup> (Énfasis añadido)*

5.3.12. Esto se afirma en función de que de la lectura simple de la cláusula 9.11.3 bajo comentario, como ha señalado correctamente el Tribunal en mayoría, las partes han señalado con absoluta claridad que “para la ejecución referida **bastará que se haya vencido el plazo para la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, sin haberse presentado al Concedente la renovación de la misma**” (énfasis añadido); la tinta es clara y el pacto lo declara expresamente, bastará que se haya vencido, el plazo antes dado para que sea exigible la ejecución, y siendo esta exigible únicamente ante el incumplimiento de la obligación principal, tenemos que para que se configure el incumplimiento de la obligación principal únicamente **bastará el paso del plazo**.

5.3.13. Ahora, como hemos visto en el punto precedente, hemos señalado que a nuestro parecer en el presente caso ha operado un caso de mora automática para darse el incumplimiento de la obligación principal de TGP contenida en la cláusula 9.11.3 de los Contratos de Concesión, lo que a su vez habría llevado a que se habilite la ejecución de la penalidad.

5.3.14. Un punto que es necesario mencionar y que en nuestra opinión solidifica esta interpretación, es el hecho que esta cláusula, y las obligaciones que contiene, han sido materia de negociaciones detalladas que incluso han llevado a que hayan sido modificadas a través de la Segunda Cláusula Adicional de cada Contrato de Concesión, demostrándose que esta previsión se ha originado por la voluntad de las partes, habiéndose pactado de forma expresa, o al menos habiendo sido revisada en varias oportunidades. Y habiéndose demostrado que la propia literalidad de la cláusula lleva a entender una mora automática, consideramos que se cumple con el mandato del art. 1333 inciso 1 del Código Civil, ya que en caso se encontraran en desacuerdo o no quisieran tener una mora automática pactada, podrían haberlo sacado del texto de la cláusula como se hizo con otras disposiciones.

#### **5.4. ¿EL MINEM DEBIÓ INTIMAR EN MORA A TGP?; ¿QUÉ REGULA EL LITERAL 16.2.2. DE LOS CONTRATOS BOOT?**

5.4.1. Es la opinión de este graduando que en el presente caso **NO** existía una obligación por parte del MINEM de intimar en mora a TGP para que esta se halle en incumplimiento, que habilitó a su vez a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria; toda vez que nos encontramos ante un supuesto de mora automática contenida en el art. 1333, en específico el inciso 1 del CC. Tampoco, opino, era un requerimiento de la ejecución de la garantía misma, como TGP intentó argumentar en determinado momento, toda vez que configurado el incumplimiento

---

<sup>66</sup> CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra Editores. Lima 2008. Pp. 921

de la obligación principal, se vuelve plenamente exigible la penalidad estipulada en respaldo de dicho pacto, ya que el único presupuesto de su exigibilidad es que exista incumplimiento y a tenor del art. 1343 del código civil, haya culpa o dolo imputable al deudor, o pacto en contrario.

- 5.4.2. Así, hemos demostrado en párrafos precedentes que se habría dado un caso de aplicación del art. 1333 inciso 1 del código civil, toda vez que las partes habrían señalado expresamente en el contrato, que para la ejecución de la penalidad únicamente “**bastará**”, es decir, se requerirá única y exclusivamente, que TGP no haya cumplido con presentar la renovación al MINEM dentro del plazo de 30 días calendarios previos a su vencimiento, es decir antes del 19 de julio del 2006 (no siendo el incumplimiento fáctico un hecho controvertido) para que TGP se halle en incumplimiento propiamente dicho; siéndole exigible el pago de la penalidad de forma inmediata por aplicación del art. 1343 del Código Civil al haberse verificado el incumplimiento con el solo paso del plazo de renovación, sin ser necesario estudiar si ha existido dolo o culpa en ello, toda vez que las partes habían pactado en la cláusula 16.2.1<sup>67</sup> la prescindencia del dolo o culpa para los incumplimientos pasibles de ser penalizados y por lo tanto le sea exigible la penalidad pactada y formalizada en la Carta Fianza materia de ejecución.
- 5.4.3. Entonces, frente a la obligación principal de renovación que mantenía TGP hemos dejado zanjado en los párrafos precedentes que no se requería ningún tipo de intimación en mora, ya que las partes habían pactado por su libre determinación, una mora automática al amparo de lo señalado en el art. 1333 inciso 1 de nuestro código civil; sin embargo, considero que es necesario hacer mención al argumento esbozado por la demandante respecto a que para la ejecución de la penalidad misma, también habría sido necesario una comunicación previa de intimación.
- 5.4.4. Habiéndose establecido la mora automática en el punto precedente, debemos analizar que implicancias tiene la cláusula 16.2.2. de los Contratos de Concesión, toda vez que TGP sostuvo que para que existiera incumplimiento propiamente dicho en sentido jurídico respecto a su obligación de renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, las partes no solo nunca pactaron la mora automática en el literal 9.11.3, sino que además, pactaron en el literal 16.2.2. de los Contratos de Concesión, expresamente una notificación acerca del incumplimiento (fáctico, más no supuestamente jurídico) con un plazo para cumplir necesario, como intimación, y además para darles un plazo adicional para cumplir antes de que se pueda hablar de incumplimiento y cobrar la penalidad. Es decir, siguiendo el razonamiento de TGP, el día que venció el plazo impuesto en la cláusula 9.11.3, el MINEM debería enviar una comunicación intimándolos en mora, y otorgándoles un nuevo plazo para cumplir, asumimos, bajo sanción de ejecución de la penalidad y únicamente cuando este nuevo plazo se haya incumplido, se podría hablar de incumplimiento de la cláusula 9.11.3 y por lo tanto cobrar la penalidad.
- 5.4.5. Este razonamiento, lo consideramos errado y una interpretación antojadiza de la cláusula 16.2.2<sup>68</sup> bajo comentario, toda vez que como ha expresado el Tribunal en mayoría y cuya opinión

---

16.2.1 Los eventos o incumplimientos que son pasibles de ser penalizados se configurarán con prescindencia del dolo o culpa de la Sociedad Concesionaria o de las Personas por quienes aquella debe responder, salvo disposición expresa en sentido contrario contenida en este Contrato o en las Leyes Aplicables.

67

68 Consideramos adecuado señalar que esta cláusula no debe ser vista como una cláusula dependiente únicamente (o solo de aplicación) para las obligaciones o pactos a los que se han sometido las partes en función de la cláusula 9 de los Contratos de Concesión, sino que sus alcances van mucho más allá, a pesar que a lo largo del proceso se haya visto

nos acogemos parcialmente toda vez que entendemos que como hemos visto, el tribunal y las partes han interpretado la existencia de una obligación en la cláusula 9.11.3 y una penalidad conexas a esta obligación, mientras que en el presente informe sostenemos la existencia de dos obligaciones principales y una conexas o accesorias (la penalidad); sin perjuicio de ello, concordamos en que esta cláusula regula una situación posterior a la aplicación de la penalidad pactada, una interpretación literal, es decir la simple lectura, lo demuestra:

*“la aplicación de la penalidad no eximirá a la Sociedad Concesionaria del Cumplimiento de la Obligación respectiva (...) al notificarse a la Sociedad Concesionaria la penalidad, se le exigirá el cumplimiento de la obligación materia de incumplimiento dentro del plazo que se estipule en la comunicación respectiva”*<sup>69</sup> (Énfasis añadido).

5.4.6. A nuestro entender este “se le exigirá el cumplimiento”, hace referencia al hecho de que la ejecución de la penalidad, no la libera de la obligación que mantienen de (i) mantener vigente por todo el tiempo de la concesión la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, y (ii) de renovar dicha garantía en el plazo que le queda de acuerdo a lo señalado en la comunicación, que entendemos debe estar dentro del plazo original previo a su vencimiento. Si bien escapa al análisis del presente caso, si consideramos adecuado señalar en este punto, que se podría vislumbrar que esta comunicación se torna en una intimación en mora, pero no para el incumplimiento de la obligación de renovar previo a los 30 días calendarios a su vencimiento contenida en la cláusula 9.11.3 ni mucho menos para la ejecución de la penalidad como incorrecta y antojadizamente ha intentado sostener TGP, sino que sería una intimación en mora para la obligación de renovar post ejecución<sup>70</sup>, que surge de la propia cláusula 9.11.3 (la obligación, más no esta necesidad de intimación) al exigir que se mantenga la vigencia incluso hasta 90 días posteriores al vencimiento del plazo del Contrato de Concesión y cuyo mandato encuentra correlato en lo señalado en la cláusula 16.2.2 en forma genérica para todas las obligaciones plausibles de sanción y no únicamente para la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento como TGP ha intentado hacer ver que esta cláusula se encontraría circunscrita.

5.4.7. Como podemos ver entonces, circunscribiéndonos al análisis del caso, el MINEM no tenía ninguna obligación de intimar en mora a TGP ni para que esta se encontrara en incumplimiento de la obligación de renovar contenida en la cláusula 9.11.3, ni para poder ejecutar la penalidad; asimismo, la cláusula 16.2.2, regula la situación inmediatamente posterior al acto de ejecución de la penalidad, sea esta la contemplada en el literal 9.11.3 o en cualquier otra cláusula del contrato cuyo incumplimiento no acarree la caducidad inmediata e insalvable de la Concesión, cuando esta ha sido ya ejecutada, y debe ser transmitida esta información a la sociedad (TGP); es en ese momento, cuando nace de esta cláusula una obligación para el Concedente de intimar a la

---

reducida como una cláusula dependiente de las obligaciones asumidas en el literal 9.11.3, en especial por TGP ya que esto ayudaba a su narrativa acerca de una supuesta intimación pactada.

