

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE  
DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES

LATAM HYDRO LLC  
Y  
CH MAMACOCHA S.R.L.  
Demandantes

Contra

REPÚBLICA DE PERÚ  
Demandada

(Caso N° ARB/19/28)

AUDIENCIA SOBRE LA JURISDICCIÓN Y  
EL FONDO

Día 4  
Jueves 10 de marzo de 2022  
Videollamada Zoom

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sr. ALBERT JAN VAN DEN BERG, Presidente  
Sr. GUIDO SANTIAGO TAWIL, Coárbitro  
Sr. RAÚL E. VINUESA, Coárbitro

SECRETARIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sra. ANA CONOVER  
Sr. FEDERICO SALON-KAJGANICH

ASITENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sra. EMILY HAY

ESTENOTIPISTAS:

Leandro Iezzi, TP-TC  
Virgilio Dante Rinaldi, TP-TC  
D-R Esteno  
Colombres 566  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires,  
República Argentina  
(1218ABD)  
info@dresteno.com.ar  
www.dresteno.com.ar  
(5411) 4957-0083

En representación de las demandantes:

Kenneth B. Reisenfeld (BakerHostetler LLP)  
Mark A. Cymrot (BakerHostetler LLP)  
Gonzalo S. Zeballos (BakerHostetler LLP)  
Marco Molina (BakerHostetler LLP)  
Analía González (BakerHostetler LLP)  
Carlos Ramos-Mrosovsky (BakerHostetler  
LLP)  
James J. East, Jr. (BakerHostetler LLP)  
Nahila Cortes (BakerHostetler LLP)  
Diego Zuniga (BakerHostetler LLP)  
Michael Jacobson (Latam Hydro LLC)  
Jeffrey M. Lepon (Latam Hydro LLC)  
Andrés Bartrina (Latam Hydro LLC)  
Licy Benzaquen (CH Mamacocha S.R.L.)  
Stefan Sillen (Testigo)  
Eduardo Benavides (Perito)  
María Teresa Quiñones Alayza (Perito)  
Pablo Ferreyros (Perito)  
Mylene Jayme (Perito)  
Andrea Cardani (Perito)  
Santiago Dellepiane (Perito)

Julián Honowitz (Perito)  
 Peter Somi (Perito)  
 José Picos (Perito)  
 Matías Galarza (Perito)  
 Tom Beyer (TrialGraphix)

En representación de la demandada:

Paolo Di Rosa (Arnold & Porter)  
 Patricio Grané Labat (Arnold & Porter)  
 Amy Endicott (Arnold & Porter)  
 Álvaro Nistal (Arnold & Porter)  
 Claudia Taveras Alam (Arnold & Porter)  
 Cristina Arizmendi (Arnold & Porter)  
 Natalia Giraldo Carrillo (Arnold & Porter)  
 Julia Calderón Carcedo (Arnold & Porter)  
 Andrés Álvarez Calderón (Arnold & Porter)  
 Gabriela Guillén (Arnold & Porter)  
 Emily Betancourt (Arnold & Porter)  
 Hugo Forno Flórez (Garrigues)  
 Melissa Núñez Santti (Garrigues)  
 Kevin Villanueva (Garrigues)  
 Tomas Leonard (TZL Global)  
 Vanessa Rivas Plata Saldarriaga  
 (Presidenta de la Comisión Especial)  
 Enrique Jesús Cabrera Gómez (Abogado de la  
 Secretaria Técnica de la Comisión Especial)

Mónica Guerrero Acevedo (Abogada de la  
 Secretaria Técnica de la Comisión Especial)  
 Mijail Cienfuegos Falcón (Abogado de la  
 Secretaria Técnica de la Comisión Especial)  
 Érika Tuesta Vela (Abogada de la  
 Secretaria Técnica de la Comisión Especial)  
 Giancarlo Coello Gadea (Abogado de la  
 Dirección General de Electricidad del  
 Ministerio de Energía y Minas)  
 Miguel Alemán Urteaga (Director de  
 Negociaciones Económicas Internacionales del  
 Ministerio de Relaciones Exteriores)  
 Giovanna Gómez Valdivia (Subdirectora de  
 Organismos Económicos y Financieros  
 Internacionales del Ministerio de Relaciones  
 Exteriores)  
 Evelyn Vargas Soto (Especialista Legal de  
 la Dirección de Negociaciones Económicas  
 Internacionales del Ministerio de Relaciones  
 Exteriores)

Francisco Ísmodes Mezzano (Testigo)  
 Ricardo Ampuero Llerena (Testigo)  
 Carlos Monteza (Perito)  
 Claudio Lava Cavassa (Perito)  
 David Vidal Panduro (Perito)  
 Matthew Shopp (Perito)  
 Kiran Sequeira (Perito)  
 Paul Baez (Perito)  
 Sydney Stein (Perito)  
 Abigail Alpert (Perito)

Partes fuera de la disputa:

Nicole Thornton (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

Lisa Grosh (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

John Daley (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

Margaret Sedgewick (Departamento de Estado, Estados Unidos de América)

Catherine Gibson (USTR, Estados Unidos de América)

Patrick Childress (USTR, Estados Unidos de América)

ÍNDICE

- Interrogatorio al perito Eduardo Benavides Torres (Pág. 720)
- Asuntos de procedimiento (Pág. 941)

(A la hora 9:01 EST)

INTERROGATORIO AL PERITO  
EDUARDO BENAVIDES TORRES

PRESIDENT: Is there any matter of procedure, administrative, or household that you would like to raise?

MR REISENFELD: Not on our side.

PRESIDENT: And, Mr Grané, on your side?

MR GRANÉ: Nothing from Peru's side, thank you.

PRESIDENT: I see Mr Molina is introducing the witness. I will first ask the introductory questions. The Statement and then I will hand the witness to you.

Mr Benavides, good morning to you. Can you hear me? I can't hear you. You are on mute. Could you please state your full name for the record?

DR BENAVIDES: Eduardo Benavides.

PRESIDENT: Mr Benavides, you appear as an expert witness for the Claimants. If any question is unclear to you, either because of

language or for any other reason, please do seek a clarification, because if you don't do so the Tribunal assumes you understood the question and that your answer corresponds to the question.

DR BENAVIDES: Así lo haré señor Presidente.

PRESIDENT: Mr Benavides, you will appreciate that testifying, be it before a court or an arbitral tribunal, is a very serious matter, and in that connection the Tribunal expects you to give the statement, the text of which will now appear on the screen.

DR BENAVIDES: Declaro solemnemente por mi honor y conciencia que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo..

PRESIDENT: Thank you, Mr Benavides. Since we have not an in-person hearing but we are virtual, I would like to have further confirmation of the following matters with you.

Could you please confirm that you are alone in your room?

1 SEÑOR BENAVIDES TORRES: si señor Presidente,  
2 estoy solo

3 PRESIDENT: Can you please confirm that you  
4 have not attended, watched a recording or read  
5 transcripts of the hearing prior to the  
6 examination?

7 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Es así señor  
8 presidente.

9 (Pausa.)

10 ESTEREOTIPISTA: Perdón, disculpe que  
11 interrumpa, soy el estenotipista en español,  
12 dado que el señor Benavides no usa la  
13 interpretación, debería esperar unos segundos a  
14 que termine la pregunta porque sino no se llega  
15 a registrar la respuesta. Disculpe.

16 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Entiendo, así lo  
17 haré.

18 PRESIDENT: Mr Benavides, can you count to  
19 three before you give an answer?

20 SEÑOR BENAVIDES TORRES: si señor Presidente

21 PRESIDENT: Mr Molina, the same applies to

1 you, of course.

2 MR. MOLINA: Yes, Mr President

3 PRESIDENT: Mr Forno, I understand you will  
4 do the cross?

5 MR FORNO: Yes, I will, Mr President. I  
6 will proceed in Spanish.

7 PRESIDENT: That applies also to you, the 3-  
8 second rule. Going back to you, Mr Benavides,  
9 if at any time anyone/someone enters your room  
10 please inform the Tribunal and refrain from  
11 testifying further until the person has left  
12 the room. Mr Benavides, can you please scan  
13 the room?

14 Again, for the record, Mr Benavides, could  
15 you please confirm the location from which you  
16 are testifying?

17 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Estoy ubicado en las  
18 oficinas de BakerHostetler, en Washington DC.

19 PRESIDENT: Thank you, Mr Benavides. Could  
20 you please go to your expert report, First  
21 Report of 14 September 2020?

1 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Acá lo tengo señor  
2 Presidente

3 PRESIDENT: Could you please go to page 62?

4 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí.

5 PRESIDENT: Can you please confirm for the  
6 record that the signature appearing above your  
7 name is your signature?

8 SEÑOR BENAVIDES TORRES: lo confirmo, esa mi  
9 firma.

10 PRESIDENT: Could you please go to your  
11 second report of 20 July 2021, and go to page  
12 87, and confirm for the record that the  
13 signature appearing above your name is your  
14 signature?

15 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Lo confirmo: esa es  
16 mi firma.

17 PRESIDENT: Mr Benavides, is there any  
18 correction, modification or amendment you wish  
19 to make to either report?

20 SEÑOR BENAVIDES TORRES: una sola corrección  
21 señor Presidente. Hay, por supuesto, algunos  
22 typos que no influyen finalmente en mis

1 opiniones, pero en mi primer informe, en la  
2 página 39, párrafo 175, quisiera hacer una  
3 corrección. No sé si van a poner el documento  
4 en pantalla o solamente menciono la corrección.

5 PRESIDENT: For the time being, you can just  
6 mention it.

7 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Voy a leer el  
8 párrafo. Dice lo siguiente: "La cláusula 6.3.1  
9 del contrato establece que los pagos que  
10 realizará mensualmente el MINEM a favor del  
11 concesionario son pagos a cuenta de dicho  
12 ingreso garantizado". En la segunda línea de  
13 este párrafo, donde dice "MINEM", debería decir  
14 "COES". Esa es la única corrección.

15 PRESIDENT: thank you. Then, Mr Molina, you  
16 can proceed with the direct. I understand  
17 there's a 30-minute presentation.

18 MR GRANÉ: Mr President, I'm sorry to  
19 interrupt. Before Mr Benavides gives his  
20 presentation, there's one question that has  
21 arisen as a result of your introduction of Mr  
22 Benavides. It was our understanding that

1 experts --

2 PRESIDENT: I stand corrected. I was too  
3 much on automatic pilot with my paper to check  
4 all the boxes. I checked too many boxes.

5 You're right.

6 MR GRANÉ: Thank you very much.

7 PRESIDENT: Mr Benavides, you were allowed  
8 to review the transcripts and to attend. It  
9 was only to fact witnesses. Thank you, Mr  
10 Grané, for correcting.

11 MR GRANÉ: Thank you.

12 PRESIDENT: Then we can start, Mr Molina.

13 SEÑOR MOLINA: Gracias, señor presidente.

14 Buenos días, profesor Benavides.

15 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Buenos días, señor  
16 Molina.

17 P: ¿Usted tiene una presentación para los  
18 miembros del Tribunal?

19 R: Sí.

20 P: Por favor, avance con la presentación.

21 R: ¿Me confirman, por favor, si pueden  
22 verla? ¿Que la presentación en está en

1 pantalla?

2 P: Sí, se puede ver, profesor Benavides.

3 R: Muchas gracias.

4 Señor presidente, señores miembros del  
5 Tribunal, a solicitud de las demandantes y con  
6 la venia de ustedes me voy a...

7 COÁRBITRO TAWIL: Perdón, doctor Benavides,  
8 buen día. No tenemos copia de esto. ¿Es el  
9 informe original o es una presentación?

10 SEÑOR BENAVIDES TORRES: No, es una  
11 presentación.

12 COÁRBITRO TAWIL: Albert Jan, we should  
13 receive that before proceeding.

14 MR MOLINA: Mr President and members of the  
15 Tribunal, we are sending it right now.  
16 Apologies for that omission. Thank you for  
17 bringing it to our attention, Professor Tawil.

18 PRESIDENT: I ask Mr Forno, do you have any  
19 problem with not having these slides at this  
20 point in time? In other words, can we proceed,  
21 or do you want to wait until the slides have  
22 been distributed?

1 SEÑOR FORNO FLÓREZ: No creo que sea  
2 necesario, señor presidente. Le agradezco  
3 mucho.

4 PRESIDENT: OK. So then we can proceed. I  
5 look to Guido. Do you need the slides, or can  
6 we proceed?

7 PROFESSOR TAWIL: I mean if it's one minute  
8 or two, that's fine. I normally take notes in  
9 the slides, so I would like to have them.

10 PRESIDENT: May I invite you to take notes  
11 on the notepad for the time being and then  
12 transpose them on the slides once they have  
13 arrived?

14 PROFESSOR TAWIL: That's fine. That's fine.

15 PRESIDENT: Mr Benavides, please proceed.

16 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Como decía, señor  
17 presidente, señores miembros del Tribunal, por  
18 encargo de las demandantes y con la venia de  
19 ustedes me voy a permitir hacer una breve  
20 presentación, un resumen de lo que han sido las  
21 conclusiones y las principales opiniones de mis  
22 dos informes de experto legal.

1 Creo que tengo problemas técnicos acá, así  
2 que voy a solicitar el apoyo de alguno de los  
3 técnicos del equipo de Baker.

4 (Pausa.)

5 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Está solucionado,  
6 así que continúo.

7 Empezaré con un breve resumen de mi  
8 experiencia y trayectoria. Tengo más de 30 años  
9 de experiencia en asesoría en derecho civil y  
10 contratación internacional. He asesorado sobre  
11 todo a empresas y partes privadas en la  
12 negociación y celebración de contratos  
13 internacionales, todo tipo de contratos. Y  
14 luego también en la solución de conflictos  
15 derivados de la ejecución de esos contratos.  
16 Tengo además más de 30 años de experiencia como  
17 profesor universitario, particularmente en mi  
18 alma máter, la Universidad Católica, pero  
19 también en las Universidades de Lima, San  
20 Marcos y Universidad ESAN y como profesor  
21 visitante en universidades extranjeras.

22 He tenido más de 30 casos actuando como

1 experto en derecho peruano en arbitrajes  
 2 internacionales, especialmente en materias de  
 3 derecho contractual y derecho civil y actuando  
 4 tanto en arbitrajes de inversión como en  
 5 arbitrajes comerciales. Tengo más de 20 años de  
 6 experiencia como árbitro, conferencista,  
 7 expositor y autor y he sido miembro y asesor de  
 8 varias comisiones de reforma del Código Civil,  
 9 del Código de Comercio, del Código de la  
 10 Empresa.