**16.2.2 La aplicación de la penalidad no eximirá a la Sociedad Concesionaria del cumplimiento de la obligación respectiva. A tal efecto, y siempre que el incumplimiento no conlleve la Caducidad de la Concesión, al notificarse a la Sociedad Concesionaria la penalidad, se le exigirá el cumplimiento de la obligación materia de incumplimiento dentro del plazo que se estipule en la comunicación respectiva.**

<sup>69</sup>

<sup>70</sup> En el presente caso, cuyo incumplimiento si podría acarrear la caducidad como explicaremos más adelante.

Sociedad Concesionaria, al notificarle la aplicación de la penalidad debe exigir el cumplimiento de la obligación que ya ha sido incumplida con anterioridad dentro de un plazo preestablecido, creemos, para evitar así que los incumplimientos que acarreen o sean plausibles de llevar a la caducidad, no sean utilizables o se pueda alegar que se haya usado la arbitrariedad en su aplicación, ya que siquiera se brindara la posibilidad de cumplimiento bajo el tradicional “guerra avisada no mata gente”; siendo en este caso el dar la nueva Carta Fianza (renovar) dentro del plazo que la administración le otorgue en la comunicación respectiva, que según nuestro entender es dentro de los 30 días que le quedan a la carta por vencer o de lo contrario, se iría contra la finalidad de la cláusula 9.11.3 y se podría hablar de un supuesto de caducidad de la Concesión, dar un plazo distinto consideramos, sería arbitrario<sup>71</sup>, no siendo por lo tanto un argumento válido para sostener una supuesta necesidad de intimación ya que el presupuesto de activación de la cláusula 16.2.2 es justamente la ejecución de la penalidad y esta solo se aplica si hay incumplimiento por lo que sostener que ella misma es un requisito de este, nos llevaría a un círculo vicioso injustificable e insostenible a nuestro entender.

#### **5.5. ¿HA EXISTIDO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE TGP?**

- 5.5.1. En el contexto que hemos señalado con anterioridad, así como lo visto a través de todo el proceso, es la opinión de este graduando que respecto a la obligación que se encuentra estipuladas en la cláusula 9.11.3 de los Contratos de Concesión sí ha existido un incumplimiento en sentido fáctico y jurídico frente a la obligación de renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, por parte de TGP, y que dio pie a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria representada en la Carta Fianza N°D193-502719.
- 5.5.2. Este graduando considera que tal como hemos visto en los párrafos precedentes, y ha sido nuestra postura, en el caso de esta obligación, las partes han dejado claramente plasmada su voluntad en el texto del contrato, respecto a la existencia de una mora automática, sin requisito alguno para el incumplimiento más que el mero paso del tiempo y sin ser necesario ningún tipo de comunicación. Así, no ha sido a través del proceso un hecho controvertido que TGP ha incumplido con presentar la renovación de la garantía en el plazo de 30 días calendario previo a su vencimiento, es decir, antes del día 19 de julio del 2006; siendo este un hecho no controvertido, un incumplimiento fáctico, y lo que ha sido materia del proceso es justamente si este hecho incontrovertido, este incumplimiento fáctico, también es o no un incumplimiento en sentido jurídico, es decir, que produce efectos jurídicos de conformidad con los términos de los Contratos de Concesión.
- 5.5.3. Por ello, como hemos sostenido, en nuestra opinión, este hecho incontrovertido, no solo es un incumplimiento fáctico, sino que en función de una interpretación literal y adecuada de la cláusula contractual 9.11.3 se debe entender que este constituye también un incumplimiento jurídico en todo el sentido de la frase, y acarrea una serie de consecuencias jurídicas, las cuales se han estipulado en los contratos de Concesión, siendo el más destacable, la habilitación al MINEM

---

<sup>71</sup> Lo relativo a la caducidad de la concesión y su posibilidad en el presente caso, será materia de análisis en los apartados siguientes.

para poder ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria representada por la Carta Fianza N°D193-502719 y en su caso, seguir el procedimiento estipulado en la cláusula 16.2.2 del Contrato y de ser necesario, poder aplicar el procedimiento de la cláusula 21.1 como desarrollaremos más adelante en el presente informe.

#### **5.6. ¿LA EJECUCIÓN LA PENALIDAD REPRESENTADA EN LA CARTA FIANZA EFECTUADA POR EL MINEM FUE INDEBIDA?**

- 5.6.1. Es la opinión de este graduando en función de lo antes visto que la ejecución de la penalidad que estaba respaldada y conlleva a la ejecución de la Carta Fianza N° D193-502719<sup>72</sup> efectuada por el MINEM, **no** fue indebida, y **sí** se ajustaba a lo pactado en los Contratos de Concesión, y a la normativa aplicable.
- 5.6.2. Para llegar a esta conclusión, es necesario tener en cuenta los puntos que ya hemos visto a través del presente informe; así, como hemos apreciado en el presente caso, (i) TGP efectivamente sí incumplió con su obligación de renovar la garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria en el plazo pactado por las partes, esto es 30 días calendario antes de su vencimiento, (ii) existía una penalidad plenamente exigible ya que la garantía sí contenía un pacto de mora automática, y (iii) el MINEM no requería intimar o notificar previamente a TGP para poder ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria como esta alegó, supuestamente se habría establecido en la cláusula 16.2.2.
- 5.6.3. La opinión acá esbozada, se ve claramente reforzada, no solo con la opinión del Tribunal en mayoría en el Laudo, sino también en la medida en que se han cumplido con los requisitos para la ejecución que la propia Carta Fianza N°D193-502719 señala en el documento donde consta su dación; a saber que se envió una carta notarial al Banco señalando (i) Referencia a que se ha producido un incumplimiento en uno de los Contratos de Concesión y (ii) declaración respecto a la existencia de un monto adeudado por TGP (la Sociedad Concesionaria) pendiente de pago por al menos 30 días calendario o la existencia de *“incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de la sociedad Concesionaria que motiva la ejecución total de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, conforme al Contrato”*.
- 5.6.4. Por ello, al haberse cumplido con los requisitos de los Contratos de Concesión a cabalidad, así como los requisitos propios de la Carta Fianza N°D193-502719, solo podemos concluir que la ejecución ha sido hecha de forma adecuada y no indebida como alegó TGP.
- 5.6.5. Ahora, sin perjuicio de lo antes señalado, en opinión de este graduando, existe en el expediente un razonamiento esbozado por el Dr. Loayza Lazo en su voto Singular, acerca de cómo habría sido debida la ejecución (recordemos que el Árbitro, concluye en su voto singular, que la ejecución ha sido indebida por parte del MINEM) que a pesar de estar en contra, considero merece un comentario aparte. Así, para el jurista solo se podría ejecutar la penalidad en el intervalo entre el incumplimiento (19 de julio del 2006) y el día de la renovación (1 de Agosto) ya que el MINEM nunca realizó una reserva de su derecho a ejecutar la penalidad al momento de aceptar la renovación, volviendo la ejecución del 17 de agosto, en una indebida.

---

<sup>72</sup> Anexo 3 del presente informe

5.6.6. Es nuestra opinión, que dejando de lado el hecho de que como el propio Árbitro reconoce en el punto 78 de su voto singular, que nuestro ordenamiento no consagra norma como la que pretende importar del código alemán; lo cierto es que los Contratos de Concesión, si han previsto un escenario como el descrito en los puntos 27, 80, 91 y demás de su voto singular, esto es que no se haga uso de un derecho de forma inmediata y lo han previsto en la cláusula 22.6 que trata de la renuncia, modificaciones y aclaraciones y señala expresamente que no solo la renuncia de uno o más derechos, debe hacerse por escrito y solo así tendrá efecto, sino, también que:

*“Si en cualquier momento durante el Plazo del Contrato una de las Partes renuncia o deja de ejercer un derecho específico consignado en el Contrato, dicha conducta no podrá ser considerada por la otra Parte como una renuncia permanente para hacer valer el mismo derecho o cualquier otro que le corresponda durante todo el Plazo del Contrato”*(Énfasis añadido).

5.6.7. Así, incluso a través de una lectura de buena fe, como señala en el punto 27 del voto singular, nos permitimos discrepar respetuosamente, toda vez que consideramos que ni de una interpretación literal, ni de buena fe, ni sistemática, se puede pretender importar y aplicar una norma del derecho comparado para modificar un ámbito de aplicación de una cláusula, que no solo consideramos que ha sido bastante clara, sino que además en el contrato se ha establecido un pacto expreso que imposibilitaría la aplicación de dicha necesidad de “reserva” del derecho de cobro, ya que el haber dejado de ejercer el derecho a cobro (si se quiere interpretar que el no haber puesto a cobro al “día siguiente” o de forma inmediata, ya constituye una “renuncia” o “negligencia<sup>73</sup>”) NO podrá ser considerada como una renuncia (o inacción) permanente sobre el mismo derecho, en este caso el derecho a cobro de la garantía en especial cuando esta misma prevé que expira el 19 de agosto del 2006, por lo que entendemos que incluso con una interpretación como esta acerca del precluyente derecho de cobro, el MINEM se encontraba hasta dicha fecha en pleno ejercicio de sus derechos para hacer efectiva esta por el incumplimiento en el que había incurrido TGP, sin ser justificable el imponer otra fecha arbitrariamente.

## **5.7. ¿EL MINEM VULNERÓ LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD CON SU ACTUAR?**

5.7.1. Respecto a este punto tratado en el expediente, es la opinión de este graduando que en la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria, el MINEM **no** habría vulnerado los principios de proporcionalidad y razonabilidad en su actuar como argumento TGP.

5.7.2. Para llegar a esta conclusión, este graduando ha tenido que presente que si bien es cierto que la administración encuentra todo su actuar sometido a los principios de proporcionalidad y razonabilidad como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0013-2003-CC/TC<sup>74</sup>; es imperativo mencionar que también se encuentra sometida al principio de legalidad, que en materia administrativa, en especial al hablar de los actos de la administración, implica que la

---

<sup>73</sup> Vista como un “dejar de hacer”

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 0013-2003-CC/TC, seguido por la Municipalidad Distrital de Pachacamac, de fecha 29 de diciembre del 2003.

administración solo está permitida de actuar, como la ley expresamente se lo permite, siendo la libertad de autodeterminación, el otro extremo del horizonte.

5.7.3. Así, debemos tener presente que:

*“la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa (10<sup>75</sup>). La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, e incluso, con reiterada jurisprudencia, en especial la emitida por el Tribunal Constitucional.”<sup>76</sup>*

5.7.4. Por otro lado, siguiendo la jurisprudencia antes mencionada del TC, en su considerando 10.6 literal c), ha señalado que la proporcionalidad exige *“El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que los origina y el efecto buscado. (...) que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal”* (énfasis añadido); así, es nuestra opinión, que en el presente caso, la ejecución de la penalidad (el acto estatal), y esto es de la totalidad de ella, no solo acredita la correspondencia entre la causa (el incumplimiento de la obligación de renovar) y el efecto buscado (el desincentivamiento de dicha conducta a futuro, prevenir futuros incumplimientos), sino que además era una consecuencia jurídica establecida inequívocamente no solo en la cláusula 9.11.3, sino en la tabla 8 de penalidades que manda la ejecución total de la garantía. Por lo que consideramos que la proporcionalidad en el acto, ha sido cumplida.

5.7.5. Ahora, respecto del principio de razonabilidad, una vez más siguiendo la jurisprudencia antes citada, en el considerando 10.6, literal c), nos dice que:

*“la razonabilidad implica una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado (...)La razonabilidad cuantitativa (..)Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc. La razonabilidad cualitativa (...) busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.”*(Énfasis añadido)

5.7.6. De esta manera, es nuestra opinión, que el acto estatal (la ejecución de la totalidad de la penalidad en este caso), también ha cumplido con respetar este principio constitucional, ya que en cuanto a la denominada adecuación, entre el hecho desencadenante (el incumplimiento de renovar la garantía) y el monto dinerario cobrado (la totalidad de la penalidad), entendida como punto de equilibrio entre ambas, toda vez que somos de la opinión que si tenemos en cuenta que en este caso se habla de una penalidad negociada en la forma del hecho desencadenante y de la

---

<sup>75</sup> Cita efectuada por el Dr. GUZMAN NAPURÍ que lee: “OCHOA CARDICH, César. Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo. En: Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general. Ley 27444. Lima: ARA, 2003, p. 53”

<sup>76</sup> GUZMAN NAPURÍ, Christian. En “Los principios generales del Derecho Administrativo”. En IUS ET VERITAS N° 37 pp. 230-231

magnitud numérica por la administración y TGP en el marco de un contrato, nos parece que no hay espacio para hablar de arbitrariedad o falta al principio de razonabilidad y menos si tenemos en cuenta que en su faceta cualitativa, el MINEM habría actuado conforme al principio de legalidad y en función del mandato contenido en los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y 060-96-PCM, en específico los artículos 32 y 30 respectivamente cuyo mandato impone la obligación de cobro a la administración frente al incumplimiento de la concesionaria, más bien, de no haber actuado así, e incluso no haber cobrado la totalidad de la penalidad, se podría hablar de una vulneración a este principio en esta vertiente cualitativa, ya que a todos los concesionarios se deberá cobrar la totalidad de las penalidades en función del principio de legalidad, debe aplicar lo que le manda la ley<sup>77</sup> y el contrato, en este caso la tabla de penalidades, siendo la consecuencia la ejecución de la totalidad de la penalidad.

5.7.7. Siendo esto así, la conclusión a la que arribamos es que la administración ha cumplido con sus mandatos constitucionales en opinión de este graduando, toda vez que ha actuado en el marco que la ley le dio (la tabla de penalidades en el anexo 8 señala que el monto a cobra es el máximo, es decir la “Ejecución total de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria”), sin tener espacio para arbitrariedades ya que no hay decisión que tomar, lo que garantiza que no pueden haberse violado los principios de proporcionalidad o razonabilidad en su actuar (al cobrar el monto máximo de la penalidad) como hemos visto, toda vez que solo ha tenido que verificar el incumplimiento, y proceder a cobrar el monto establecido sin poder graduarlo o decidir si hacerlo o no, tan siquiera, ya que justamente el principio de legalidad le manda una conducta de forma inevitable e inmediata. Es la opinión de este graduando que la ejecución de la carta fianza N° D193-502719 efectuada por el MINEM, no fue vulneró estos principios constitucionales, y si se ajustaba a lo pactado en los Contratos de Concesión, y a la normativa aplicable.

#### **5.8. ¿SE ENCONTRABA EL MINEM HABILITADO PARA RESOLVER LOS CONTRATOS BOOT EN FUNCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO ATRIBUIDO A TGP?**

5.8.1. Es la opinión de este graduando que si bien efectivamente ha existido un incumplimiento de una obligación por parte de TGP, siendo esta su obligación de renovar la garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria con una anticipación no menor al plazo de 30 días calendario previo a su vencimiento; lo cierto es que el incumplimiento de dicha obligación por sí misma, en la forma en la que se ha dado, este graduando considera que **NO** podía ni habilitaba al MINEM a resolver los Contratos Boot materia del presente proceso.

5.8.2. Así, si bien, como hemos visto se ha configurado efectivamente un incumplimiento claro por parte de TGP, que dio pie a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria esto, opino no puede dar lugar a la resolución o caducidad de la concesión; toda vez que, como he señalado desde que comenzamos a interpretar la cláusula 9.11.3 en el presente informe, dicha cláusula contiene no solo (i) la obligación de renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria y la penalidad conexas a esta, sino que contiene una primera (ii) obligación principal de Otorgar dicha Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria por el monto de US\$

---

<sup>77</sup> Decretos Supremos N° 059-96-PCM y 060-96-PCM, en específico los artículos 32 y 30 respectivamente.

2'000,000.00 y (iii) una obligación de mantener vigente dicha garantía emitida “por plazos no menores a dos (2) años y (...) desde la fecha de su entrega al Concedente hasta noventa (90) días calendario posteriores a la fecha de vencimiento del plazo del Contrato”<sup>78</sup>.

5.8.3. En opinión de este graduando una correcta interpretación de los Contratos de Concesión en general y, de las Cláusulas 9.11.3, de la cláusula 16.2.2 y de la cláusula 21.1<sup>79</sup> en específico, solo permite considerar que para que se habilite la caducidad de la concesión, se debería considerar en los siguientes casos:

- TGP incumpla con la obligación principal de otorgar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria por el monto de US\$ 2'000,000.00; en cuyo caso, en aplicación de la cláusula 21.1.c.9 del Contrato de Concesión podrá solicitar la caducidad el Concedente de conformidad con lo señalado en el último párrafo de la cláusula 21.1.
- TGP incumpla con mantener vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria desde su entrega hasta 90 días calendario posteriores a la fecha de vencimiento del plazo del Contrato; en cuyo caso en aplicación de la cláusula 21.1.c.9 del Contrato de Concesión podrá solicitar la caducidad, el Concedente de conformidad con lo señalado en el último párrafo de la cláusula 21.1.
- TGP no cumpla con renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria dentro de los plazos establecidos, y luego de haber sido notificada con la penalidad y exigido el cumplimiento de esta obligación de renovar, TGP no renueva dicha garantía dentro del plazo otorgado, el cual consideramos debe siempre estar dentro del periodo de vigencia que mantendría la garantía ejecutada que según nuestro entender es dentro de los 30 días que le quedan a la carta por vencer<sup>80</sup> o de lo contrario, se iría contra la finalidad de la cláusula 9.11.3. y se desnaturalizaría las obligaciones que contiene. Acá, la causal de caducidad, será la contemplada en la cláusula 21.1.c.10.

5.8.4. Es menester mencionar, que si bien pareciera que el segundo escenario es el mismo que el tercero antes planteado, consideramos que ello no es así; ya que (i) el tercer escenario tiene plazos menores para poder exigir el cumplimiento o considerar la caducidad como opción (ii) no requiere seguir el procedimiento del último párrafo de la cláusula 21.1. del Contrato de Concesión, sino que se satisface con el procedimiento señalado en la cláusula 16.2.2 (ii) tiene un ámbito de aplicación más restringido que el segundo escenario, ya que este se aplica no solo a la etapa de no renovación sino sus efectos continúan durante la etapa de mantenimiento de la garantía.