11 Este es un breve resumen de los puntos que  
 12 trataré de tocar rápidamente en mi  
 13 presentación. Voy a hablar de la naturaleza y  
 14 características del Contrato RER, es decir, el  
 15 contrato de concesión para suministro RER entre  
 16 Mamacocha y el Estado. Voy a hablar de las  
 17 obligaciones y riesgos de ese contrato; de cómo  
 18 interpretar la cláusula 8.4; de las  
 19 interferencias en las que ha incurrido el Perú;  
 20 y de la imposibilidad de cumplimiento de las  
 21 obligaciones de ese contrato.

22 El primer punto que quisiera tocar es el

1 relativo a la naturaleza jurídica y las  
 2 características principales de este contrato.  
 3 Creo que es un punto sumamente relevante porque  
 4 buena parte de los problemas de interpretación  
 5 del contrato y buena parte de los problemas de  
 6 ejecución de las obligaciones -punto debatido  
 7 entre las partes- debe analizarse a la luz de  
 8 estos elementos.

9 ¿Qué es por su naturaleza este Contrato RER?  
 10 Sostenemos, y creo que sobre eso no hay  
 11 discrepancia, que es un contrato administrativo  
 12 en el cual hay un interés público que es  
 13 sumamente relevante. Es, además, un contrato  
 14 atípico porque no está regulado específicamente  
 15 en la legislación peruana. Y es un contrato  
 16 complejo, con prestaciones a cargo de las  
 17 partes y prestaciones que se vinculan de manera  
 18 compleja.

19 Es, además, un contrato bilateral y de  
 20 prestaciones recíprocas. Hay prestaciones a  
 21 cargo de ambas partes, y esas prestaciones  
 22 están vinculadas las unas con las otras.

1 Es también un contrato conmutativo, porque  
 2 en este contrato las partes tienen certeza de a  
 3 qué se han obligado y qué es lo que van a  
 4 recibir a cambio de sus obligaciones.

5 Y es un contrato oneroso, porque es un  
 6 contrato en el cual existe una equivalencia  
 7 entre las prestaciones. El equilibrio  
 8 económico-financiero del contrato es sin duda  
 9 uno de los elementos sumamente importantes de  
 10 un contrato administrativo y en particular, de  
 11 este contrato.

12 También es un contrato de duración. Está  
 13 destinado a que sea cumplido a lo largo del  
 14 tiempo.

15 Y es un contrato de colaboración. Este  
 16 contrato requiere una estrecha colaboración  
 17 entre las dos partes, la concedente y la  
 18 concesionaria, para que se pueda lograr el fin  
 19 del contrato. El fin del contrato es justamente  
 20 la ejecución del proyecto.

21 ¿Qué cosa no es, en cambio, el Contrato RER?  
 22 El Contrato RER no es, como se ha sostenido por

1 parte de la demandada, un simple contrato de  
 2 compraventa de energía. No es un contrato puro  
 3 de suministro. Como hemos dicho, es más bien un  
 4 contrato complejo.

5 Tampoco es un contrato unilateral en el cual  
 6 una sola de las partes, la parte concesionaria,  
 7 tiene a su cargo obligaciones por cumplir y la  
 8 otra parte, la concedente, no tiene ninguna  
 9 obligación a su cargo.

10 No es tampoco un contrato aleatorio. Estos  
 11 contratos en los cuales el cumplimiento de la  
 12 prestación queda librado a la suerte y al azar.

13 No es un contrato en el cual las partes  
 14 asumen □□ mejor dicho la parte concesionaria  
 15 asume todo los riesgos y su cumplimiento queda  
 16 sujeto a la mayor de las aventuras.

17 Ni tampoco es un contrato gratuito. No es  
 18 este un contrato en el cual la intención de las  
 19 partes es que el concesionario soporte todos  
 20 los sacrificios y que la parte concedente  
 21 reciba todas las ventajas.

22 ¿Cuál es la función y la finalidad del

1 contrato? La función y la finalidad son, por  
 2 supuesto, también elementos importantes para  
 3 poder interpretar adecuadamente el contrato y  
 4 poder interpretar adecuadamente cuál es el  
 5 alcance de las obligaciones que han asumido las  
 6 partes.

7 La función del contrato, y así lo declara la  
 8 propia Ley RER y su reglamento, es una función  
 9 de incentivo y garantía. De incentivo y  
 10 garantía a la inversión privada en estos  
 11 proyectos con energías renovables.

12 Y la finalidad del contrato, el propósito  
 13 que se busca alcanzar, y que es común a las dos  
 14 partes, es el desarrollo y la ejecución del  
 15 proyecto Mamacochoa.

16 En este cuadro hemos intentado mostrar cómo  
 17 el Contrato RER celebrado en el 2014 a lo largo  
 18 de un plazo de cinco años ha sufrido, o ha  
 19 pasado por seis sucesivas modificaciones. Ha  
 20 habido seis adendas, que son adendas que han  
 21 modificado el contrato, en particular la  
 22 cláusula 8.4 del contrato y el cronograma con

1 los hitos de ejecución de este contrato. Además  
 2 de varias prórrogas o varias suspensiones de la  
 3 ejecución de las obligaciones de este contrato.  
 4 De manera que al año 2018 lo que existía era un  
 5 contrato modificado, no era el mismo contrato  
 6 que las partes habían celebrado en el año 2014.

7 Esto creemos, además, que es un hecho  
 8 sumamente relevante también para la  
 9 interpretación del contrato.

10 ¿Quiénes son las partes del Contrato RER?  
 11 Sobre esto hay posiciones discrepantes entre  
 12 las demandantes y la parte demandada. Para  
 13 nosotros, la parte concedente es el Estado de  
 14 la República del Perú. Para nosotros, como  
 15 expertos, la parte concesionaria es CHM, es  
 16 decir, Mamacochoa.

17 Y en este cuadro explicamos las diferencias  
 18 de posiciones entre las partes. En el contrato  
 19 hay un sujeto que es firmante como concedente.  
 20 Ese sujeto está claro que es el MINEM. En  
 21 cambio, con respecto a quién es la parte  
 22 concedente, Perú sostiene que la parte

1 concedente es el mismo firmante, es decir, el  
 2 MINEM y las demandantes sostienen que es el  
 3 Estado peruano. Sobre quién es el firmante por  
 4 la parte concesionaria y quién es la parte  
 5 concesionaria no hay discrepancia: se trata de  
 6 Mamacochoa.

7 La pregunta por quién es el firmante es una  
 8 pregunta que se responde determinando quién ha  
 9 intervenido materialmente en el contrato por  
 10 interpósita persona, es decir, cumpliendo una  
 11 función instrumental: quién ha firmado el  
 12 contrato. La pregunta, en cambio, por quién es  
 13 la parte del contrato es una pregunta que nos  
 14 lleva a preguntarnos quién está vinculado por  
 15 el contrato, quién se vincula por las  
 16 obligaciones que nacen del contrato. Y la  
 17 respuesta a esa pregunta está en el propio  
 18 texto del contrato. Este es el texto del  
 19 contrato, no lo voy a leer, pero el contrato   
 20 las partes identifican claramente que quien lo  
 21 ha celebrado es el Estado de la República del  
 22 Perú.

1 Y eso mismo lo han repetido las partes en la  
 2 minuta que ambas partes suscribieron y le  
 3 entregaron al notario público. Ahí  
 4 identificaron a la parte concedente como el  
 5 Estado de la República del Perú.

6 Y cuando firmaron la escritura pública ante  
 7 notario, el notario les preguntó a las partes  
 8 que se identificaran y la parte concedente se  
 9 identificó como el Estado peruano. Y cuando  
 10 firmaron la escritura pública nuevamente, por  
 11 una tercera vez, las partes ratificaron que  
 12 quien había celebrado este contrato como  
 13 concedente es el Estado peruano. Y la  
 14 resolución ministerial que emite el Ministerio  
 15 de Energía y Minas para aprobar ese contrato,  
 16 para autorizar a un funcionario a que lo firme,  
 17 le dice a ese funcionario que cuando lo firme,  
 18 lo firme en nombre del Estado peruano. Y ese  
 19 mismo concepto que la parte es el Estado  
 20 peruano ha sido repetido en cada una de las  
 21 adendas y en cada una de las resoluciones  
 22 ministeriales que han sido emitidas aprobando

1 esas adendas, es decir, en seis oportunidades  
2 distintas.

3 Como vemos, desde el año 14, desde que se  
4 suscribe el Contrato RER, este concepto ha sido  
5 repetido en una multiplicidad de actos  
6 administrativos y de acuerdos contractuales. En  
7 cada uno de ellos lo que se ha dicho es: "Quien  
8 es parte es el Estado peruano y el Estado  
9 peruano actúa a través del Ministerio o  
10 representado por el Ministerio". Incluso cuando  
11 se celebra el contrato de concesión de  
12 generación definitivo las partes, en ese  
13 contrato, hacen referencia al Contrato RER como  
14 el contrato celebrado por el Estado peruano. Y  
15 luego, con cada una de las minutas, de las  
16 adendas del contrato, es decir, en seis  
17 minutas, en seis escrituras públicas, en seis  
18 resoluciones administrativas, el concepto  
19 vuelve a ser repetido: quien celebra el  
20 contrato, quien celebra la adenda es el Estado  
21 peruano.

22 ¿Cuáles son, entonces, los roles del Estado

1 y del Ministerio en el contrato? El Estado ha  
2 actuado a través del Ministerio o representado  
3 por el Ministerio; en cambio, el Ministerio no  
4 ha actuado a nombre propio. No se ha  
5 identificado como parte. En todo momento ha  
6 dicho: "Cuando yo actúo, lo hago a nombre de o  
7 representando al Estado peruano".

8 ¿Cuáles son, entonces, los roles del Estado  
9 y del Ministerio en el contrato? El Ministerio  
10 es solamente un sujeto firmante, es solamente  
11 el signatario de este contrato; el Estado en  
12 cambio es la parte del contrato y es la parte  
13 que ha asumido las obligaciones del contrato.

14 Finalmente, para terminar este primer punto,  
15 también es un punto de discrepancia entre las  
16 dos partes si se aplica o no se aplica el  
17 Código Civil a los problemas de ejecución que  
18 derivan de este contrato. Y aquí tenemos una  
19 serie de problemas que se han presentado entre  
20 las partes en la ejecución del contrato. Y a  
21 esos problemas existen normas del Código Civil  
22 que responden precisamente a problemas como,

1 por ejemplo, los daños y perjuicios o cuáles  
2 deben ser los estándares de conducta y  
3 responsabilidad de las partes. A esos problemas  
4 no hay respuestas en la Ley RER o en el  
5 Reglamento RER, sino propiamente en el Código  
6 Civil. Eso ha sido reconocido, además, en los  
7 laudos ante la Cámara de Comercio de Lima que  
8 han sido citados por la parte demandada y ha  
9 sido reconocido por los propios asesores  
10 legales internos y externos del Ministerio.

11 Mi primera conclusión es, entonces, que el  
12 Contrato RER es un contrato administrativo,  
13 bilateral, como hemos dicho, con una función y  
14 una finalidad muy relevante, de prestaciones  
15 recíprocas, conmutativo y oneroso. El fin  
16 público y la función de incentivo y garantía a  
17 la inversión privada creemos que son sumamente  
18 importantes para interpretar ese contrato.

19 El Estado peruano es quien es parte del  
20 contrato, no el MINEM. Y el Estado peruano, al  
21 ser parte del contrato, es responsable de  
22 cumplir las obligaciones de dicho contrato.

1 Finalmente, a los problemas de ejecución de  
2 este contrato sí se aplican los remedios y  
3 reglas del Código Civil.

4 Pero, ¿cuáles son las obligaciones y los  
5 riesgos del contrato y cómo se vinculan entre  
6 ellas? Sobre esto también las partes tienen  
7 posiciones distintas. Con relación a los  
8 riesgos, Perú sostiene que la parte  
9 concesionaria habría asumido absolutamente  
10 todos los riesgos del contrato, y Perú no  
11 habría asumido ninguno. Y sobre este mismo tema  
12 la parte demandante sostiene que es cierto, que  
13 la concesionaria ha asumido varias obligaciones  
14 y varios riesgos, pero que también existen  
15 riesgos de Perú y que también existen riesgos  
16 compartidos entre las dos partes, y que, si no  
17 vemos el contrato de esa manera, no es posible  
18 entender el contrato.

19 Y sobre las obligaciones, Perú sostiene que  
20 la concesionaria ha asumido todas las  
21 obligaciones. Es más, las obligaciones de Perú  
22 todavía no han nacido, y que si nacerían,

1 nacerían en algún momento cuando se cumpla la  
2 POC. En cambio, las demandantes sostienen que  
3 hay obligaciones a cargo de ambas partes.

4 Las obligaciones de la concesionaria no las  
5 voy a leer una por una, pero están básicamente  
6 detalladas en estas cláusulas: la 3.1.2 y 3 del  
7 contrato vinculados al diseño, financiación,  
8 construcción, operación de la planta,  
9 suministro de energía, gestión de los permisos,  
10 etcétera. Y la obligación de Perú, que no es  
11 una obligación que va a nacer recién con la POC  
12 como dice equivocadamente la demandada, sino  
13 que nace directamente del contrato: es una  
14 obligación del ingreso garantizado.

15 Todas estas obligaciones están detalladas,  
16 además, en este cuadro. Son obligaciones de la  
17 concesionaria, sobre eso no cabe duda. Pero a  
18 la pregunta de si la concesionaria podría  
19 cumplir esas obligaciones sin contar con una  
20 actitud de cooperación, de asistencia por parte  
21 de Perú, mi respuesta es negativa. Yo no veo  
22 cómo podría lograrse obtener los permisos o el

1 financiamiento del proyecto si no existe, como  
2 en la práctica ocurre, además, una actitud de  
3 cooperación por parte del Estado peruano.