5.8.5. Esta interpretación, considero que es conforme a lo prescrito en la cláusula 9.11.3 del contrato, ya que el “incumplimiento **será** sancionado con la ejecución” pero queda claro que se deja “**puediendo** el Concedente resolver el Contrato (...)”; es decir que mientras se exige a la

---

<sup>78</sup> Esta obligación está claramente estipulada en el segundo párrafo de la cláusula 9.11.3 de la Segunda Cláusula Adicional de los Contratos de Concesión.

<sup>79</sup> Se debe mencionar que tanto el Contrato de Concesión de Transporte de gas, como el Contrato de Concesión de Transporte de Líquidos, comparten el mismo texto en la misma cláusula, aunque con distinta numeración, siendo en el caso del Contrato de Concesión de Transporte de Líquidos, los literales 21.1.c.8 y 21.1.c.9, los que en el Contrato de Concesión de Transporte de Gas, son los literales 21.1.c.9 y 21.1.c.10 respectivamente; por lo que se usa indistintamente como la cláusula de los “Contratos de Concesión”, a pesar de usarse la numeración de este último contrato.

<sup>80</sup> Consideramos que se deberá tener presente que otra interpretación sería contraria a otra de las obligaciones que contiene la propia cláusula bajo comentario, ya que se avalaría que se dé un plazo sin que la Concesionaria mantenga vigente la garantía a favor del Concedente.

administración la imposición de la sanción, actuando bajo el mandato de la ley y sin darle posibilidad de discrecionalidad para la ejecución de la Garantía, para la resolución o caducidad, si le da un margen de maniobrabilidad, siempre dentro del marco cerrado donde se mueve la administración para utilizarla o no, pero no podría en mi opinión resolver desde un primer momento, ya que para evitar arbitrariedades, el contrato le ha impuesto un mecanismo a través del literal 16.2.2, donde se pide antes de poder resolver, ahí sí, poner en mora a TGP y darle un plazo, y no cualquiera, sino el plazo que queda o quedaría en la garantía ejecutada para cumplir bajo apercibimiento de resolución, ya que si hay un plazo mayor habría incumplimiento en los términos de la cláusula 21.1.c.9.

5.8.6. Entonces, como hemos podido ver, habiendo existido incumplimiento por parte de TGP respecto de la obligación de renovar, pero siendo presentada la renovación de forma previa a que se lleve a cabo el procedimiento señalado en la cláusula 16.2.2 de los Contratos de Concesión, lo cierto es que el MINEM no se encontraba en posibilidades de resolver los Contratos y declarar la caducidad de los Contratos de Concesión.

### **5.9. ¿ANTE QUÉ TIPO DE CLÁUSULA PENAL O PENALIDAD NOS ENCONTRAMOS?**

5.9.1. Este graduando considera necesario tocar este punto, a pesar de no haber sido un hecho controvertido en el expediente, ya que ha sido materia de pronunciamiento por parte de los Árbitros y de las propias partes en el proceso con especial énfasis en el Laudo y en el Voto Singular, así como el régimen de penalidades ante el que nos encontramos; por ello, este graduando considera en el presente caso, nos encontraríamos ante una cláusula penal “atípica”, en la medida en que la doctrina mayoritariamente reconoce únicamente la penalidad compensatoria y la moratoria, siendo lo más acertado en nuestra opinión, si se quiere tipificar dentro de las figuras reguladas en nuestro código civil sería denominarla como una cláusula penal “en seguridad de un pacto determinado” haciendo un claro distinguo con la cláusula penal moratoria y no como sinónimos, como es comúnmente tomada esta figura y si se quiere, dándole un cuerpo como una penalidad o cláusula penal “punitiva – disuasoria”. Siendo bastante pacífico que en el sistema jurídico Peruano, que efectivamente nos encontraríamos con un régimen de la denominada “mutabilidad o inmutabilidad relativa”<sup>81</sup> de la cláusula penal.

5.9.2. Un primer punto de partida, para este análisis debe iniciar con la premisa que en nuestro sistema aceptamos que la libertad de contratar nos da la posibilidad de establecer el contenido negocial libremente, así debemos entender que “*libertad contractual se refiere a la facultad que tienen las partes de poder decidir libremente los alcances del contenido del contrato que celebren*”<sup>82</sup> sin limitación alguna, fuera de la contravención a las buenas costumbres y los

---

<sup>81</sup> Si bien el tema relativo a la posibilidad de reducción de la penalidad será visto en el punto siguiente, consideramos necesario tocar este tema de forma inicial en este punto, para poder exponer las razones por las cuales consideramos erróneo sostener la imposibilidad de la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal en función del régimen jurídico que rige en nuestro país, ello sin perjuicio de que cuando analicemos en el punto siguiente si es posible su aplicación al caso concreto, se haga un análisis más profundo.

<sup>82</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación”. En Academia de la Magistratura. Revista N°1. Enero 1998. En: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/338> . Pp. 127.

principios de orden público, y no existiendo norma imperativa que prohíba la existencia de tales cláusulas, considero que su existencia debe ser al menos permitida, sino reconocida.<sup>83</sup>

5.9.3. Antes de entrar a explicar las razones por las cuales sostengo que en el presente caso nos encontramos ante una cláusula penal punitiva-disuasoria, considero necesario que analicemos el marco jurídico donde nos encontramos, respecto a la posibilidad de la existencia de una función punitiva en la cláusula penal, en lo que denominamos el régimen jurídico de la “mutabilidad o inmutabilidad relativa” de la cláusula penal, entendida esta como la posibilidad de modificar el “*quantum*” la cláusula penal por tercero que ejerza jurisdicción.

5.9.4. Encuentro, no solo una clara concordancia con distinguidos juristas como los Dres. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREIRE respecto a la existencia del carácter sancionador de la cláusula penal, lo cual da pie a lo que sostengo respecto a la existencia en nuestro sistema de la cláusula penal punitiva - disuasoria, sino que además, encuentro en su obra, asidero doctrinal de primera como apoyo para defender mi postura frente aquellas posturas que respecto del régimen jurídico de la “mutabilidad o inmutabilidad relativa” en el que nos encontramos, han señalado que ello determinaría la imposibilidad de la existencia del tipo de cláusula penal cuya naturaleza sostengo se encuentra en los Contratos de Concesión, por lo que debo manifestarme en desacuerdo con el Dr. Loayza, ya que como nos dicen los Dres. CASTILLO FREIRE y OSTERLING PARODI, si bien concuerdan con el Dr. Loayza en que “[E]l ordenamiento jurídico peruano, al haber acogido el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, solo permite su modificación para reducirla, pero no para aumentarla.”<sup>84</sup>, están en abierto desacuerdo con la postura tomada por el Dr. Loayza en el sentido de sostener que el régimen de la mutabilidad parcial haría incompatible e incluso a decir del Árbitro no tendrían cabida la función compulsiva (disuasoria) ni la punitiva en el código civil de 1984, cuando señalan que:

*“Creemos que en ambos casos la cláusula penal tendría función punitiva y, más allá de los sistemas de la mutabilidad o inmutabilidad de la institución, en los dos supuestos se admite el pacto de las penalidades que correspondan, en la realidad de los hechos, al monto de los daños y perjuicios causados o a montos que superen tales daños y perjuicios. Consideramos que la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el*

---

<sup>83</sup> Es menester antes de entrar al análisis del presente punto, señalar que comparto claramente la opinión de los Dres. CASTILLO FREIRE y OSTERLING PARODI, respecto del carácter polivalente de la cláusula penal, es decir, que “*la cláusula penal tiene una función polivalente, pudiendo cumplir alguna, algunas o casi todas las funciones que hemos estudiado, en la medida en que ellas no sean contradictorias entre sí. Si bien es cierto que las funciones compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal resultan las más relevantes dentro de las concepciones recogidas por la doctrina de nuestra tradición jurídica, no por ello deben descartarse otras funciones, como la punitiva, de simplificación probatoria, resolutoria, acumulativa, de arrepentimiento y moratoria, pues cada una de ellas tiene la importancia y las limitaciones que hemos analizado.*” (CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Cuarta Parte. Tomo XIV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. Pp.2387-2388). Sin embargo, para los fines del presente informe, considero esencial centrar el análisis sobre cual clase de cláusula penal nos encontraríamos, siendo esta compensatoria, moratoria o la que denominaremos punitiva - disuasoria, así como la posibilidad de su existencia en nuestro sistema jurídico.

<sup>84</sup> CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Cuarta Parte. Tomo XIV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Octubre - 2003. Pp.2418.

*otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida.”<sup>85</sup>.*

- 5.9.5. Lo antes dicho, ha vuelto ser señalado por esos distinguidos autores, incluso más de una década después, cuando señalan que *“Afirmamos que la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida”<sup>86</sup>*
- 5.9.6. Así, podemos concluir que, a pesar que es válido sostener que en nuestro sistema rige la llamada “mutabilidad o inmutabilidad parcial” o “relativa” de la cláusula penal, lo cierto es que ello de por si no determina que no sea posible, y mucho menos que se encuentre prohibida o como ha señalado el Dr. Loayza, “que esta última función (sancionadora o punitiva) no tiene lugar en el derecho civil peruano”<sup>87</sup>, esto no solo atendiendo a lo señalado por los renombrados juristas antes mencionados, sino porque como hemos visto en nuestro sistema prima la libertad contractual consagrada en el art. 1354 de nuestro código, entendida como *“libertad contractual se refiere a la facultad que tienen las partes de poder decidir libremente los alcances del contenido del contrato que celebren”<sup>88</sup>* es decir, que brinda a los particulares la posibilidad de determinar libremente el contenido de las estipulaciones y obligaciones de los contratos siempre y cuando no se contravenga una norma jurídica imperativa, las buenas costumbre o los principios de orden público.
- 5.9.7. Ahora, habiendo dejado establecido con absoluta claridad, que el régimen jurídico de la “mutabilidad relativa” no determina por ningún motivo la inviabilidad de la función punitiva de la cláusula penal, debemos comenzar a analizar ante qué tipo de cláusula nos encontramos.
- 5.9.8. Así hemos sostenido que nos encontramos ante una cláusula punitiva – disuasoria, la cual consideramos que se encuentra enmascarada en nuestro ordenamiento, o al menos podría ingresar perfectamente bajo el manto de la cláusula establecida “en seguridad de un pacto”; siendo que el artículo 1342 del código civil nos habla de la cláusula penal en caso “de mora o en seguridad de un pacto determinado”, dando al acreedor de dicha cláusula penal, la posibilidad de exigir no solo el cumplimiento de la obligación, sino un plus, un extra, como penalidad. El tema, viene ahí, en esa “o” que muchos han determinado como conjuntiva, y han agrupado la “mora” con la “seguridad de un pacto”; pero este graduando considera que esta “o” es una clara disyuntiva, una que determina no solo la existencia de dos tipos de cláusulas penales en dicho artículo, sino que determina que sí se haya consagrado a la que hemos denominado para efectos prácticos del presente informe como “cláusula penal punitiva – disuasoria” en nuestro ordenamiento jurídico civil, aunque con otro nombre.

---

<sup>85</sup> CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Cuarta Parte. Tomo XIV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Octubre - 2003. Pp.2375.

<sup>86</sup> CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. “La Funcionalidad de la cláusula penal”. En *Ius et Praxis* N° 47. Año 2016. Pp.36

<sup>87</sup> Página 19 del Voto Singular emitido por el Dr. Alberto Loayza Lazo

<sup>88</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación”. En Academia de la Magistratura. Revista N°1. Enero 1998. En: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/338> . Pp. 127.

5.9.9. Considero que la clara disyuntividad de esa “o” para señalar dos situaciones distintas, dos cláusulas penales distintas, tanto en su forma como en su cometido, se puede apreciar con la propia finalidad de los términos con los cuales los denominamos y que pretendemos hacer uno; así, como sabemos la “mora”<sup>89</sup> es el “retraso calificado” en el cumplimiento de la obligación a cargo de un deudor, a favor de su acreedor; y como es lógico, la finalidad de la cláusula penal moratoria<sup>90</sup> es la de resarcir los daños que este retraso en el cumplimiento le pueda traer. Por otro lado, la literalidad de “en seguridad de un pacto” no deja duda que estaríamos ante una cláusula que busca asegurar el cumplimiento de otra obligación (obligación principal), siendo su función la de desincentivar el incumplimiento por parte del deudor, de la única forma que puede, haciendo que sea tan gravoso incumplir, que el deudor haga todos los esfuerzos conducentes a cumplir la obligación principal y si no cumple, sea castigado de forma severa lo que a su vez asegure, promueva el cumplimiento disuadiendo futuros incumplimientos.

5.9.10. Así, este graduando considera pertinente recordar en este momento lo que el distinguido jurista italiano Vincenzo ROPPO nos ha señalado acerca de la cláusula penal y sus rasgos más distintivos, a saber;

“La penalidad puede corresponder a intereses distintos, y de este modo desarrollar distintas funciones. Corresponde al interés del acreedor, víctima del incumplimiento, al cual atribuye una doble ventaja, porque lo alivia de la carga de probar el daño sufrido, que normalmente grava sobre el actor; y sustancial, porque atribuye el derecho a la prestación prevista aunque el daño efectivo resulta inferior al valor de esta, e incluso si resulta que el incumplimiento no ha causado ningún daño”<sup>91</sup> (énfasis añadido)

5.9.11. Ya entrando a nuestro análisis y circunscribiéndolo a lo que hemos llamado la cláusula penal punitiva – disuasoria, en nuestro ámbito, y distinguiéndola de la penalidad moratoria asimismo, los Dres. GUTIERREZ CAMACHO y REBAZA GONZALEZ, analizando el artículo 1342 de nuestro código civil, han señalado que:

“La norma bajo análisis admite un segundo supuesto de penalidades acumulativas relativo a las cláusulas penales pactadas en seguridad de un pacto.

(...).

Según refiere Albaladejo (p. 185), “la cláusula penal desempeña una función coercitiva o de garantía respecto al cumplimiento de la obligación principal (en cuanto que, ante la amenaza de la pena, el deudor está más constreñido a éste que en la obligación ordinaria), y una función punitiva

---

<sup>89</sup>“El simple o mero retardo, la mora y el incumplimiento definitivo no son conceptos idénticos. El mero retraso no determina la morosidad, sino que, para situar en mora al deudor debe mediar una intimación del acreedor, salvo las excepciones en las que la mora tiene lugar sin requerimiento” (TORRES VAZQUEZ, Aníbal. *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*. “Mora”. Gaceta Civil & Procesal Civil. Junio 2003.Pp. 58-59).

<sup>90</sup> “Entendemos que el ámbito de la cláusula penal moratoria estará ceñido única y exclusivamente al supuesto en que ella esté destinada a indemnizar la mora en el pago, y es evidente, para que haya mora, que debe haber retraso en el cumplimiento de la obligación, ya que el retraso constituye uno de los requisitos fundamentales de la mora: no hay mora sin retraso.” (CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Tratado de las Obligaciones*. Cuarta Parte. Tomo XV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.2003. Pp.2660-2661).

<sup>91</sup> ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. “Capítulo XLIV. Incumplimiento y Remedios: otros perfiles”. Lima: Gaceta Jurídica. Año 2009. pág. 908

*en caso que se incumpla o no se cumpla exactamente. Cuando desempeña estas funciones la pena es exigible además de la indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento produzca, es decir, es un plus sobre ésta, pues sólo siendo así se consigue respecto al caso de una obligación normal un reforzamiento para el cumplimiento y un castigo especial en defecto de éste".*

*De lo expuesto fluye que este tipo de penalidades no encuentra sustento en la función compensatoria inherente a la cláusula penal. En este supuesto, la pena obligacional no se orienta a indemnizar ningún daño, sino que se aplica como sanción privada -voluntariamente asumida por las partes- para el caso de retardo en el cumplimiento.*

(..)

*Son evidentes los problemas de aplicación e interpretación que entraña la norma que se analiza, y la incongruencia sistemática que genera la introducción de esta figura en la norma bajo análisis. Es por ello que consideramos que, aun cuando las penalidades que aseguran un pacto permiten otorgar una tutela privada a los intereses de los contratantes, su regulación no es idónea, debiendo entenderse -provisionalmente- como una forma sui generis de sancionar de manera privada el retardo en el cumplimiento"<sup>92</sup> (Énfasis añadido)*

5.9.12. De esta manera, podemos ver como en nuestro sistema se reconoce la posibilidad de pactar libremente el contenido negocial y se le reconoce la función disuasoria, y la punitiva, a la cláusula penal, incluso llegándose a reconocer que podría estar dentro de esta cláusula "en seguridad del pacto", es decir, consagrada en el art. 1342 del código civil, aunque con otro nombre.

5.9.13. Ahora, sin perjuicio de ello, debemos señalar que a nuestro entender toda cláusula penal, lleva intrínsecamente un interés desincentivador (o sancionador) del incumplimiento del deudor de la obligación principal, y toda penalidad también conllevaría un componente que busca satisfacer el interés dañado del acreedor (indemnizatorio o resarcitorio). Lo que determina el tipo de cláusula penal ante el que nos encontramos es, la naturaleza de la penalidad; y lo que determina la naturaleza de esta en última instancia, es a qué lado del espectro<sup>93</sup>, siendo uno el interés o función "desincentivador" y en otro el interés o función "reparador o indemnizatorio", se encuentre el interés del acreedor y se haya acordado con el deudor en el contrato<sup>94</sup>

5.9.14. Así, sostenemos que mientras que la cláusula penal compensatoria estaría en el lado absolutamente<sup>95</sup> reparador, en atención al art. 1341 de nuestro código civil, consideramos que la cláusula penal punitiva - disuasoria, estará casi por completo del lado desincentivador del

---

<sup>92</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALEZ, Alfonso. En Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. Comentario al artículo 1342 del Código Civil. Punto 7.

<sup>93</sup> Aunque admitimos que pueden existir cláusulas penales en las que la "aguja" se mueva tan al lado de uno de los lados que virtualmente se pueda afirmar que no existe un interés subyacente en el otro.

<sup>94</sup> Nos parece claro que la exteriorización de este interés debe ser al menos deducible por el deudor a la hora de pactar la cláusula penal no siendo suficiente solo que el acreedor lo sepa, sino que lo haya exteriorizado con el deudor en la manifestación de voluntad para la elaboración de la penalidad; ya que en caso contrario, caeríamos en el sinsentido de preguntarle al acreedor ante qué tipo de cláusula nos encontramos, con las subsecuentes implicancias que ello tendría.