4 Y sobre los riesgos, la parte demandada nos  
5 ha dicho que estos son los principales riesgos  
6 del contrato: el riesgo de los permisos, y ahí  
7 están las cláusulas en las que se identifica el  
8 riesgo; el del cierre financiero; el del  
9 cumplimiento de la POC; el de no poder  
10 postergar la fecha de término; y también nos ha  
11 dicho que es un riesgo asumido por la  
12 concesionaria, que el Perú pueda incurrir o  
13 realizar interferencias del contrato, y eso  
14 obviamente no tiene ninguna fuente, ni en el  
15 derecho peruano ni en el propio contrato.

16 Nuestra segunda conclusión es, por lo tanto,  
17 que en el contrato existen obligaciones y  
18 riesgos para ambas partes; que existe, además,  
19 un equilibrio entre esas obligaciones y  
20 riesgos; que la concesionaria no ha asumido el  
21 riesgo de interferencias por parte del Estado.  
22 Ese equilibrio económico-financiero que existe,

1 y debe existir en el contrato de acuerdo con  
2 las obligaciones y riesgos, como hemos dicho,  
3 es un elemento fundamental para entender cómo  
4 funciona el contrato. Corresponde, además, el  
5 equilibrio de riesgos a la función de incentivo  
6 y garantía para los inversionistas que sean  
7 atraídos a firmar este tipo de contratos. El  
8 contrato, en ese sentido, le otorga tanto  
9 derechos contractuales como derechos reales a  
10 la concesionaria.

11 Pero, ¿cómo se interpreta la cláusula 8.4  
12 del contrato? Sobre esto también hay posiciones  
13 distintas entre las demandantes y la demandada.  
14 No les voy a leer completamente la cláusula  
15 8.4, pero he marcado los dos temas principales  
16 en los cuales existen posiciones distintas.  
17 Existen posiciones distintas sobre cómo se debe  
18 interpretar el término "por cualquier motivo" y  
19 cómo se debe interpretar el término "quedará  
20 resuelto de pleno derecho".

21 Esta es la cláusula 1.4.23, que también  
22 habla de la fecha real de la POC. El término

1 utilizado en este caso es, que el contrato  
2 queda automáticamente resuelto si no se cumple  
3 con la POC.

4 En cambio, la cláusula 10.2 lo que se  
5 establece más bien es un derecho o facultad del  
6 Ministerio. El Ministerio puede resolver el  
7 contrato cuando no se cumple con la POC en la  
8 fecha establecida.

9 Sobre la interpretación de la cláusula 8.4,  
10 Perú sostiene que el término "quedará resuelto  
11 de pleno derecho", quiere decir que no se  
12 requiere notificación. Las demandantes dicen  
13 que sí se requiere. Y sobre "por cualquier  
14 motivo", Perú sostiene que efectivamente, por  
15 cualquier motivo, quiere decir que eso incluye,  
16 incluso, actos imputables a Perú, como el dolo,  
17 la negligencia grave o las interferencias  
18 intencionales por parte de Perú. En cambio, la  
19 posición de las demandantes es que "por  
20 cualquier motivo" no incluye causas imputables  
21 a Perú.

22 Aplicando las reglas de interpretación de

1 nuestro derecho civil al término "resolución de  
2 pleno derecho," o sea, qué quiere decir el  
3 término en la cláusula 8.4, lo que vamos a  
4 observar es que, aplicando una interpretación  
5 literal, es decir, qué es lo que han declarado  
6 las partes, interpretando sus palabras, bajo el  
7 prisma del concepto de la buena fe, las partes  
8 lo que han querido es que no sea necesaria una  
9 declaración judicial para que se resuelva el  
10 contrato, pero que sí sea necesaria una  
11 notificación. Y si recurrimos a los artículos  
12 1429 y 30 del Código Civil, en los cuales se  
13 usa el concepto de resolución de pleno derecho,  
14 eso es exactamente lo que se dice y cómo  
15 funciona la resolución.

16 Una interpretación sistemática, en cambio,  
17 nos debe hacer leer de manera conjunta. La  
18 sistemática además sostiene que, en caso de  
19 oscuridad o de duda, las cláusulas de un  
20 contrato se deben interpretar atribuyéndoles a  
21 una el significado que nace del conjunto de  
22 esas cláusulas; es decir, una se interpreta

1 respecto de las otras. Y, en tal sentido, la  
2 cláusula 8.4 hay que leerla en forma conjunta  
3 con otras cláusulas, como, por ejemplo, la  
4 10.2, que dice precisamente, que cuando el  
5 Estado quiera resolver el contrato, en caso de  
6 no cumplimiento de la POC, el Estado tendrá que  
7 ejercer esa facultad o derecho.

8 Y la interpretación funcional lo que nos  
9 dice es que hay que interpretar las cláusulas  
10 de acuerdo a su naturaleza y a su función. Y  
11 aquí lo que tenemos que tener muy claro es que  
12 la función de este contrato es precisamente una  
13 función de incentivo y garantía a la inversión.  
14 Este es un contrato administrativo, no es un  
15 contrato privado. Y la naturaleza de esta  
16 cláusula es una cláusula resolutoria  
17 absolutamente excepcional.

18 Lo mismo con respecto al término "por  
19 cualquier motivo". Para interpretar, para  
20 descifrar qué quiere decir este término, hay  
21 que aplicar igualmente los tres métodos. Y el  
22 método literal lo primero que nos dice es que

1 hay que aplicar el concepto de la buena fe,  
2 interpretando las palabras sin distorsionarlas  
3 y de manera transparente, y de acuerdo a la  
4 intención de las partes. Y en tal sentido sería  
5 contrario a la buena fe que intentásemos  
6 interpretar "por cualquier motivo", como  
7 diciendo que eso incluye actos imputables a  
8 Perú y que la parte que incumple el contrato,  
9 por su dolo o culpa, podría aun así atribuirle  
10 responsabilidad a la parte contraria. Esa  
11 interpretación igualmente nos lleva a descartar  
12 cualquier posibilidad de un pacto implícito o  
13 escondido de renuncia a las reglas, de la no  
14 culpa o de la ausencia de culpa, como ha  
15 sostenido uno de los expertos de Perú en este  
16 procedimiento.

17 Y la interpretación sistemática nos debe  
18 llevar a interpretar la cláusula 8.4  
19 considerando sobre todo las adendas 1 y 2, que  
20 son adendas, sobre todo la adenda 2, en las  
21 cuales las partes han pactado una  
22 interpretación de qué significa "por cualquier

1 motivo" en el sentido de descartar que por  
2 cualquier motivo pueda incluir actos imputables  
3 a Perú. Ese es un acuerdo vinculante que las  
4 partes deben respetar.

5 Y, finalmente, la interpretación funcional,  
6 una vez más, considerando el rol promotor de  
7 incentivo y de garantía de estos contratos, los  
8 contratos RER, igualmente debe coincidir en que  
9 la cláusula 8.4 no puede ser una cláusula  
10 mediante la cual se responsabilice a la parte  
11 concesionaria de los incumplimientos de la  
12 concedente. Así lo ratifican también los cuatro  
13 laudos que ha citado Perú en el presente  
14 arbitraje y en los cuales se hace mención a que  
15 tal interpretación sería contraria a la buena  
16 fe.

17 La función de esta cláusula, por lo tanto,  
18 es una función de darle relevancia al  
19 cumplimiento de la POC en la fecha prevista,  
20 pero siempre respondiendo al interés público  
21 del contrato, este interés de garantía o  
22 promoción a la inversión. Debido a la gravedad

1 de los efectos de la resolución, esta tiene que  
 2 ser invocada por parte del concedente. No es  
 3 una cláusula de indemnización, no es una  
 4 cláusula de responsabilidad, ni tampoco  
 5 contiene un pacto en contra de la ausencia de  
 6 culpa. Ese tipo de pactos tienen, por supuesto,  
 7 que ser expresos y directos.

8 Esta cláusula tampoco puede constituirse en  
 9 un vehículo para conductas dolosas o  
 10 fraudulentas ni para el abuso del derecho.

11 En conclusión, sostenemos que esta cláusula  
 12 no es una condición resolutoria; es una  
 13 cláusula resolutoria que requiere ser invocada  
 14 por el Estado; que tampoco es una cláusula de  
 15 responsabilidad por incumplimiento, que trata  
 16 del cumplimiento defectuoso por parte del  
 17 concesionario. El término "por cualquier  
 18 motivo" no incluye las causas imputables a  
 19 Perú, ni las interferencias, ni el dolo, ni la  
 20 culpa. Que esta cláusula tampoco contiene un  
 21 pacto en contra de las reglas de ausencia de  
 22 culpa, que están en los artículos 1314, 1317

1 del Código Civil peruano. No estamos ante un  
 2 waiver.

3 Como cuarto punto y muy rápidamente, porque  
 4 se me acaba el tiempo, hablaré de las  
 5 interferencias del Perú y de los principios de  
 6 buena fe □□ del principio de buena fe en el  
 7 derecho peruano. Este principio está  
 8 expresamente recogido en el artículo 1362 del  
 9 código. Es un principio directriz fundamental  
 10 de la contratación a lo largo de la vida del  
 11 contrato. Es un principio general del derecho.  
 12 Incluye remedios y principios como el nemo  
 13 auditor, el principio de que nadie debe  
 14 beneficiarse de su propia negligencia o de su  
 15 propia torpeza; el principio venire contra  
 16 factum, que es la doctrina de los actos  
 17 propios, el abuso del derecho, el treu und  
 18 glauben, entre otros. Es un estándar de  
 19 conducta en el contrato. Las partes -- ambas  
 20 partes deben comportarse con probidad, con  
 21 diligencia, con lealtad, con confianza,  
 22 asistiéndose mutuamente en lograr la finalidad

1 del contrato.

2 Y este principio aplica a los contratos RER,  
 3 a diferencia de lo que han sostenido también  
 4 los expertos de Perú. Y aplica no solo a la  
 5 parte concesionaria; aplica también a la parte  
 6 concedente, al Estado peruano. Y es un  
 7 principio que, por supuesto, no tiene solo  
 8 vigencia en el derecho civil, sino tiene amplia  
 9 vigencia en el derecho administrativo y en el  
 10 derecho público.

11 Lo mismo sobre el principio del abuso del  
 12 derecho. Está expresamente recogido en nuestro  
 13 Código Civil: artículo 2°, Título Preliminar;  
 14 en nuestra Constitución Política, artículo 103.  
 15 Y el principio dice que todo derecho debe  
 16 ejercitarse de acuerdo con su propia función y  
 17 finalidad. Aquella persona, aquella parte que  
 18 pretenda ejercitar un derecho, pero abusando  
 19 del mismo no merece la tutela jurisdiccional. Y  
 20 quien causa un daño abusando de un derecho  
 21 además deberá indemnizar a la parte contraria.

22 Sobre la doctrina de los actos propios, en

1 nuestros informes hemos sostenido igualmente  
 2 que se han presentado diversos eventos en los  
 3 cuales la parte concedente ha violado esta  
 4 doctrina. Y esta doctrina, inspirada en la  
 5 buena fe, sostiene que son tres los elementos  
 6 que deben presentarse: una conducta vinculante  
 7 en un primer momento; en un segundo momento,  
 8 una conducta posterior o una pretensión  
 9 posterior, que es contradictoria con la primera  
 10 conducta; y que haya identidad de los sujetos.  
 11 Y nosotros sostenemos, que, en todos estos  
 12 casos, el caso de la demanda del Gobierno  
 13 Regional de Arequipa o el arbitraje ante la  
 14 Cámara de Comercio de Lima, se ha vulnerado  
 15 esta doctrina y este principio.

16 Por mencionar solamente el caso de las  
 17 adendas, en el año -- entre el año 2015 y 2018,  
 18 el Ministerio, representando al Estado peruano,  
 19 aprobó y suscribió 6 adendas. Esas adendas eran  
 20 y son vinculantes; han generado derechos;  
 21 producen responsabilidad; son de obligatorio  
 22 cumplimiento. Y, sin embargo, en diciembre de

1 2018 Perú, el Ministerio, el Estado, dan un  
 2 giro de 180 grados y rechazan la validez de las  
 3 adendas. Sostienen su invalidez en un arbitraje  
 4 ante la Cámara de Comercio de Lima y rechazan  
 5 la tercera solicitud de Perú, fundamentando el  
 6 rechazo precisamente en la nulidad de las  
 7 adendas.

8 Debo recordar además que estos principios, o  
 9 principios generales del derecho peruano, están  
 10 expresamente consagrados y tienen sanción  
 11 constitucional en nuestra Constitución  
 12 Política.

13 Como conclusión, Perú ha interferido con el  
 14 cumplimiento de las obligaciones de CHM bajo el  
 15 contrato. Ha repudiado expresamente el contrato  
 16 y las adendas, sosteniendo que no son válidas  
 17 ni vinculantes. Ha violado el estándar de  
 18 conducta de la buena fe. El concedente, en un  
 19 contrato de esta naturaleza, no puede  
 20 obstaculizar el cumplimiento del concesionario.  
 21 Y ha violado, además, principios tan  
 22 importantes como la doctrina de los actos

1 propios, los principios que prohíben el abuso  
 2 del derecho y las alegaciones basadas en la  
 3 propia culpa.

4 Finalmente, hablaremos sobre la  
 5 imposibilidad producida por el acreedor en este  
 6 contrato. La regla está contenida en el  
 7 artículo 1432 de nuestro Código Civil. Pido que  
 8 pongan atención al segundo párrafo: cuando  
 9 ocurre una imposibilidad y esa imposibilidad es  
 10 imputable al acreedor, el contrato queda  
 11 resuelto de pleno derecho. Sin embargo, en ese  
 12 supuesto el acreedor debe satisfacer la  
 13 contraprestación.

14 Estas son las obligaciones de Perú y esto es  
 15 lo que ha pasado con las obligaciones de Perú -  
 16 - perdón, de la concesionaria, luego de las  
 17 interferencias. Cada una de estas obligaciones  
 18 se ha visto interferida, frustrada, debido a  
 19 las interferencias del Perú, y el resultado de  
 20 ello es la imposibilidad de cumplimiento y la  
 21 resolución de pleno derecho del contrato.

22 Cuando ocurre una resolución del contrato

1 por una causa imputable a quien debe recibir la  
 2 obligación, al acreedor, lo que se va a aplicar  
 3 es daños y perjuicios. Y eso está regulado en  
 4 los artículos que cito de nuestro Código Civil.

5 ¿Cuáles son las reglas sobre responsabilidad  
 6 por daños cuando el daño lo produce el  
 7 acreedor? La primera regla es que quien causa  
 8 un daño debe indemnizarlo; que la reparación  
 9 debe ser integral; que el acreedor debe probar  
 10 los elementos necesarios para que se pueda  
 11 exigir el pago de daños y perjuicios; que hay  
 12 acto imputable; que hay daño; que hay factor de  
 13 atribución; que hay nexo causal; que la  
 14 reparación del daño incluye el pago de la  
 15 contraprestación en el caso específico de  
 16 imposibilidad imputable al acreedor; que en  
 17 caso de daño por dolo o culpa inexcusable, el  
 18 daño incluye el daño imprevisible, y que no se  
 19 puede pactar en contra ni reducir la  
 20 responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. Y  
 21 cualquier pacto, en tal sentido, es considerado  
 22 un pacto nulo.

1 En el presente caso estos elementos están  
 2 presentes. Ha existido un acto imputable al  
 3 acreedor, porque el acreedor, en este caso el  
 4 Estado, con sus conductas ha causado la  
 5 imposibilidad de cumplimiento de las  
 6 prestaciones del acreedor. Hay un daño, daño  
 7 emergente y lucro cesante, que le corresponderá  
 8 al deudor, a la concesionaria, liquidarlo y  
 9 acreditarlo. Hay un factor de atribución,  
 10 porque Perú ha repudiado el Contrato RER, ha  
 11 repudiado las adendas 1 y 2, y también las  
 12 adendas del 3 al 6, por cierto. Y hay un nexo  
 13 causal porque los daños derivan de la  
 14 imposibilidad de cumplimiento que ha causado el  
 15 Estado peruano.

16 En conclusión, son las acciones del Estado  
 17 las que han hecho imposible que Mamacocho pueda  
 18 cumplir con el cierre financiero, con la  
 19 construcción de la planta y con la fecha de la  
 20 POC. Y eso ocurre precisamente en diciembre de  
 21 2018, cuando con el rechazo de la tercera  
 22 solicitud de modificación del contrato, el

1 contrato se vuelve imposible de cumplir y el  
2 contrato queda, por lo tanto, resuelto de pleno  
3 derecho. Y es a partir de ese momento que hay  
4 que considerar la liquidación de daños y  
5 perjuicios.

6 Perú es igualmente responsable de haber  
7 causado la resolución del contrato por  
8 imposibilidad y deberá indemnizar a los  
9 demandantes por el daño emergente, lucro  
10 cesante y daño moral, es decir, deberá  
11 indemnizar integralmente a los demandantes,  
12 como digo, a partir de la imposibilidad de  
13 cumplimiento y la resolución de pleno derecho  
14 de este contrato.

15 Con eso, señor presidente, señores miembros  
16 del Tribunal, doy por terminada mi presentación  
17 y quedo a disposición del Tribunal y de las  
18 partes para las preguntas que tengan a bien  
19 hacerme.

20 PRESIDENT: Thank you Mr. Benavides. We will  
21 move now to the cross-examination.

22 MR FORNO: Muchas gracias, señor

1 presidente.

2 Señor Benavides, buenos días. Mi nombre es  
3 Hugo Forno, represento a la República del Perú  
4 en este arbitraje y le voy a hacer una serie de  
5 preguntas relacionadas con sus dos informes de  
6 experto de fechas 14 de septiembre de 2020 y 20  
7 de julio de 2021.

8 A fin de que el Tribunal y los intérpretes  
9 puedan escuchar correctamente el desarrollo del  
10 contrainterrogatorio, le pido que por favor  
11 espere a que haya terminado de formular cada  
12 pregunta antes de responderla.

13 Desde luego, en el caso en que no entienda  
14 alguna de mis preguntas, hágalo saber y con  
15 gusto clarificaré la pregunta.

16 Finalmente, le pido que cuando una pregunta  
17 pueda responderse con un sí o con un no, y esto  
18 es muy importante por razones de mi tiempo, por  
19 favor me responda de esa forma simple: con un  
20 sí o con un no. De esta manera podremos  
21 transitar este interrogatorio de una forma  
22 ordenada.

1 Ahora, ¿prefiere usted que me dirija a usted  
2 como señor o como doctor? ¿Cómo prefiere?

3 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Como usted prefiera,  
4 doctor Forno. Nosotros nos conocemos hace  
5 muchos años, entonces usted podrá utilizar el  
6 término que prefiera.

7 P: Hace más de 35, doctor, efectivamente.  
8 Para efectos del récord y del protocolo, me voy  
9 a dirigir a usted como doctor, si le parece  
10 bien.

11 R: De acuerdo.

12 P: Doctor Benavides, ¿ha tenido usted  
13 oportunidad de examinar los escritos de las  
14 partes en este arbitraje?

15 R: Doctor Forno, he examinado los escritos  
16 principales, no he examinado absolutamente  
17 todos los escritos que han presentado las  
18 partes.

19 P: Bien, pero ello incluye tanto el memorial  
20 de contestación como el memorial de réplica de  
21 la República del Perú. ¿Correcto?

22 R: Sí, eso es correcto.

1 P: ¿Ha leído usted, doctor Benavides, los  
2 dos informes del doctor Lava?

3 R: Sí, doctor, doctor Forno, los he leído.

4 P: Y asumo correctamente que en la  
5 preparación de sus informes y para el día de  
6 hoy ha tenido usted oportunidad de examinar el  
7 decreto legislativo número 1002.

8 R: Es correcto.

9 P: ¿Está de acuerdo en que durante este  
10 interrogatorio nos refiramos a dicho decreto  
11 legislativo como la Ley RER?

12 R: Estoy de acuerdo, doctor.

13 P: ¿Ha tenido usted oportunidad, doctor  
14 Benavides, de examinar el reglamento de la Ley  
15 RER?

16 R: Sí, doctor Forno, lo he leído.

17 P: ¿Y las bases consolidadas para la tercera  
18 subasta?

19 R: También las he revisado.

20 P: ¿Y el Contrato RER?

21 R: También lo he revisado.

22 P: Bien. Y presumo que usted ha tenido

1 oportunidad de examinar también la Ley de  
2 Concesiones Eléctricas y su reglamento.

3 R: Es correcto.

4 P: Bien. Quisiera referirme, en primer  
5 término, al marco normativo que rige el  
6 Contrato RER. En su primer y segundo informes,  
7 usted afirma que la Ley RER y el reglamento  
8 contienen reglas relativas al régimen RER, las  
9 subastas, los aspectos técnicos, económicos y  
10 regulatorios de este régimen. ¿Correcto?

11 R: Sí.

12 P: Y, en su opinión, dichas fuentes  
13 normativas no contienen una regulación de los  
14 aspectos contractuales del Contrato RER. ¿Es  
15 correcto?

16 R: A lo que yo me he referido es que a los  
17 aspectos contractuales relevantes del Contrato  
18 RER, los que están en discusión en este caso,  
19 no existen soluciones o no existen respuestas  
20 en la Ley RER y en el Reglamento RER, sino en  
21 el Código Civil.

22 P: Correcto. Entonces, usted lo que afirma

1 es que los aspectos relevantes son aquellos que  
2 deberían regularse por el Código Civil porque  
3 los aspectos relevantes no están regulados en  
4 esta normativa RER. ¿Correcto?

5 R: No, a lo que yo me he referido es que a  
6 los aspectos que son materia de conflicto o de  
7 disputa respecto a la ejecución de este  
8 contrato en el presente arbitraje, las  
9 respuestas a esos problemas están en el Código  
10 Civil y obviamente hay que aplicar en lo que  
11 corresponda la Ley RER o el Reglamento RER. En  
12 mi informe nunca digo que no aplica la Ley RER  
13 o el reglamento RER. Por el contrario, sería  
14 absurdo pretender que, si existe una ley y hay  
15 un reglamento, además, que regulan aspectos del  
16 proceso relativo a la licitación de estos  
17 contratos, el cierre de estos contratos,  
18 etcétera, que esas normas no sean aplicables.

19 P: De acuerdo. Entonces, sería correcto  
20 señalar que el Contrato RER fue celebrado en el  
21 marco de la Ley RER y del Reglamento RER.  
22 ¿Correcto?

1 R: Sí, claro.

2 P: Bien. Quisiera referir ahora su atención  
3 al modo en el que el Contrato RER aparece  
4 definido en el Reglamento RER, reglamento que  
5 figura como anexo MQ-0005 y que vamos a poner  
6 en pantalla ahora. Quisiera advertir, sin  
7 embargo, para efectos de evitar cualquier  
8 confusión, que algunos documentos como este  
9 están identificados, como acabo de señalar,  
10 pero también tienen a veces alguna otra  
11 identificación, cuando han sido presentados en  
12 más de una oportunidad. Yo voy a referirme de  
13 esta manera a estos documentos.

14 Bien. Ahí señala que para los efectos de  
15 este reglamento se entiende por 1.8  dice:  
16 "Es el contrato para el suministro de energía  
17 renovable resultante de la subasta, que  
18 establece los compromisos y condiciones  
19 relativos a la contratación, operación,  
20 suministro de energía y régimen tarifario de  
21 las centrales de generación con RER. Incluye  
22 las bases. Se inicia a partir de la fecha de

1 cierre y se mantiene vigente hasta la fecha de  
2 término". ¿Es correcto?

3 R: Sí.

4 P: Bien. Permitame ahora que vayamos al  
5 párrafo segundo del artículo 2 del mismo  
6 Reglamento RER, que también vamos a poner en  
7 pantalla y que es anexo MQ-0005: "Los aspectos  
8 no previstos en el presente reglamento se  
9 sujetarán a lo dispuesto en la Ley de  
10 Concesiones Eléctricas, y en el Reglamento de  
11 la Ley de Concesiones Eléctricas, y demás  
12 normas aplicables en tanto no se opongan a lo  
13 dispuesto por la presente ley y el reglamento".  
14 ¿Correcto?

15 R: Sí.

16 P: Vamos entonces a la Ley de Concesiones  
17 Eléctricas y su reglamento, referidas al  
18 régimen RER, en que los aspectos no previstos  
19 en la ley RER encuentran aplicación.

20 Como usted podrá ver, según la disposición  
21 que acabamos de leer esta Ley de Concesiones y  
22 su reglamento aplican al régimen RER.

1 ¿Correcto?

2 R: Aplican en lo que sea compatible. Es  
3 decir, lo primero que aplica obviamente es el  
4 régimen RER y, en los aspectos que no sean  
5 incompatibles con el régimen RER, se aplica la  
6 Ley de Concesiones Eléctricas, el reglamento y  
7 otras normas, como el Código Civil.

8 P: Aplica, claro, en cuanto no sean  
9 incompatibles con la Ley RER y su reglamento.

10 R: Estamos de acuerdo.

11 P: Y ello, en la medida en que no se opongan  
12 a tales normas. En eso estamos claros.

13 R: Sí.

14 P: Para ser claros, entonces, el Reglamento  
15 RER rige con precedencia o con prioridad, como  
16 queramos llamarle, sobre normas generadas como  
17 la Ley de Concesiones Eléctricas y su  
18 reglamento. ¿Correcto?

19 R: El Reglamento RER y la Ley RER son  
20 específicos respecto al régimen RER, y los  
21 aspectos que están regulados en la ley y en el  
22 reglamento obviamente son aquellos que deben

1 efectivamente acogerse a lo dispuesto en esas  
2 normas.

3 P: Entonces, es correcto señalar que la ley  
4 y el reglamento rigen con precedencia con  
5 respecto a las demás normas. ¿Correcto?

6 R: En los aspectos que regulan, sí.

7 P: Cierto.

8 PRESIDENT: gentlemen, may I ask you to count  
9 between your questions and answers, so count 1,  
10 2, 3. It's difficult but please do, because  
11 most interpreters and court reporters have  
12 difficulty in transcribing you and interpreting  
13 you.

14 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Cómo no, señor  
15 presidente. Muchas gracias, con todo gusto.

16 Doctor Benavides, en lo que acabamos de  
17 señalar y en lo que estamos de acuerdo, se debe  
18 a que esa precedencia, ese orden de prelación  
19 corresponde al principio de especificidad  
20 normativa. ¿No es así?

21 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Correcto.

22 P: De hecho, el Código Civil contiene su

1 propia regulación en materia de preferencia o  
2 jerarquía normativa. ¿No es verdad?

3 R: Correcto.

4 P: Me refiero específicamente al artículo 9  
5 del Título Preliminar que usted puede leer en  
6 pantalla y que está identificado con el código  
7 RL0048.

8 R: Sí: "Las disposiciones del Código Civil  
9 se aplican supletoriamente a las relaciones y  
10 situaciones jurídicas reguladas por otras  
11 leyes, siempre que no sean incompatibles con su  
12 naturaleza". Efectivamente.

13 P: De acuerdo. Entonces, del tenor literal  
14 de este artículo 9 podemos ver que para aplicar  
15 el Código Civil a una relación o situación  
16 jurídica tenemos que determinar, en primer  
17 lugar, si esa situación o relación jurídica  
18 está regulada por otras leyes. ¿Correcto?

19 R: De acuerdo.

20 P: Y, en tal caso, el Código Civil aplicará  
21 supletoriamente, en la medida en que sus  
22 disposiciones no resulten incompatibles con

1 aquella materia regulada por esa norma.

2 ¿Correcto?

3 R: De acuerdo.

4 P: Por tanto, cuando usted afirma en su  
5 primer informe que el Contrato RER está  
6 regulado por las normas del Código Civil y en  
7 cuestiones como la responsabilidad por  
8 incumplimiento o la resolución de los  
9 contratos, dicha aplicación debe sujetarse a  
10 los parámetros que establece el propio Código  
11 Civil en el Título Preliminar. ¿Correcto?

12 R: Cuando hago esa afirmación, doctor,  
13 perdón por no haber hecho la pausa: voy a  
14 esperar los tres segundos.

15 Cuando hago esa afirmación, doctor Forno, la  
16 hago precisamente sobre la base de haber  
17 revisado la Ley RER, de haber revisado el  
18 reglamento de la Ley RER y de haber revisado  
19 los problemas que surgen a partir de los  
20 conflictos entre ambas partes en este contrato  
21 y haber llegado a la conclusión que  
22 precisamente para esos problemas no existe

1 regulación específica en la Ley RER y en su  
2 reglamento y que las soluciones que plantea el  
3 Código Civil a esos problemas son compatibles  
4 con la naturaleza del contrato, como contrato  
5 administrativo. Posición que es distinta, por  
6 supuesto, de la posición del señor Lava y del  
7 señor Monteza, que dicen que no aplica.