<sup>95</sup> Considero que sus rasgos polivalentes se harán notar con mayor relieve en función de cuanto más alta sea en comparación con los daños efectivamente causados o que se calcularon serian causados y compensados por esta cláusula penal.

espectro<sup>96</sup>, ya que su función principal es esa, lograr que no se dé el incumplimiento, que el incumplir sea tan gravoso para el deudor, que lo compulse a cumplir y si no cumple, que pague las consecuencias completas; siendo que en el incumplimiento absoluto, el interés del acreedor podrá mantenerse en desincentivar nuevos incumplimientos (cuando la relación tenga que seguir como en el expediente bajo comentario), siendo que el hacer pagar la totalidad de la penalidad cumpliría con este interés, pero si se redujese la penalidad, se avala la conducta del deudor y no se tutela el interés del acreedor que es, o sigue siendo en este caso, que no incumpla de nuevo, que sepa que si vuelve a incumplir, se volverá a cobrar el 100% de la penalidad y no solo una parte.

5.9.15. En el caso concreto de la penalidad pactada en la cláusula 9.11.3., este graduando es de la opinión de que no está compensando daño alguno, ya que de su propia naturaleza, en la medida en que se devenga 30 días antes del vencimiento de esta misma, no puede haber generado daños efectivos, por lo que el carácter compensatorio no le cabe. Tampoco cabría asignarle el carácter de moratorio, ya que tendría que haber una vez más, un daño efectivo que el retraso genera por el mero retraso, pero que el cumplimiento tardío hará que igual acarree satisfacción del interés; sin embargo, no podemos ver cuál sería el daño. Por el contrario, si aceptamos su naturaleza punitiva - disuasoria, vemos que su propia naturaleza, permite claramente que sea cobrada antes del vencimiento de la fianza, sin que haya daños, ya que su finalidad no es compensar daños efectivamente causados, remplazar la utilidad de la prestación (compensatoria) o compensar daños hasta que la prestación sea efectivamente cumplida y rinda utilidad al interesado (moratoria), que es aquí donde yace su diferenciación, sino que por el contrario, su finalidad es la de desincentivar mayores o repetitivos incumplimientos, o simplemente castigar, “vengando” el lesionado interés del acreedor<sup>97</sup>, el mal actuar de incumplidor, es decir el incumplimiento a través de una pena convencional; la cual puede ser cobrada antes de que haya daño efectivo, cuando este exista, cuando se asuma, es decir con total prescindencia de la existencia o no del daño; todo ello sin afectar y más bien respetando su naturaleza singular que ha sido reconocida no solo en la doctrina comparada sino también en nuestra doctrina y me atrevería a decir, consagrada por el legislador de forma astuta en el art. 1342 del código civil.

5.9.16. Por todo ello, consideramos que en el presente caso nos encontramos ante una penalidad punitiva – disuasoria o en seguridad del pacto, cuya finalidad es la de desincentivar el incumplimiento por parte de TGP y en caso este se dé, se aplique la penalidad de forma completa<sup>98</sup> como pena privada con la finalidad de disuadir o desincentivar futuros incumplimientos por parte de TGP en las futuras renovaciones que se tengan que hacer en función de las obligaciones asumidas en la cláusula 9.11.3 de los Contratos de Concesión.

---

<sup>96</sup> En adelante nos referiremos a este espectro en el consideramos se desarrollan las penalidades como el “espectro reparador – disuasorio”.

<sup>97</sup> En el caso concreto este interés sería el tutelaje del derecho del interés público que prima sobre el privado y busca que este no se vea sin garantía vigente en ningún momento y “castiga” el incumplimiento para desincentivar la posibilidad de que haya incumplimiento a futuro, ya que un incumplimiento podría acarrear una afectación grande en la medida que afectaría no el derecho de un particular, sino del interés público en un servicio público que afectaría a todos los administrados.

<sup>98</sup> Como se desprende de lo señalado en el “Anexo 8” de los Contratos de Concesión, “tabla de penalidades”.

## **5.10. ¿SE DEBIA APLICAR LA REDUCCIÓN DE LA PENALIDAD EJECUTADA POR EL MINEM A TGP POR SER “MANIFIESTAMENTE EXCESIVA”?**

- 5.10.1. En el contexto que hemos expuesto en el punto precedente, acerca del marco jurídico de “mutabilidad relativa” que rige para las cláusulas penales, somos de la opinión, que la penalidad que el MINEM aplico a TGP **no** debía ser reducida en aplicación del art. 1346 del Código Civil, en atención a (i) la naturaleza y finalidad punitivo – disuasoria que mantenemos, la caracteriza y (ii) que consideramos que como ha señalado el Tribunal en Mayoría, no puede considerarse manifiestamente excesiva en atención a los fines que persigue.
- 5.10.2. Así, debemos entender la “mutabilidad o inmutabilidad relativa” como *“la posibilidad de modificar el monto de la penalidad en ciertos supuestos, pero sólo para reducirla, negando la posibilidad de que pueda ser incrementada.”*<sup>99 100</sup>
- 5.10.3. De esta manera, como han señalado los distintos autores cuyas obras se han citado a lo largo de los últimos dos puntos del presente informe, en nuestro sistema jurídico sí es posible aplicar la reducción judicial de la pena, por lo que dicha facultad también se encontraría a disponibilidad de los Árbitros en función de que también ejercen una jurisdicción de forma privada. Sin perjuicio de ello, en el presente punto, es nuestra hipótesis que en las cláusulas penales como la pactada en la cláusula 9.11.3 de los Contratos de Concesión, esto es una cláusula penal punitivo- disuasoria o en seguridad del pacto, donde la finalidad perseguida por la cláusula es incentivar el cumplimiento o hacer tan gravoso el incumplimiento que el deudor se vea forzado a cumplir, la aplicación de este norma contenida en el art. 1346 del código civil, no solo desnaturaliza por completo, las penalidades en general, sino que en específico a este tipo de penalidades, las haría en la práctica, no solo virtualmente inexigibles, sino inexistentes, de ser tomada como un mandato imperativo absoluto de aplicación forzosa a todo tipo de penalidad ante el requerimiento del deudor.
- 5.10.4. Así, el Dr. Zegarra ha señalado en su informe que no resulta factible solicitar la reducción de la “pena convencional”, toda vez que dicha facultad cobra sentido en el ámbito civil (donde se miden los daños efectivamente irrogados) mas no en el ámbito administrativo (donde se buscan desincentivar ciertos actos que reportan incumplimiento habida cuenta de la naturaleza de los servicios involucrados y el interés público que se encuentra en juego)<sup>101</sup>.
- 5.10.5. Respetuosamente me permito discrepar del distinguido jurista; ya que no considero que sea el ámbito civil o administrativo donde sea pactada, lo que debe definir la posibilidad de efectuar la reducción o no de la penalidad, así como tampoco considero que ello determine su naturaleza, ya que considero que esta determinación pertenece única y exclusivamente a la

---

<sup>99</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALEZ, Alfonso. En Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. Comentario al artículo 1346 del Código Civil. Punto 2.

<sup>100</sup> Es importante mencionar, como nos dicen los Dres. GUTIERREZ CAMACHO y REBAZA GONZALEZ, “los daños que sobrepasen el monto de la penalidad serán susceptibles de resarcimiento sólo si se hubiera pactado la indemnización del daño ulterior. Caso contrario, la penalidad cumplirá la función de limitar la responsabilidad del deudor (GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALEZ, Alfonso. En Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. Comentario al artículo 1346 del Código Civil. Punto 6).

<sup>101</sup> Informe de fecha 18 de julio del 2008. Elaborado por el Dr. Zegarra. Página 28

finalidad perseguida con esta cláusula y cuanto énfasis se haya puesto en el alguno de los lados del espectro que hemos denominado reparador - disuasorio, sea que se busquen resarcir daños o disuadir, desincentivar incumplimientos o incluso penar o castigar a la parte infiel.

5.10.6. Así, como se ha señalado en el punto precedente, este graduando considera que la naturaleza de una cláusula penal se determina por lo expresado en la misma cláusula que la contiene y la finalidad que busca. Siguiendo lo antes expresado, hemos señalado que en nuestro sistema existen cláusulas penales compensatorias, moratorias y “en seguridad de un pacto” o como hemos denominado para los fines de este informe, punitivo – disuasorias.

5.10.7. Asimismo, coincidimos con la doctrina mayoritaria y en específico con los Dres. GUTIERREZ CAMACHO y REBAZA GONZALES, cuando señalan que *“para la reducción de la pena será preciso que no sólo sea excesiva, sino que tal plus sea claramente exagerado, de suerte que una simple comparación entre los daños y ésta lo revele. Lo que en el fondo proscribire esta norma son las penas abusivas, es decir, aquéllas que declaradamente exceden el fin de garantizar la obligación. (...). Asimismo, el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrá que evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es “manifiestamente excesivo”.”*<sup>102</sup>(Énfasis añadido)

5.10.8. Sin embargo, en atención a lo antes expresado consideramos que lo antes citado debería ser un poco más refinado todavía en atención a la existencia ya reconocida incluso de estas cláusulas penales que sin ponerles nombre, se reconoce que su finalidad es ser una pena privada y no reparar daños.