8 P: De acuerdo, pero la pregunta estaba  
9 centrada a establecer si también en esas  
10 materias para aplicar el Código Civil se □□ hay  
11 que sujetar esa aplicación a los parámetros que  
12 establece el propio Código Civil en el Título  
13 Preliminar.

14 R: Si la pregunta es si aplica el artículo 9  
15 del Título Preliminar, estoy completamente de  
16 acuerdo: ese artículo hay que aplicarlo y hay  
17 que seguir los parámetros del artículo 9.

18 P: Bien. Doctor Benavides, usted manifiesta  
19 en sus informes que como el Contrato RER no es  
20 un contrato normado, su contenido no es  
21 inmutable y, por lo tanto, éste no impide la  
22 posibilidad de que las partes modifiquen sus

1 términos por mutuo acuerdo. ¿Es correcto?

2 R: Yo lo que sostengo, doctor Forno, es que  
3 independientemente sobre la discusión, de si es  
4 un contrato normado o no normado, que es una  
5 discusión doctrinaria y de poca aplicación  
6 práctica a este caso, si existe una norma  
7 obligatoria, sea en el derecho administrativo o  
8 en el derecho civil, que esa norma tiene por  
9 supuesto que respetarse y que esa norma, por  
10 supuesto, restringe la libertad de  
11 configuración interna del contrato que tienen  
12 las partes.

13 P: Correcto. Esto significa, entonces,  
14 quizás dicho en otras palabras, que el  
15 ordenamiento jurídico peruano admite que las  
16 partes puedan determinar libremente el  
17 contenido del contrato, pero solamente en el  
18 caso en que ello no sea contrario a la norma  
19 legal de carácter imperativo o que violente  
20 normas que interesan al orden público.

21 ¿Correcto?

22 R: Estamos de acuerdo.

1 P: Muy bien. Para el récord, quiero  
2 mencionar que esa disposición que acabo de  
3 señalar está establecida en el artículo 1354 de  
4 nuestro Código Civil.

5 Muy bien. Estará usted de acuerdo conmigo,  
6 doctor Benavides, que el Código Civil también  
7 establece que en el caso en que las partes  
8 pactaran de manera contraria a lo que acabamos  
9 de mencionar, dicho pacto será considerado  
10 nulo. Es decir, si el pacto fuera contrario a  
11 norma legal de carácter imperativo o a una  
12 norma de orden público, tal pacto sería nulo.  
13 ¿Correcto?

14 R: Eso sería así □□ a ver, repítame la  
15 pregunta nuevamente, por favor.

16 P: Sí, con todo gusto. Le decía que sobre la  
17 base de lo que hemos ya establecido, lo que  
18 hemos acordado, en la medida en que se  
19 establezca un pacto o se establezca una  
20 estipulación que violente alguna norma  
21 imperativa o que vaya en contra de una norma  
22 que interesa al orden público, ese pacto será

1 nulo.

2 R: Descartando que eso haya ocurrido en el  
3 presente caso, y sé por dónde va su pregunta,  
4 ese es el principio: que, si se pacta en contra  
5 de normas que interesan al orden público o de  
6 norma imperativa, el pacto es nulo.

7 P: Correcto. De todas maneras, para efectos  
8 del récord, me gustaría señalar que esa nulidad  
9 está establecida en el artículo 5° del Título  
10 Preliminar de nuestro Código Civil.

11 Ahora, doctor Benavides, presumo que usted  
12 coincidirá conmigo en que la Ley RER es una ley  
13 que interesa al orden público y, por tanto, de  
14 carácter imperativo. ¿No es así?

15 R: La norma es una norma que tiene un  
16 interés público y las -- en la norma obviamente  
17 hay que distinguir aquellos aspectos de la  
18 norma que contienen mandatos imperativos.

19 P: Bueno, pero está claro, usted acaba de  
20 mencionar en su presentación, en su apertura,  
21 que la norma se establece con el fin de lograr  
22 un interés público que es sumamente relevante.

1 Usted ha agregado incluso que el Contrato RER  
2 tiene un fin público. Entonces, no parecería  
3 que haya alguna duda sobre el hecho de que la  
4 Ley RER es una ley de orden público. ¿O sí?

5 R: Una cosa □□ perdón, voy a esperar los  
6 tres segundos.

7 Una cosa, doctor Forno, es que la ley tenga  
8 un fin público y otra cosa distinta es que  
9 todos los artículos de esa ley contengan un  
10 mandato imperativo que deba ser recogido en el  
11 texto del contrato. En toda ley y en todo  
12 reglamento hay que hacer una interpretación  
13 cláusula por cláusula para determinar si ese  
14 artículo de la ley o ese artículo del  
15 reglamento contiene un mandato imperativo  
16 respecto al cual cabe o no cabe un pacto en  
17 contra.

18 P: Correcto. Pero lo que no cabe duda alguna  
19 es que se trata de una ley de orden público,  
20 una ley pensada en el interés público.

21 R: Es una ley que tiene una finalidad  
22 pública y un interés público. El orden público

1 es algo distinto. El orden público es un  
2 conjunto de principios que no pueden ser  
3 vulnerados. El interés público y la finalidad  
4 pública del contrato administrativo, doctor  
5 Forno, son temas distintos.

6 P: O sea, usted lo que nos está señalando, y  
7 quisiera que quedara claro, es que el orden  
8 público no puede ser vulnerado, pero el interés  
9 nacional o el interés público, ellos sí podrían  
10 ser vulnerados.

11 R: No, no he dicho eso. Y si usted quiere,  
12 revise el transcript. No es eso lo que he  
13 dicho.

14 P: Pero usted ha mencionado la  
15 invulnerabilidad del orden público como si  
16 fuera una diferencia con el interés público  
17 respecto del cual no ha mencionado esa  
18 invulnerabilidad.

19 R: No, yo lo que he sostenido es: una cosa  
20 es el interés público del contrato  
21 administrativo, la finalidad pública de este  
22 contrato, y otra cosa distinta es decir que

1 esta ley es parte del orden público, con lo  
2 cual forma parte del conjunto de principios que  
3 son absolutamente inamovibles.

4 P: Entonces, debo entender que usted  
5 sostiene que la Ley RER no interesa al orden  
6 público.

7 R: No, claro que interesa. O sea, la Ley RER  
8 tiene una finalidad pública. Eso está  
9 expresamente declarado en la exposición de  
10 motivos de la ley. Y el interés público es que  
11 el justifica y el que permite entender cuál es  
12 el alcance de la ley.

13 P: Muy bien. Y presumo que la misma  
14 conclusión podemos alcanzar con respecto al  
15 Reglamento RER. ¿Correcto?

16 R: ¿Cuál es la misma conclusión?

17 P: De que se trata de una norma que interesa  
18 al orden público.

19 R: Es una norma en la cual hay un interés  
20 público detrás -estoy subrayando mis palabras:  
21 interés público detrás- vinculado a la  
22 finalidad pública del contrato. El orden

1 público está constituido por un conjunto de  
2 normas y de principios imperativos.

3 En la Ley RER y el Reglamento RER no se  
4 puede decir lo que usted dice, doctor Forno,  
5 que es arbitrariamente atribuirle a la  
6 categoría de orden público sin distinguir  
7 dentro de la Ley RER y dentro del Reglamento  
8 RER qué normas imperativas o qué reglas  
9 imperativas existen y cuáles no.

10 P: Correcto, pero sobre la base de lo que  
11 hemos hablado, usted coincide conmigo en que  
12 esas normas tendrán disposiciones que son de  
13 orden público, que comprometen el orden público  
14 y, por tanto, imperativas.

15 R: La ley puede contener disposiciones  
16 imperativas. Puede contener disposiciones  
17 imperativas. "Puede."

18 P: Correcto. Pero aquí estamos hablando de  
19 una ley concreta, no de una ley hipotética, que  
20 usted y yo hemos revisado.

21 R: Sí.

22 P: Y mi pregunta es: usted convendrá conmigo

1 que en esa ley y en ese reglamento existen  
2 disposiciones de orden público, que comprometen  
3 el orden público.

4 R: Sí. Yo convengo en eso. Convengo que hay  
5 normas imperativas dentro de esa ley, lo cual  
6 es distinto de lo que usted me preguntaba: que  
7 si la ley es de orden público o no.

8 P: Coincide entonces usted conmigo en que,  
9 de haber pactos o estipulaciones en el Contrato  
10 RER que atenten contra esas disposiciones de  
11 orden público, esos pactos serían nulos.  
12 ¿Correcto?

13 R: Si existe un pacto que viola una ley  
14 imperativa, no un pacto que la interpreta, no  
15 un pacto que la reglamenta, no un pacto que la  
16 regula, no un pacto que cae dentro del marco de  
17 la norma, sino un pacto que la excede, que la  
18 viola, que colisiona con la ley imperativa, con  
19 la norma imperativa, ese pacto sería nulo.

20 P: Correcto. Ese es justamente el punto de  
21 mi pregunta.

22 Bien. Usted reconoce en su segundo informe,

1 doctor Benavides, que, conforme al contrato,  
2 Mamacocho debía presentar las solicitudes y  
3 tramitar diligentemente los permisos requeridos  
4 para ejecutar el proyecto. ¿Correcto?

5 R: Estoy de acuerdo.

6 P: Sin embargo, usted sostiene que la  
7 obligación de Mamacocho no se extendía a la  
8 obtención efectiva de tales permisos.  
9 ¿Correcto?

10 R: Yo lo que he sostenido es que es  
11 responsabilidad de Mamacocho tramitar los  
12 permisos y hacer sus mayores esfuerzos para  
13 poder obtener esos permisos, pero que no tenía  
14 una garantía de que podía lograr conseguir esos  
15 permisos porque la decisión final, por  
16 supuesto, es una decisión que corresponde a la  
17 entidad administrativa respectiva dentro del  
18 Estado.

19 P: Para ser precisos, si me permite citar  
20 textualmente su primer informe, usted sostiene,  
21 voy a citar: "El contrato ha establecido la  
22 obligación de Mamacocho de solicitar

1 diligentemente los permisos, no de obtenerlos".  
2 ¿Es correcto esa afirmación?

3 R: Sí.

4 P: Esa afirmación, para el récord, estaba en  
5 el párrafo 140 de su primer informe, doctor  
6 Benavides.

7 Muy bien. Vamos entonces al texto del  
8 contrato y del régimen RER sobre esta materia.  
9 Quisiera comenzar por dirigir su atención a las  
10 bases de la tercera ronda RER.

11 R: Sí.

12 P: Si pudiera por favor leer el texto del  
13 párrafo segundo del numeral 1.4.1 de las bases  
14 que tenemos en pantalla. Es el anexo R□0001.

15 R: "Cada adjudicatario debe obtener la  
16 concesión definitiva cumpliendo las  
17 disposiciones establecidas en la Ley de  
18 Concesiones Eléctricas y el reglamento de la  
19 Ley de Concesiones Eléctricas".

20 P: Gracias. Esta disposición no dice que el  
21 adjudicatario solo deba solicitar o tramitar la  
22 concesión definitiva. ¿O sí?

1 R: No es eso lo que he dicho. Yo no he dicho  
2 que el adjudicatario solo deba tramitarla; yo  
3 lo que he dicho es, citando el texto del  
4 contrato, que utiliza además los términos  
5 "gestionar", que el concesionario o el  
6 adjudicatario, para usar el término que usan  
7 las bases, debe presentar las solicitudes y  
8 debe actuar con el máximo de diligencia a  
9 efectos de poder obtener los permisos, incluida  
10 la concesión definitiva. Y que el resultado  
11 final de su actividad, que es obtener la  
12 concesión, no depende del propio concesionario.

13 Podría ocurrir que el concesionario actúe  
14 con la mayor diligencia, presente toda la  
15 documentación requerida necesaria, haga los  
16 mayores esfuerzos para lograr la aprobación y  
17 que, sin embargo, dicha aprobación no sea  
18 lograda porque hay una decisión arbitraria, por  
19 ejemplo, de la autoridad administrativa,  
20 Ministerio de Energía y Minas, que rechaza la  
21 concesión definitiva. Por supuesto que además  
22 no es tan imaginativo, sino que puede

1 perfectamente ocurrir.

2 P: Doctor Benavides.

3 R: Sí.

4 P: Discúlpeme. En realidad, no quería  
5 interrumpirlo, pero esa no ha sido mi pregunta.  
6 No estaba ahora yo preguntando por un aspecto  
7 específico de su informe, sino por la norma que  
8 usted acaba de leer. Esa disposición □□ la  
9 disposición como tal no dice que el  
10 adjudicatario solo deba solicitar o tramitar la  
11 concesión definitiva. ¿Correcto?

12 R: El párrafo que usted está citando en las  
13 bases de la licitación dice que el  
14 adjudicatario debe obtener la concesión  
15 definitiva, y ese párrafo hay que leerlo en  
16 forma armónica con el texto del contrato,  
17 porque las bases, como usted sabe, pertenecen a  
18 la etapa anterior al contrato. Es cierto que se  
19 integran al contrato, pero este párrafo hay que  
20 leerlo en forma armónica con el contrato.

21 P: Bien. Podremos leerlo más adelante, pero  
22 me interesaba ahora establecer lo que este

1 párrafo en particular señala. Más bien,  
2 inclusive, este párrafo establece que es  
3 obligación del adjudicatario obtener  
4 efectivamente la concesión. ¿No es verdad?

5 R: Sí, pero como le digo, no se puede  
6 interpretar de una manera contraria a la buena  
7 fe, y usted estará de acuerdo conmigo que el  
8 método □□ el primer método de interpretación de  
9 un contrato es el de la buena fe. No se puede  
10 interpretar que eso significa que, aunque la  
11 autoridad administrativa de manera arbitraria  
12 pueda no otorgar la concesión definitiva, que  
13 aun así es una obligación del concesionario y  
14 es su riesgo y responsabilidad obtenerla.

15 Repito: creo que hay una razón por la cual,  
16 en el texto del contrato, que me parece que,  
17 aunque las bases se le integran es más  
18 importante, porque es un texto firmado por  
19 ambas partes, suscrito por ambas partes, en el  
20 texto del contrato este concepto se sustituye  
21 por el concepto de solicitar y gestionar. Y si  
22 revisamos los laudos ante la Cámara de Comercio

1 de Lima, que han sido citados por la parte  
2 demandada, esa es también...

3 P: Doctor Benavides...

4 R: ...la interpretación a la que llegan los  
5 tribunales arbitrales peruanos.

6 P: Doctor Benavides, permítame dirigir su  
7 atención al tercer párrafo, numeral 1.4.1 de  
8 las bases. Figuran como anexo R□0001. Allí se  
9 señala que: "Es de su exclusiva responsabilidad  
10 contar con los títulos que los habiliten  
11 legalmente para..." (inaudible) ¿Correcto?

12 R: No le he escuchado, doctor Forno. Se ha  
13 interrumpido la comunicación.

14 P: Ha habido un ruido extraño. Lo que decía  
15 es que este párrafo que tenemos en pantalla  
16 señala que: "Es de su exclusiva  
17 responsabilidad...", estoy citando literalmente,  
18 "...el contar con los títulos que habiliten para  
19 la instalación de la central de generación  
20 RER". ¿Correcto?

21 R: Y mi interpretación de ese párrafo,  
22 doctor Forno, es que lo que se ha querido decir

1 a los postores, y por eso es que se pone  
2 justamente en las bases, es que los postores  
3 tienen la responsabilidad de elegir el terreno,  
4 el lugar en el cual van a desarrollar su  
5 proyecto y tienen la responsabilidad de obtener  
6 los permisos que sirvan para ese terreno en  
7 específico. Eso no inhabilita...

8 P: Doctor Benavides.

9 R: ... la obligación de cooperación del  
10 Estado.

11 Mr. Molina: Excuse me, Mr President -- I am  
12 sorry, I was being very patient --

13 REPORTER: the interpreter. Mr. President can  
14 you hear the interpreter? She is making an  
15 interruption.

16 PRESIDENT: I can hear that. Wait a moment.  
17 So, Interpreter, you had a problem about the  
18 noise in the interpretation mechanism? I have  
19 to go to the English Channel. I can hear you  
20 now. I switched to the original to see if there  
21 is enough time between the two. I see that  
22 Laurie is having an issue.

PRESIDENT: Laurie, what is your issue?

THE REPORTER: ok, I am sorry. I just want to assure that you hear when the interpreter was addressing you, so I was trying to kind of help.

PRESIDENT: Sometimes I hear, sometimes I don't, because I have to split myself in two.

REPORTER: that is why. It is still difficult because the questions are coming too quickly on top at the end of the answer or in vice versa. It is very difficult, but

PRESIDENT: Gentlemen, may I ask you again to be diligent in counting between the questions and answers, and don't overlap.

SEÑOR MOLINA: Señor presidente, perdón por interrumpir. He tenido paciencia en las primeras dos o tres veces que el doctor Forno...

(Pausa.)

PRESIDENT: ...

SEÑOR MOLINA: Señor presidente, he tenido paciencia las veces que el doctor Forno ha

interrumpido al profesor Benavides. Por favor, le pido que el doctor Forno deje que el profesor Benavides termine su respuesta antes de seguir con la próxima pregunta. Gracias.

SEÑOR FORNO FLÓREZ: Señor presidente, mi interrupción no perseguía detener la explicación del doctor Benavides para seguir la siguiente pregunta. Lo que yo quería pedirle al doctor Benavides es que, como quedamos en un inicio, responda a mis preguntas cuando sea posible, y en este caso lo era, con "sí" o con un "no" y tal vez después pueda él hacer alguna aclaración que le parezca conducente, en la medida en que la haga de la manera más escueta posible. Mi pregunta, como se podrá apreciar en el transcript, era sobre el tenor...

PRESIDENT: Dr Forno, can you also please adhere to the rule 1, 2, 3? I know it's difficult because when you talk about what you like to talk about, which is Peruvian law, like the expert does, then you get a little bit excited. I understand that. It is human. But

please try to contain yourself and to count to 1, 2, 3, before you pose the next question.

Thank you.

SEÑOR FORNO FLÓREZ: Cómo no, señor presidente. Muchas gracias.

Quería reiterar mi pedido al doctor Benavides de que responda mis preguntas con un "sí" o con un "no" en la medida en que sea posible.

Yo le preguntaba si es que en efecto el numeral □□ el tercer párrafo del numeral 1.4.1 de las bases señala, como se puede observar en la pantalla, que: "Es de su exclusiva responsabilidad...". Se refiere evidentemente al concesionario. "...contar con los títulos que los habiliten para la instalación de la central de generación RER". ¿Es correcto que el texto señala eso?

R: El texto señala, doctor Forno -- perdón, voy a hacer la pausa primero. El texto señala, y lo hace con la intención precisamente de deslindar la responsabilidad del Estado frente

a los postores. Este tipo de textos son usuales precisamente en las bases para deslindar la responsabilidad del Estado frente a los postores y por eso lo que dice el texto es que son los postores los responsables de contar con los títulos que sean necesarios para poder instalar y construir la respectiva planta de generación.

Este párrafo hay que leerlo no aisladamente, sino en conjunto con el texto del contrato. Por ejemplo, cláusula 3.2 del contrato y otras cláusulas más del contrato, que hacen referencia precisamente a este tipo de temas. La 4.3 y 4.4, lo mismo, que hablan del tema de los permisos.

P: Doctor Benavides, lo que parece no tener duda es que el texto que hemos revisado en pantalla no señala específicamente, expresamente que la obligación del adjudicatario se limite a solicitar o tramitar los títulos habilitantes. ¿Correcto?

R: Doctor Forno, vuelvo a repetir: la

1 interpretación sobre cuál es el alcance de las  
2 obligaciones del concesionario, porque ya no  
3 estamos hablando de un adjudicatario; esto era  
4 antes de la celebración del contrato. Yo me  
5 estoy refiriendo ahora a las obligaciones del  
6 concesionario postcontrato.

7 Para entender cuál es el alcance de las  
8 obligaciones en asume el concesionario  
9 postcontrato, mi posición por lo menos es que  
10 primero hay que mirar el propio texto del  
11 contrato y hay que interpretarlo en consonancia  
12 con la Ley RER y el Reglamento RER.

13 Si ese texto del contrato respecto a las  
14 bases incluye cambios, creo que esos cambios  
15 son relevantes y no son inocentes. Es decir, si  
16 en el texto del contrato se ha afinado el  
17 lenguaje y se ha dicho: "La responsabilidad del  
18 concesionario es gestionar y tramitar los  
19 permisos", creo que detrás de eso no solo hay  
20 un mensaje al concesionario, sino hay un  
21 acuerdo entre las partes respecto a las  
22 responsabilidades.

1 Y si esto lo analizamos ya no solamente a  
2 partir de la lectura de las palabras, sino de  
3 cuál es la función del contrato, que es una  
4 función de incentivo a la inversión, de  
5 eliminar barreras para la inversión -estoy  
6 citando casi textualmente el texto de la  
7 exposición de motivos de la ley: eliminar  
8 barreras a la inversión, facilitar la  
9 inversión, facilitar que los inversionistas  
10 desarrollen proyectos-, creo que hay una  
11 consistencia entre establecer que la obligación  
12 del concesionario es tramitar los permisos.

13 Lo que se ha querido, obviamente, es evitar  
14 que el concesionario no realice ningún esfuerzo  
15 y, en cambio, pretenda que el Estado lo haga  
16 todo. Y esa es la razón por la cual, además, ha  
17 habido a lo largo de todos los proyectos RER  
18 varias solicitudes de concesionarios...

19 P: Doctor Benavides.

20 R: ...presentadas y aprobadas en el sentido de  
21 modificar los hitos del cronograma de ejecución  
22 de obras precisamente por problemas de

1 permisos.

2 P: Doctor Benavides, se ha explayado usted  
3 bastante más allá de lo que hubiera podido ser  
4 la respuesta a mi pregunta. Y al hacerlo me  
5 roba usted tiempo, porque mi tiempo es muy  
6 limitado, como usted sabe. La experiencia que  
7 tiene usted en este tipo de audiencias, sabe  
8 que mi tiempo es limitado. Le voy a suplicar  
9 que se limite a un "sí" o a un "no" cuando ello  
10 es posible. Recuerde que luego usted tendrá  
11 oportunidad de responder al abogado de la parte  
12 demandante.

13 Dentro de la línea de lo que usted ha  
14 señalado, vamos por favor a la cláusula 3 del  
15 contrato, en donde se establecen los alcances  
16 del mismo. ¿De acuerdo?

17 R: De acuerdo. Ante todo, doctor Forno, le  
18 ofrezco disculpas si he ejercido abuso del  
19 derecho en lo prolongado de mis respuestas.

20 P: Aceptadas, doctor. Es usted muy gentil.

21 Bien. En esta cláusula □□ esta cláusula  
22 tercera, de la que estamos hablando y que está

1 allí en pantalla, es el anexo C□0002, tiene  
2 tres acápite. ¿Correcto?

3 R: Correcto.

4 P: Y en cada uno de estos acápite se  
5 establecen obligaciones a cargo...

6 (Pausa.)

7 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Doctor Forno, lo he  
8 perdido.

9 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Sí, discúlpeme, no sé de  
10 dónde aparece ese ruido. Pero voy a repetir...

11 (Pausa.)

12 THE REPORTER: The interpreter is having a  
13 problem again. I'm sorry.

14 PRESIDENT: Are you OK?

15 PRESIDENT: I thought you had like a thunder  
16 strike of some sort.

17 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Bien, voy a continuar.  
18 Ya cesó esa interferencia.

19 SEÑOR FORNO FLÓREZ: ¿Puedo proseguir, señor  
20 presidente?

21 PRESIDENT: Dr Forno, can you please stop  
22 because the interpreters have a serious

1 technical issue.

2 Andrew, can you hear us?

3 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Cómo no, señor  
4 presidente.

5 (Pausa.)

6 TECHNICIAN: Yes, I can.

7 PRESIDENT: What is the issue?

8 TECHNICIAN: I have no idea what the issue  
9 is. It's -- I couldn't hear anything at my  
10 end.

11 PRESIDENT: When I hear it on the  
12 interpretation channel -- on the English  
13 channel I heard indeed a terrible noise, a high  
14 sound. God knows what it is.

15 PROFESSOR TAWIL: Albert Jan, it's almost  
16 time for the break. Should we take the break?

17 PRESIDENT: Exactly. I was thinking about  
18 that. Everyone, we have a break now for 15  
19 minutes during which we can resolve the  
20 technical issue.

21 (Pausa para el café.)

22 PRESIDENT: Dr Forno, are you ready?

1 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Lo estoy, señor  
2 presidente. Muchas gracias.

3 PRESIDENT: you had spent 37 minutes on your  
4 cross examination. What I would suggest is  
5 please repeat the last question you have so  
6 that you have a complete record.

7 SEÑOR FORNO FLÓREZ: ¿Cómo no, señor  
8 presidente? Con todo gusto.

9 Doctor Benavides, estábamos analizando la  
10 cláusula 3 del Contrato RER, en la que se  
11 establecen los alcances del contrato.  
12 ¿Correcto?

13 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Correcto.

14 P: Esta cláusula tercera contiene tres  
15 acápite. ¿Verdad?

16 R: Sí.

17 P: Son solamente tres y en cada uno de ellos  
18 se establecen obligaciones a cargo de la  
19 sociedad concesionaria. ¿Correcto?

20 R: Sí.

21 P: Estará de acuerdo conmigo, entonces, en  
22 que esta sección tercera del contrato no

1 contempla obligación alguna a cargo del MINEM.  
2 ¿Correcto?

3 R: En esta sección tercera, cuyo título es  
4 "alcances del contrato", no obligaciones del  
5 contrato, se habla de obligaciones que  
6 corresponden a la concesionaria, no a la  
7 concedente. Ello no quiere decir que la  
8 concedente no tenga obligaciones, por supuesto.

9 P: Bien.

10 Continuemos ahora con la cláusula 4.1 del  
11 contrato, por favor. Es el anexo C-0002.

12 R: Sí.

13 P: La tenemos ahí en pantalla, doctor. Se  
14 señala que: "La sociedad concesionaria deberá  
15 cumplir con todas las normas y procedimiento  
16 previstos en la Ley de Concesiones Eléctricas y  
17 en el reglamento de la Ley de Concesiones  
18 Eléctricas y demás normas aplicables para  
19 efectos de obtener la concesión definitiva".  
20 ¿De acuerdo?

21 R: Sí, está cláusula efectivamente lo que  
22 dice es que la obligación de la concesionaria

1 se limita a cumplir con todos los requisitos. Y  
2 por eso yo insistía en leer esta cláusula en  
3 conjunto con lo que dicen las bases, porque la  
4 concesionaria tiene una obligación que va hasta  
5 donde alcanzan sus posibilidades: cumplir con  
6 todas las normas y procedimientos. No puede  
7 garantizar obtener la concesión definitiva,  
8 como lo dice también la 3.2.

9 P: Asumo correctamente, como usted ya  
10 mencionó, que está familiarizado con las normas  
11 y procedimientos previstos en la Ley de  
12 Concesiones Eléctricas y en su reglamento.

13 ¿Correcto?

14 R: Sí. No soy un experto, dicho sea de paso,  
15 en el régimen del sector eléctrico. Mi  
16 especialidad es el derecho contractual, y no  
17 pretendo atribuirme expertise en áreas que no  
18 son de mi especialidad, sea derecho de la  
19 energía o derecho ambiental o derecho  
20 constitucional.

21 P: Correcto, pero usted ha planteado en su  
22 informe conclusiones que emanan del derecho

1 público y de estas normas, y entonces debo  
2 hacer algunas preguntas relativas a ello.

3 R: Como no

4 P: Asumo que usted estará de acuerdo conmigo  
5 que, de acuerdo con la Ley de Concesiones  
6 Eléctricas y su reglamento, la obtención de la  
7 autorización de uso de recursos naturales de  
8 propiedad del Estado es parte del proceso de la  
9 solicitud para obtener la concesión definitiva.  
10 ¿Correcto? He puesto en pantalla el texto que  
11 está con el código RL-0001.

12 R: Correcto.

13 P: Y estará de acuerdo en que la obtención  
14 de las certificaciones ambientales (es),  
15 entonces, un presupuesto legal necesario para  
16 obtener la concesión definitiva.