5.10.9. Así, somos de la opinión que como toda norma, esta debe ser aplicada en atención a la naturaleza y finalidad que se persiga con la cláusula. En nuestro régimen sobre cláusulas penales consideramos que solo deberá ser aplicado cuando se evalúen cláusulas penales que tengan como finalidad la reparación del daño, sean compensatorias o moratorias, más “no puede” (léase “debería”) ser aplicado en el caso de las cláusulas penales que hemos denominado punitivas – disuasorias, por cuanto estas no solo no requieren de una prueba del daño efectivamente sufrido o la existencia de este, sino que al no estar pensadas (ni convenidas) para resarcir un daño, sino como una forma de disuasión (en la etapa fisiológica de fisiológica de la obligación) y sanción (en la etapa patológica de la obligación) por el incumplimiento objetivo, NO SE DEBE EFECTUAR UN ANALISIS DE DAÑO, por lo que analizar que *“tal plus sea claramente exagerado, de suerte que una simple comparación entre los daños y ésta lo revele”*, sería imposible en este tipo de cláusulas no estipuladas en función de daños y mucho menos en aquellas cuyo daño pueda ser no patrimonial, por lo que consideramos que en este tipo de cláusulas, cuando se ha analizado y concluido que las partes han acordado una penalidad punitivo- disuasoria o en seguridad del pacto, se deberá pagar lo expresamente estipulado como pena privada en atención a su naturaleza y finalidad.

5.10.10. Ahora, en cuanto al segundo punto, como hemos visto, los Dres. GUTIERREZ CAMACHO y REBAZA GONZALES han señalado *“el carácter abusivo de la penalidad tampoco es susceptible de*

---

<sup>102</sup> GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALEZ, Alfonso. En Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. Comentario al artículo 1346 del Código Civil punto 6

verificarse en el terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendrá que evaluar los supuestos en que el monto de la pena pactada es "manifiestamente excesivo". Es decir, reconocen que incluso en las penalidades que hayan sido pactadas en función del posible daño, y no como en el presente caso como una pena privada, la mera comparación de los supuestos daños y el quantum de la penalidad no constituirán por si mismos, criterio suficiente para señalar una penalidad como manifiestamente excesiva, y aplicar la reducción que el art. 1346 de nuestro código civil norma; sino que por el contrario, afirman que siempre estará sujeto a la apreciación subjetiva y personal del juzgador para ver si ese *plus* es manifiestamente excesivo o no.

5.10.11. Acá, consideramos que la pregunta y la respuesta caen por su propio peso, y es ¿Qué criterios debería utilizar el juzgador para efectivamente decidir si es o no manifiestamente excesiva?; consideramos que la respuesta solo puede ser una, para no caer en la arbitrariedad, y es la finalidad, los fines perseguidos por las partes al momento de pactar dicha penalidad, así como si esta ha sido libremente negociada o no por las partes o si estamos ante un contrato por adhesión o algo similar.

5.10.12. Incluso juristas como los Dres. OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, han señalado también que gracias a la aplicación de esta norma “se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importaría incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal”.<sup>103</sup>(Énfasis añadido) y que “en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra totalmente relativizada”<sup>104</sup>

5.10.13. En el presente caso, como hemos señalado en los apartados anteriores, la cláusula penal bajo discusión, ha sido efectivamente libremente negociada y pactada por las partes en uso de la autonomía de la voluntad y su libertad contractual; asimismo, hemos visto que en nuestra opinión la finalidad de este tipo de cláusulas en general, reside en la disuasión, o en la sanción o pena privada, la cual no puede verse satisfecha cuando lo que las partes han pactado libremente como un monto adecuado para cubrir esta finalidad, puede ser modificado por el juzgador en función de su subjetividad, y mucho menos si se solicita una prueba de daños, ya que en el caso de este tipo de cláusulas justamente uno de los factores distintivos de los tipos de cláusulas penales es la inexistencia o irrelevancia de este para su ejecución y exigibilidad. En específico, a la cláusula contenida en los Contratos de Concesión, hemos señalado y sostenemos que la finalidad de esta penalidad es justamente la de disuadir el incumplimiento y cuando este se dé, sancionarlo, buscando evitar futuros incumplimientos a través del cobro de la totalidad de la penalidad.

5.10.14. Es por todo ello, que en el presente caso, consideramos adecuado el razonamiento del Tribunal Arbitral en mayoría, y nos acoplamos a lo vertido en el Laudo en el extremo en que

---

<sup>103</sup> CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*. “Obligaciones con cláusula penal”. Gaceta Civil & Procesal Civil. Junio 2003. Pp.14

<sup>104</sup> CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*. “Obligaciones con cláusula penal”. Gaceta Civil & Procesal Civil. Junio 2003. Pp.14

señalan que dada la naturaleza y finalidad de la penalidad misma, esta no debe ni puede ser considerada manifiestamente excesiva, en los términos del artículo 1346 del código civil; entendemos, toda vez que la penalidad ejecutada por el MINEM ha sido una cláusula penal “en seguridad del pacto” o punitiva – disuasoria, que por su naturaleza debe pagarse con prescindencia del cálculo o siquiera la existencia del daño<sup>105</sup> y como manda el art. 1343<sup>106</sup> de nuestro código civil<sup>107</sup>, sin ser necesario prueba alguna de este.

## VI. CONCLUSIONES:

- 6.1. Como hemos podido observar a lo largo del presente informe, el intento de llegar a interpretar la voluntad de las partes al momento de negociar y celebrar un contrato, así como la forma en cómo debe de realizarse la interpretación de aquellos contratos, siempre será controvertida por decir lo menos y puede demostrar ser una tarea titánica en algunos casos; en especial, cuando nos encontramos con intereses tan dispares y a la vez relaciones jurídicas que deben mantenerse en el tiempo.
- 6.2. Igualmente difícil es la tarea de “batallar” en nombre del representado sin “herirlo mortalmente” y volver insalvable la relación comercial que se tendrá que mantener luego de acabada la “batalla”, pero eso no significa que se deba ceder – necesariamente- un milímetro de terreno al adversario, ya que esto podría traer consigo consecuencias terribles, desde “traiciones” hasta ser visto como la parte débil, aquel que puede ser pisoteado sin consecuencias.
- 6.3. En el presente caso, hemos visto que se ha llevado a cabo un proceso arbitral, una batalla, mediante la cual TGP buscaba ganar terreno, y el MINEM dejar sentado que sus derechos no pueden ser pisoteados sin las más graves consecuencias.
- 6.4. Es la opinión de este graduando que, como hemos visto a lo largo de estas páginas, el expediente fue resuelto de forma correcta, a pesar de que, como hemos visto, pueda que no comparta alguno de los argumentos que sostienen el razonamiento del Tribunal en Mayoría; lo cierto es que considero correcta la resolución del expediente.
- 6.5. Así, como hemos visto, en el presente caso, sin perjuicio de encontrarnos ante contratos de naturaleza “administrativos” en el sentido de no ser los denominados “puramente privados”, la normativa aplicable ha sido el código civil en vista de que, como hemos señalado, antes que nada son contratos y si ello no fuera suficiente, la falta de regulación especial, hace activar la supletoriedad del art. IX del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo. Ahora, definido ello, hemos demostrado como TGP ha incurrido en un incumplimiento no solo fáctico, sino que este era un incumplimiento en sentido jurídico, toda vez que no era necesario una intimación en mora al

---

<sup>105</sup> En atención a la naturaleza punitiva que mantiene como ha sostenido la doctrina autorizada citada en el apartado anterior.

<sup>106</sup> “Artículo 1343.- Condiciones para la exhibición de la pena

Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.”

<sup>107</sup> En conjunción con la cláusula 16.2.1 de los Contratos de Concesión que habla de la prescindencia de dolo o culpa para los incumplimientos, como hemos visto.

encontrarnos en el supuesto del inciso 1 del art. 1333 del CC, habiéndose demostrado que la notificación a la que hace mención el literal 16.2.2 de los Contratos de Concesión, es posterior a la ejecución de la penalidad y el requerimiento del que habla, trata del mandato contenido en dicho literal al no eximir del cumplimiento la ejecución de la penalidad.