17 R: Sobre el procedimiento para obtener la  
18 concesión definitiva, doctor Forno, eso creo  
19 que sí es un tema técnico que se lo dejo a los  
20 expertos en derecho administrativo y en derecho  
21 de la energía, sobre el cual prefiero no  
22 opinar. Yo no tengo el expertise y la vida me

1 ha enseñado a ser muy conservador cuando doy  
2 opiniones como experto para poder hablar en  
3 detalle sobre qué documentos y qué requisitos  
4 implica la tramitación y la obtención de una  
5 concesión de generación definitiva.

6 P: ¿Conoce usted, doctor Benavides, cuáles  
7 son las facultades y competencias del MINEM?

8 R: Nuevamente, no soy un experto, pero tengo  
9 el conocimiento general, que probablemente  
10 usted también tiene, sobre las competencias de  
11 ese tipo de autoridades.

12 P: Estará de acuerdo conmigo, entonces, que  
13 el MINEM no tiene competencia para otorgar  
14 certificaciones ambientales para proyectos de  
15 generación eléctrica que sean de 20 megavatios  
16 o menos. ¿No es así?

17 R: No lo sé. Yo no he estudiado el TUPA, el  
18 Texto Único de Procedimientos Administrativos,  
19 y las funciones que le corresponden al MINEM en  
20 materia de obtención de este tipo de permisos,  
21 de manera que no podría opinar sobre ese tema.

22 P: Bien. En ese orden de ideas, y para que

1 haya claridad en este punto, usted no  
2 identifica en su informe ninguna cláusula del  
3 contrato que imponga al MINEM la obligación de  
4 otorgar calificaciones o certificaciones  
5 ambientales a Mamacocha. ¿Correcto?

6 R: Yo en mi contrato lo que he analizado es  
7 las obligaciones -- en mis opiniones, perdón,  
8 lo que he analizado son las obligaciones de la  
9 parte concedente del contrato. La parte  
10 concedente del contrato, en mi opinión, es el  
11 Estado, no el MINEM. Y, como tal, he analizado  
12 qué obligaciones nacen del contrato para la  
13 concesionaria y para el Estado. No he analizado  
14 en mi opinión, y no podría haberlo hecho,  
15 cuáles son las funciones específicas que, en la  
16 tramitación de permisos ambientales,  
17 arqueológicos o cualquier otro tipo de permisos  
18 le pueda competir al MINEM. Esos son temas que  
19 se los dejo a los expertos en derecho  
20 administrativo.

21 P: Entonces, es correcto si afirmo que usted  
22 no identifica en sus informes ninguna cláusula

1 del contrato que impongan sobre el MINEM la  
2 obligación de otorgar certificaciones  
3 ambientales a Mamacocha. ¿Correcto?

4 R: Repito que no es un tema -- no he  
5 analizado en mi opinión ninguna norma ni ningún  
6 aspecto que competa a cuál es la autoridad  
7 competente para emitir, dentro del Estado --por  
8 supuesto--, dentro de la administración pública,  
9 cuál es específicamente la oficina competente  
10 para emitir autorizaciones en materia ambiental  
11 con relación a este proyecto.

12 P: En cambio, sí ha dedicado usted en su  
13 informe atención a la obligación de coadyuvar  
14 prevista en el Contrato RER. Vamos a ver qué  
15 dice el contrato sobre esta materia.

16 R: Sí.

17 P: En pantalla vamos a poner la cláusula  
18 4.3. Me interesa el segundo párrafo. Es el  
19 anexo C-0002. Allí dice en la parte pertinente:  
20 "El Ministerio coadyuvará en la obtención de  
21 permisos, licencias, autorizaciones,  
22 concesiones, servidumbres, derechos de uso y

1 similares en caso de que estos no fueran  
2 otorgados por la autoridad gubernamental  
3 competente en el tiempo debido y a pesar de  
4 haberse cumplido los requisitos y trámites  
5 exigidos por las leyes aplicables". ¿Correcto?

6 R: Eso es lo que dice el texto.

7 P: En esta cláusula se dice que el MINEM -  
8 cito-: "Coadyuvará en la obtención de  
9 permisos". No dice que los habrá de otorgar o  
10 que los concederá. ¿Correcto?

11 R: En esta cláusula se establece una función  
12 a cargo del MINEM. Esta no es una cláusula que  
13 define cuál es el alcance de las obligaciones y  
14 responsabilidades del Estado en materia de  
15 permisos. Esta es una cláusula que, como lo  
16 hacen también otras cláusulas del contrato,  
17 define funciones dentro del proceso de  
18 otorgamiento de permisos, que es, por supuesto,  
19 un proceso importante para poder poner en  
20 construcción y luego en operación la planta, y  
21 le da determinadas funciones al Ministerio.

22 P: Correcto, doctor Benavides, pero usted

1 tendrá que convenir conmigo en que la cláusula  
2 no dice que el MINEM otorgará o concederá los  
3 permisos. ¿Correcto?

4 R: Es correcto, no lo dice porque  
5 efectivamente hay permisos que aplican al  
6 proyecto que no son permisos que emite MINEM,  
7 que son permisos que emiten otras entidades que  
8 forman parte del Estado, de la administración  
9 pública, y a MINEM se le da en esto un rol de  
10 coordinación y de apoyos.

11 En mi experiencia práctica, además, porque  
12 he tenido algunos casos vinculados a  
13 tramitación de este tipo de concesiones y de  
14 permisos, ese tipo de función asignada al MINEM  
15 y el hecho de que se identifique esa función  
16 dentro del contrato de concesión, es importante  
17 especialmente como mensaje a todas las  
18 autoridades y entidades que forman parte del  
19 Estado, entre las cuales muchas veces hay  
20 conflictos de competencia, para decir  
21 claramente: "Ustedes, MINEM, tienen que  
22 coordinar con las demás autoridades para poder

1 conseguir los permisos que requiere la  
2 concesionaria".

3 P: Si lo entendí bien, doctor Benavides,  
4 usted me acaba de decir que tiene usted  
5 experiencia porque ha tenido usted varios casos  
6 que se refieren a estos permisos y estas  
7 licencias. Y, sin embargo, no me ha querido  
8 usted responder una pregunta porque decía, más  
9 bien, que no se atrevía a responder por carecer  
10 de experiencia y conocimiento en la materia.

11 P: Gracias por la pregunta, doctor Forno, y  
12 le explico. Yo, como asesor legal, y traté de  
13 explicarlo, pero no me alcanzó el tiempo al  
14 presentar mi expertise, como asesor legal de  
15 inversionistas y de entidades que negocian y  
16 celebran contratos, incluyendo contratos con el  
17 Estado, me ha tocado participar de muchos  
18 proyectos vinculados al sector energético y al  
19 sector infraestructura. Lo hago en mi condición  
20 de experto en temas contractuales y experto en  
21 temas de inversión, no en mi condición de  
22 experto en temas de derecho administrativo o de

1 derecho ambiental.

2 El análisis y la asesoría del equipo que yo  
3 dirijo con relación a esos temas lo hacen los  
4 abogados competentes. Yo no me atrevo a dar  
5 opiniones sobre cómo funciona el derecho  
6 administrativo, público, ambiental, municipal,  
7 constitucional, etcétera. Pero al dar esa  
8 asesoría, por supuesto yo descanso, me apoyo en  
9 las opiniones expertas de abogados que sí  
10 tienen esa especialidad.

11 Al acudir a reuniones con autoridades o con  
12 el ministro de Energía y Minas para interceder  
13 por la obtención de un permiso o para discutir  
14 problemas en la emisión de un permiso, lo hago  
15 como asesor de un inversionista o de un  
16 operador privado. Los aspectos técnicos se los  
17 dejo a los expertos.

18 P: Doctor Benavides, usted afirma que la  
19 obligación del MINEM de coadyuvar en la  
20 obtención de permisos es una obligación de  
21 resultado. Es decir, el MINEM debe garantizar  
22 el otorgamiento de tales permisos. ¿Es hasta

1 aquí correcta mi interpretación de su tesis?

2 R: Yo sostengo, doctor Forno, sobre la base  
3 de la interpretación del segundo párrafo de la  
4 cláusula 4.3 que, en la medida en que la  
5 primera parte se refiere a una obligación  
6 distinta, que es el acceso a instalaciones de  
7 terceros, el término "el Ministerio hará sus  
8 mejores esfuerzos" es un término que no  
9 corresponde con relación a la segunda parte del  
10 párrafo, que es "coadyuvar en la obtención de  
11 permisos". Sostengo, por lo tanto, que la  
12 obligación del Ministerio va más allá.

13 Pero sostengo que, finalmente, el alcance de  
14 esta obligación es irrelevante con respecto a  
15 las obligaciones que ha asumido la parte  
16 concedente, que es el Estado peruano, porque si  
17 bien el Ministerio tiene una función asignada  
18 en virtud de lo que dice esa cláusula, eso no  
19 significa que estamos reduciendo el ámbito de  
20 responsabilidad del Estado en su conjunto por  
21 el otorgamiento de los permisos que requiere  
22 este proyecto en la medida, por supuesto, que

1 el concesionario haya cumplido con los  
2 requisitos legales aplicables, haya presentado  
3 la documentación y todo lo necesario.

4 P: Doctor, le confieso que me perdí. No sé  
5 si al final su respuesta fue "sí" o "no".  
6 ¿Usted sostiene que MINEM debe garantizar el  
7 otorgamiento de tales permisos? ¿Es correcta  
8 esa apreciación de su tesis?

9 R: Yo sostengo que el término "coadyuvar"  
10 debe entenderse en el sentido de que no es  
11 suficiente que el Ministerio acredite sus  
12 mejores esfuerzos, como se ha establecido para  
13 el caso de acceso a instalaciones de terceros,  
14 sino que es necesario que efectivamente el  
15 MINEM tenga una conducta dirigida a la  
16 obtención del resultado, que es finalmente el  
17 otorgamiento del permiso; que el otorgamiento  
18 de permiso no está en manos de MINEM sino de  
19 otra entidad, eso es cierto y es precisamente  
20 por eso que quien es parte concedente de este  
21 contrato no es MINEM, sino el Estado peruano.

22 P: Entonces, si entendí correctamente lo que

1 usted señala: la parte concedente está obligada  
2 a coadyuvar para otorgar el permiso y, además,  
3 está obligada también a otorgarlo. Es decir,  
4 está obligada a las dos cosas.

5 R: No, eso no es lo que he dicho. Lo que he  
6 dicho, y lo ratifico, es: el Ministerio no es  
7 parte concedente. La parte concedente de este  
8 contrato es el Estado. Este contrato, que es un  
9 contrato que cumple una finalidad pública, no  
10 se puede entender y no tiene sentido si no se  
11 entiende como un contrato en el cual la parte  
12 concedente es el Estado peruano. Es el Estado  
13 peruano el que otorga las garantías a la  
14 inversión. Es el Estado peruano el que otorga  
15 las seguridades y los incentivos para el  
16 desarrollo de este proyecto de energía  
17 renovable.

18 El Ministerio no es concedente; el  
19 Ministerio únicamente cumple una función  
20 instrumental. Y en este caso concreto, al  
21 Ministerio se le asigna un rol dentro de las  
22 entidades que forman parte de la administración

1 pública, que son varias, y son varias las  
2 entidades que tienen que ver con la tramitación  
3 de los permisos: está la autoridad del agua,  
4 está la autoridad ambiental, está la autoridad  
5 de cultura. Tenemos probablemente cinco o seis  
6 autoridades distintas.

7 La función que se le asigna al Ministerio,  
8 que es una función de coordinación y que cumple  
9 en la práctica, además, porque en la práctica  
10 para el concesionario es importante tener una  
11 entidad dentro del Estado con la cual pueda  
12 hacer gestiones para acelerar la obtención de  
13 los permisos. Esa función en la práctica la  
14 cumple el Ministerio de Energía y Minas, pero  
15 eso no significa que, en virtud de esta  
16 cláusula, lo que se está haciendo es limitar  
17 las obligaciones y responsabilidades del  
18 Estado. Esas obligaciones siguen siendo  
19 inherentes al Estado en cuanto al otorgamiento  
20 de los permisos, si es que se han tramitado  
21 correctamente.

22 PRESIDENT: Dr. Forno, if you allow me to

1 make some questions here.

2 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Adelante, señor  
3 presidente.

4 PRESIDENT: Dr. Benavides, can you help me?  
5 If I understand you correctly, you are stating  
6 that the contract provides obligation for the  
7 Peruvian State to grant the permits, is that  
8 so?

9 SEÑOR BENAVIDES TORRES: considero señor  
10 presidente, existe una obligación inherente por  
11 parte del Estado de otorgar los permisos y que  
12 esa obligación inherente no solamente nace de  
13 las normas administrativas. La ley peruana de  
14 procedimientos administrativos dice exactamente  
15 eso, es decir que un particular tiene el  
16 derecho y que el Estado tiene la obligación de  
17 otorgar permisos cuando han sido tramitados  
18 correctamente, sino que además considero que es  
19 una obligación inherente al contrato.

20 PRESIDENT: Is there an express provision in  
21 the contract that the Peruvian state is obliged  
22 to grant permits? If so, could you please point

1 it out?

2 SEÑOR BENAVIDES TORRES: No, señor  
3 presidente, no existe ni en este contrato ni  
4 tampoco en otros contratos similares, contratos  
5 de concesión o contratos administrativos, una  
6 obligación expresa directa, escrita en el  
7 contrato de que el contrato, de que el  
8 concedente, el Estado, otorgará los permisos,  
9 porque se entiende que esa obligación es una  
10 obligación que está debidamente cubierta por  
11 las leyes del Estado peruano.

12 PRESIDENT: so you called this an inherent  
13 obligation. "Obligación inherente". So if the  
14 obligation is inherent, is that an obligation  
15 of result? Or best efforts?

16 SEÑOR BENAVIDES TORRES: no, yo considero que  
17 es una obligación de resultado del Estado. O  
18 sea, aquí estoy hablando no del Ministerio; del  
19 Estado. Yo considero que el Estado tiene la  
20 obligación de otorgar los permisos, si es que  
21 se han cumplido con las condiciones legales  
22 establecidas. Es decir, si existen cinco

1 requisitos legales para otorgar el permiso y se  
2 han cumplido, sostengo que el Estado, el  
3 Estado, a través de las autoridades que  
4 corresponda, está obligado a otorgar esos  
5 permisos.

6 PRESIDENT: So, your position is that in all  
7 cases the Peruvian State should grant the  
8 permit, or is it subject to the conditions for  
9 obtaining a permit?