- 6.6. De la misma manera, hemos demostrado, como la ejecución de la penalidad por parte del MINEM ha sido hecha de forma debida, conforme a la ley y a los Contratos de Concesión y los derechos y obligaciones estipuladas en ellos; no siendo su actuar arbitrario, al haber ejecutado una penalidad que consideramos es de carácter, o cumple una función, punitivo – disuasoria la cual ha sido pactada por la común intención de las partes, de desincentivar el incumplimiento por parte de TGP en la obligación de renovar la Garantía de Fiel Cumplimiento Complementaria antes de que venza el plazo pactado por las partes de 30 días calendario antes le vencimiento y, en caso se dé, se pague la totalidad de la penalidad como pena privada, para desincentivar por completo un futuro incumplimiento de esta obligación que TGP tendrá que cumplir por al menos 30 años (15 veces ) más. Por lo que la reducción de dicha penalidad, hecha, no en función de los daños que esto podría acarrear, sino de un espíritu punitivo – desincentivador, para asegurar el correcto cumplimiento de esta obligación; no solo desnaturaliza la voluntad de las partes plasmada en los Contratos de Concesión, sino que desnaturaliza la institución de la cláusula penal como un conjunto, por lo que hemos demostrado que no correspondía que esta fuera reducida, no solo por lo antes dicho, sino porque, atendiendo a la finalidad y naturaleza antes señalada, tampoco considero que se pueda decir que el monto era manifiestamente excesivo.
- 6.7. Por todo ello, considero necesario mencionar también que, como hemos visto, la institución de la cláusula penal en nuestro sistema, no solo se encuentra desnaturalizada (como han señalado los distinguidos autores citados), sino que nos unimos a su opinión en el sentido de que es necesario una revisión urgente de la regulación en dicha materia.
- 6.8. En ese sentido, consideramos que la reforma a nuestro régimen de la cláusula penal, deberá no solo tratar de especificar, ya de forma taxativa la inclusión de la cláusula penal que hemos denominado “punitivo – disuasoria” que, como hemos visto, encaja en la cláusula penal en seguridad de un pacto determinado, distinguiéndola de forma definitiva de la cláusula penal moratoria, zanjando de una vez por todas esta suerte de sinonimia que algunos le asignan.
- 6.9. Asimismo, consideramos que esta revisión de nuestro sistema de la cláusula penal, que busque detener la desnaturalización de esta institución, debe incluir un límite y especificación a la norma contenida en el art. 1346 de nuestro código civil como el propuesto a la denominada mutabilidad relativa, para aquellas cláusulas que no solo no han sido hechas en función del daño, sino que la finalidad de estas no es el resarcimiento, sino otra como puede ser la disuasión, o la mera punición. Asimismo, si bien escapa a los alcances de este informe, dicha modificatoria consideramos que debería incluir la posibilidad de aumentar la pena en caso no se cambie a un sistema de inmutabilidad absoluta, para aquellos casos en los que se pueda haber vuelto minúscula la penalidad pactada en comparación con el daño causado, ya que si se puede disminuir en favor del deudor que causo el daño, debería poder aumentarse en favor del acreedor que sufrió el daño por culpa, negligencia o dolo del deudor.
- 6.10. Por último, este graduando es de la opinión que el sistema de la cláusula penal, de estar correctamente regulada y “*tener las reglas de juego claras*”, contando con predictibilidad en el

ámbito jurisdiccional, incluyendo el terreno de la jurisdicción privada, podría contribuir de forma avasalladora al tráfico jurídico de bienes y ser un alivio para los negociantes reduciendo no solo los costos de contratación sino también los costos y la carga de la administración de justicia en nuestro país.

## VII. ANEXOS:

- 7.1. **Anexo 1:** Contrato BOOT de Concesión de Transporte de Gas Natural por ductos de Camisea al "City Gate" - Archivo denominado: CONTRATO BOOT DE TRANSPORTE DE GAS Y SU SEGUNDA CLÁUSULA ADICIONAL
- 7.2. **Anexo 2:** Contrato BOOT de Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural de Camisea a la Costa - Archivo denominado: CONTRATO BOOT DE TRANSPORTE DE LÍQUIDOS Y SU SEGUNDA CLÁUSULA ADICIONAL
- 7.3. **Anexo 3:** Carta Fianza N° D193-502719 de fecha 20 de agosto del 2004 y vencimiento el 20 de agosto del 2006; y Carta N° TGP/GELE/INT-1899-2006 ingresada al MINEM como Carta N° 1622371, de fecha 20 de agosto del 2006, con la renovación de la Carta Fianza N° D193-502719 - Archivo denominado: CARTA FIANZA N°D193-502719 - RENOVACIÓN Y CARTA DE TGP 1899-2006
- 7.4. **Anexo 4:** Carta N° TGP/GELE/INT-1957-2006, con fecha 17 de agosto del 2006, con la cual adjuntaron la Carta N° D193-636972 y piden inicio de Trato Directo- Archivo denominado: CARTA 1957-2006 DE TGP POST EJECUCIÓN ADJUNTA NUEVA FIANZA
- 7.5. **Anexo 5:** Oficio N° 873-2006-EM/DGH de fecha 29 de Agosto del 2006, mediante el cual el MINEM comunica a TGP la ejecución de la penalidad - Archivo denominado: OFICIO N° 873-2006 MINEM
- 7.6. **Anexo 6:** Archivo denominado: Acta de Reunión de Trato Directo
- 7.7. **Anexo 7:** Demanda Arbitral presentada por TGP de fecha 11 de julio del 2008 (sin anexos) - Archivo denominado: DEMANDA ARBITRAL TGP
- 7.8. **Anexo 8:** Informe elaborado por el Dr. Marcial Rubio de fecha 7 de julio del 2008, presentado por la Demandante TGP en sus anexos - Archivo denominado: INFORME ELABORADO POR EL DR. RUBIO
- 7.9. **Anexo 9:** Contestación de Demanda presentada por el MINEM de fecha 22 de julio del 2008 (sin anexos) - Archivo denominado: CONTESTA DEMANDA MINEM
- 7.10. **Anexo 10:** Informe elaborado por el Dr. Diego Zegarra de fecha 18 de julio del 2008, presentado por el Demandado MINEM en sus anexos - Archivo denominado: INFORME ELABORADO POR EL DR. ZEGARRA
- 7.11. **Anexo 11:** Informe elaborado por el Dr. Aníbal Quiroga de fecha 17 de julio del 2008, presentado por el Demandado MINEM en sus anexos (este informe ha estado incompleto, faltándole la página 13) - Archivo denominado: INFORME ELABORADO POR EL DR. QUIROGA
- 7.12. **Anexo 12:** Informe elaborado por los Dres. Astorga y Silva a solicitud de TGP, anexo sin número de anexo o identificación en la demanda y presentado por el Demandado MINEM en sus anexos - Archivo denominado: INFORME ELABORADO POR LOS DRES. ASTORGA Y SILVA

- 7.13. **Anexo 13:** Archivo denominado: ACTA DE AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS
- 7.14. **Anexo 14:** Escrito de alegatos del MINEM de fecha 11 de agosto del 2008 - Archivo denominado: ALEGATOS MINEM
- 7.15. **Anexo 15:** Escrito de fecha 11 de agosto del 2008 presentado por el TGP denominado “Téngase presente” - Archivo denominado: TÉNGASE PRESENTE TGP
- 7.16. **Anexo 16:** Escrito de alegatos de TGP de fecha 11 de agosto del 2008 - Archivo denominado: ALEGATOS TGP
- 7.17. **Anexo 17:** Escrito de fecha 18 de agosto del 2008 presentado por el MINEM denominado “Tener presente” - Archivo denominado: TENER PRESENTE MINEM
- 7.18. **Anexo 18:** Laudo Arbitral de fecha 20 de agosto del 2008 - Archivo denominado: LAUDO EN MAYORÍA
- 7.19. **Anexo 19:** Voto Particular de fecha 20 de agosto del 2008, emitido por el Dr. Alberto Loayza Lazo - Archivo denominado: VOTO SINGULAR DR LOAYZA
- 7.20. **Anexo 20:** Contrato de Garantía suscrito entre TGP y el Estado peruano, debidamente representado por el MINEM de fecha 09 de diciembre del 2000- Archivo denominado: CONTRATO DE GARANTÍAS (CONTRATO LEY)

## VIII. Bibliografía:

1. MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto y GARCIA RIVAS, Alexander Hernán. En “Erosión o extensión del *res inter alios* a propósito de la coligación contractual inmobiliaria”. En IUS ET VERITAS N° 56. Julio 2018.
2. RIVERA FERREYROS, Gustavo. En “¿Contrato civil vs. Contrato administrativo? Una breve aproximación a la idea unitaria del contrato.”. En [http://www.parthenon.pe/columnas/al-derecho-o-al-reves/contrato-civil-vs-contrato-administrativo/#\\_ftnref10](http://www.parthenon.pe/columnas/al-derecho-o-al-reves/contrato-civil-vs-contrato-administrativo/#_ftnref10). Fecha de consulta 28-07-2020.
3. GUZMAN NAPURÍ, Christian. En “Los principios generales del Derecho Administrativo”. En IUS ET VERITAS N° 37
4. BULLARD GONZALES, Alfredo. En “Análisis Económico de la Interpretación Contractual en el Sistema Peruano (de acuerdo en que no estamos de acuerdo)”. En: [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146\\_analisis.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146_analisis.pdf). Fecha de consulta 28-07-2020.
5. CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra Editores. Lima 2008.
6. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “El contrato y los mecanismos jurídicos en los sistemas modernos de contratación”. En Academia de la Magistratura. Revista N°1. Enero 1998. En: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/338> Fecha de consulta 28-07-2020.

7. CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Tratado de las Obligaciones*. Cuarta Parte. Tomo XIV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.2003.
8. CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. “La Funcionalidad de la cláusula penal”. En *Ius et Praxis* N° 47. Año 2016.
9. CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*. “Obligaciones con cláusula penal”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Junio 2003.
10. CASTILLO FREIRE, Mario y OSTERLING PARODI, Felipe. *Tratado de las Obligaciones*. Cuarta Parte. Tomo XV. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.2003.
11. ROPPO, Vincenzo. En *El Contrato*. “Capítulo XLIV. Incumplimiento y Remedios: otros perfiles”. Lima: Gaceta Jurídica. Año 2009.
12. GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALEZ, Alfonso. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. “Comentario al artículo 1342 del Código Civil”.
13. GUTIERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZALEZ, Alfonso. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI. Derecho de las Obligaciones. Gaceta Jurídica. “Comentario al artículo 1346 del Código Civil”.
14. TORRES VAZQUEZ, Aníbal. *Los Contratos Consecuencias Jurídicas de su Incumplimiento*. “Mora”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Junio 2003.