10 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Lo que sostengo es,  
11 en realidad, que, si se cumplen los requisitos,  
12 los cuales tiene que cumplir el concesionario,  
13 el Estado está obligado a otorgar los permisos.  
14 Y que, si el Estado no lo hace, y eso también  
15 está previsto también en nuestra legislación  
16 administrativa, según entiendo, si el Estado no  
17 lo hace, el Estado incurre en doble infracción:  
18 incurre en una infracción administrativa e  
19 incurre en una infracción o en un  
20 incumplimiento contractual.

21 Por lo tanto, la obligación del privado es  
22 cumplir con todos los requisitos. Si se han

1 cumplido con los requisitos, el Estado está  
2 obligado a dar el permiso. Si no se ha cumplido  
3 con los requisitos, el Estado no tiene la  
4 obligación de dar el permiso.

5 PRESIDENT: So what is then the reason that  
6 this contract, in your opinion, contains the  
7 provision we now see on the screen 4.3,  
8 "coadyuvará", which in the English language is  
9 translated as "assist", that MINEM is to assist  
10 in the granting of the permits?

11 SEÑOR BENAVIDES TORRES: en mi opinión señor  
12 Presidente es una razón práctica. Los casos que  
13 he tenido, y muchos de ellos -- casos que he  
14 tenido en mi experiencia profesional, y muchos  
15 de ellos han sido casos en los cuales el  
16 proyecto no avanzaba o los permisos se  
17 demoraban por problemas de competencia entre  
18 distintas autoridades y porque ninguna de las  
19 autoridades quería asumir un rol de  
20 coordinación o de diligenciamiento en la  
21 obtención de los permisos.

22 Entonces, muchas veces en los contratos

1 existe este tipo de cláusulas que identifican  
2 cuál es la autoridad dentro del Estado que  
3 tiene que asistir al concesionario en la  
4 tramitación de los permisos y que tiene que  
5 coordinar y apoyar en la gestión de los mismos  
6 con otras autoridades.

7 Muchas veces lo que ocurre es que, si esto  
8 no está escrito en el contrato, las otras  
9 autoridades pueden negarle competencia al  
10 Ministerio. Ocurre mucho, por ejemplo, con las  
11 autoridades regionales, que le dicen al  
12 Ministerio: tú por qué me presionas o me pides  
13 que haga -- que trámite más rápidamente este  
14 permiso si tú no tienes competencia en la  
15 tramitación de este permiso.

16 De manera que, en mi interpretación, este  
17 tipo de disposiciones son disposiciones que  
18 contienen un mensaje dirigido a la  
19 administración pública: "Ministerio de Energía:  
20 tú eres el responsable de ayudar al  
21 concesionario a obtener sus permisos. Y  
22 ustedes, autoridad del agua, autoridad

1 ambiental de Arequipa, autoridad del Ministerio  
2 de Cultura por la parte arqueológica, ustedes  
3 cuando el Ministerio gestione los permisos y  
4 los llame por teléfono o les envíe  
5 notificaciones, tienen que hacerle caso."

6 PRESIDENT: thank you Mr Forno, please  
7 continue the cross examination.

8 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Muchas gracias, señor  
9 presidente.

10 De acuerdo, entonces, volvamos, doctor  
11 Benavides, al texto de la cláusula que tenemos  
12 a la vista.

13 Aun asumiendo que esta cláusula no se  
14 refiriese al MINEM sino al Estado, de cualquier  
15 manera, la obligación de coadyuvar allí  
16 prevista está sujeta a ciertas condiciones.  
17 ¿Correcto?

18 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Solo para corregir  
19 el supuesto del cual parte su pregunta, doctor  
20 Forno, yo no estoy diciendo que la obligación  
21 de coadyuvar corresponda al Estado. Yo estoy  
22 sosteniendo que al Ministerio se le da una

1 función a través de esa cláusula, pero que eso  
2 no quiere decir que esta cláusula se refiera a  
3 la responsabilidad del Estado como concedente  
4 por el otorgamiento de los permisos. Yo lo que  
5 estoy sosteniendo es: esta cláusula trata de  
6 otra cosa. Trata de que, sin perjuicio de la  
7 responsabilidad del Estado por los permisos,  
8 que eso es un tema además que ha sido también  
9 dilucidado en los laudos que hemos comentado,  
10 sin perjuicio de eso le vamos a dar al  
11 Ministerio de Energía y Minas esta función  
12 específica de coadyuvar, de asistir, de apoyar,  
13 a efectos de que, ante otras autoridades  
14 gubernamentales, que son parte del Estado, se  
15 puedan lograr los permisos. Pero no estoy  
16 diciendo que esa función de coadyuvar es una  
17 función del Estado en su conjunto.

18 P: Doctor Benavides, de cualquier manera, la  
19 obligación de coadyuvar a la que se refiere esa  
20 cláusula establece ciertas condiciones.

21 ¿Correcto?

22 R: ¿Podría ser más específico, doctor Forno?

1 P: Sí, cómo no. Vemos que, en primer lugar,  
2 el párrafo segundo de la cláusula establece que  
3 la asistencia del MINEM debe ser requerida por  
4 la sociedad concesionaria. ¿Correcto?

5 R: Ahí me parece, doctor Forno, que la  
6 cláusula no es clara. Porque la cláusula tiene  
7 dos supuestos, y son dos supuestos además  
8 totalmente distintos. En mi informe he  
9 sostenido, incluso, que la técnica de la  
10 cláusula es mala por incluir en un solo párrafo  
11 dos supuestos totalmente diferentes.

12 El primero es que el concesionario requiera  
13 acceder a instalaciones de terceros, ¿no? Por  
14 ejemplo, a una subestación que pertenece a una  
15 empresa de distribución eléctrica. Y el segundo  
16 -- y la segunda parte de este párrafo se  
17 refiere a la obtención de permisos, licencias,  
18 etcétera.

19 Lo segundo se trata de la tramitación del  
20 permiso ante autoridades gubernamentales. Lo  
21 primero es ante terceros, que entiendo se trata  
22 de privados. Por lo tanto, cuando se establece

1 que el Ministerio va a actuar haciendo sus  
 2 mejores esfuerzos en caso de que sea requerido  
 3 o solicitado por la concesionaria, me parece  
 4 que se está refiriendo a la primera parte de la  
 5 cláusula -- perdón, del párrafo, que es aquel  
 6 referido a acceso a instalaciones de terceros,  
 7 y no a la segunda parte del párrafo, que es el  
 8 referido a obtención de permisos.

9 P: Entonces, doctor Benavides, si entiendo  
 10 bien su tesis, usted sostiene acá ahora que  
 11 esta obligación de coadyuvar del Ministerio  
 12 deberá ser espontánea, motu proprio, sin  
 13 necesidad de que nadie le pida esta ayuda o  
 14 esta asistencia, como usted ha mencionado. ¿Es  
 15 correcto?

16 R: Bueno, para aclararlo, doctor Forno, en  
 17 la práctica lo que el Ministerio de Energía y  
 18 Minas hace...

19 P: Doctor Benavides, lamento tener que  
 20 interrumpirlo, pero no he preguntado qué cosa  
 21 ocurre en la práctica. Lo que estamos aquí  
 22 hablando ahora es qué cosa es lo que señala

1 este segundo párrafo de la cláusula 4.3 del  
 2 contrato. Usted ha dicho que esta frase "de ser  
 3 requerido", que supone una iniciativa del  
 4 concesionario, solamente se requiere para  
 5 cuando se trata de instalaciones de terceros,  
 6 pero que no aplica a la segunda parte de este  
 7 párrafo. Con lo cual, eso supondría que usted  
 8 señala que, entonces, la ayuda del Ministerio,  
 9 el apoyo que usted dice que significa  
 10 coadyuvar, este apoyo tiene que ser prestado de  
 11 manera espontánea, voluntaria y por propia  
 12 iniciativa del Ministerio, aunque no le hayan  
 13 pedido nada. ¿Es correcto?

14 R: No, y ahora que me va a permitir hablar,  
 15 se lo voy a explicar.

16 Mi interpretación -- Yo he empezado  
 17 diciendo, lo ratifico, que la redacción de esta  
 18 cláusula, y eso no es raro en contratos de este  
 19 tipo, no es clara y que, por lo tanto, la  
 20 técnica es defectuosa justamente porque incluye  
 21 dos supuestos completamente distintos que a mi  
 22 modo de ver, entiendo, interpreto, respeto si

1 usted tiene una opinión distinta, el término  
 2 "de ser requerido por la concesionaria" se  
 3 aplica a la primera obligación, que es una  
 4 obligación de mejores esfuerzos para acceder a  
 5 instalaciones de terceros. Si no, me parece que  
 6 se hubiera ubicado este término en otra parte  
 7 del párrafo.

8 Y en cuanto a lo segundo, que es "coadyuvará  
 9 en la obtención de permisos, licencias,  
 10 autorizaciones y concesiones", estoy de  
 11 acuerdo. Me parece que obviamente tiene que  
 12 haber una coordinación previa a tal efecto,  
 13 pero eso no quiere decir que exista un  
 14 requisito previo de una notificación. Eso puede  
 15 ocurrir tanto si existe una coordinación previa  
 16 a través de una solicitud de la concesionaria,  
 17 como también si el propio Ministerio, que tiene  
 18 a su cargo la función de supervisión de estos  
 19 proyectos conjuntamente con OSINERGMIN, porque  
 20 el Ministerio efectivamente lo que hace es  
 21 darle seguimiento a la ejecución del calendario  
 22 de obras de los proyectos de concesión RER,

1 puede también perfectamente ocurrir que el  
 2 propio Ministerio tome la iniciativa de apurar  
 3 o diligenciar o expeditar la tramitación de  
 4 estos permisos.

5 P: En cualquier caso, doctor Benavides, en  
 6 su informe no se identifica ninguna instancia  
 7 en la que la sociedad concesionaria hubiese  
 8 formulado algún requerimiento de coadyuvancia  
 9 al MINEM. ¿Correcto?

10 R: No lo he identificado justamente porque  
 11 el tema de tramitación de los permisos en  
 12 relación a los conflictos entre las partes es  
 13 un tema menor. El caso es un caso que trata  
 14 fundamentalmente sobre la frustración del  
 15 proyecto Mamacocha debido a interferencias por  
 16 parte del Estado. Este no es un caso sobre  
 17 demora en la tramitación de los permisos. Esa  
 18 es la razón por la cual yo no he hecho un  
 19 análisis, tampoco se me ha pedido, sobre  
 20 cuántos días ha demorado en tramitarse cada  
 21 permiso y si ha habido o no responsabilidad del  
 22 Estado al demorar en la tramitación de los

1 respectivos permisos.

2 Ese análisis se hizo por parte del  
3 Ministerio y por parte de OSINERGMIN a  
4 propósito de las solicitudes para las adendas 1  
5 y 2 y en su momento, tanto el Ministerio de  
6 Energía y Minas, sus asesores legales...

7 P: Doctor Benavides, discúlpeme que lo  
8 interrumpa.

9 R: ...concluyeron que sí había atrasos.

10 P: Quiero cambiar ahora a otro tema, doctor  
11 Benavides. Hemos dicho anteriormente que el  
12 Reglamento RER está sujeto o establece ciertos  
13 plazos. ¿Correcto?

14 R: ¿Plazos para qué, si me pudiera aclarar?

15 P: Plazos para la ejecución de los  
16 proyectos.

17 R: El Reglamento RER no establece un plazo  
18 definido. Lo que el Reglamento RER establece  
19 son ciertas limitaciones en cuanto a, por  
20 ejemplo, la fecha de puesta en operación  
21 comercial. Porque hablar de plazos de manera  
22 genérica yo -- me perdonará usted, pero yo

1 prefiero ser muy específico.

2 P: Bien. Con ese propósito, permítame  
3 dirigir su atención al Reglamento RER y  
4 específica al numeral 1.22. Está en el anexo  
5 MQ-005. Allí se señala: "El plazo de vigencia  
6 de la tarifa de adjudicación (plazo de  
7 vigencia) es el período comprendido entre la  
8 fecha real de puesta en operación comercial y  
9 la fecha de término del contrato". ¿Correcto?

10 R: Es correcto. Eso es lo que dice.

11 P: Y así lo establecen también las bases.  
12 ¿Correcto?

13 R: Según lo que recuerdo, me parece que  
14 efectivamente está también en las bases.

15 P: Déjeme entonces dirigir su atención al  
16 numeral 1.2.46 de las bases. Es el anexo R-  
17 0001. Lo tiene usted ahí en pantalla, doctor.

18 R: De acuerdo. "Plazo de vigencia de la  
19 tarifa: es el período comprendido entre la  
20 fecha real de puesta en operación comercial y  
21 la fecha de término del contrato (31 de  
22 diciembre de 2036)".

1 P: Este texto es prácticamente idéntico al  
2 de la cláusula 1.22 del reglamento. ¿Correcto?

3 R: No recuerdo la cláusula 1.22. ¿Podemos  
4 verla?

5 P: Sí, la acabamos de ver hace exactamente  
6 hace un minuto y medio, pero ahí la tiene usted  
7 en pantalla, doctor.

8 R: Sí. Bueno, ahí no dice 2036. Eso sí. Eso  
9 está en las bases.

10 P: Correcto. Pero establece el período para  
11 el plazo de vigencia. ¿Correcto?

12 R: Establece una definición de lo que es  
13 plazo de vigencia de la tarifa de adjudicación.

14 P: Correcto.

15 Bien. Luego, el Contrato RER reproduce  
16 textualmente el contenido de esta disposición  
17 en su clausulado. ¿No es verdad? Permítame  
18 proyectar la cláusula 1.4.37 del contrato, que  
19 es el anexo C-0002.

20 R: "Plazo de vigencia de la tarifa de  
21 adjudicación: es el período comprendido entre  
22 la fecha real de la puesta en operación

1 comercial y la fecha de término del contrato  
2 (31 de diciembre de 2036)".

3 P: Y vemos allí que durante el plazo de  
4 vigencia se le garantiza al concesionario el  
5 pago de la tarifa de adjudicación o tarifa RER.  
6 ¿Correcto?

7 R: Es correcto. Esa es una obligación que ha  
8 asumido el Estado.

9 P: Veamos, entonces, cómo define el régimen  
10 RER a cada uno de los hitos que encuadran al  
11 plazo de vigencia.

12 Comencemos por la fecha real de puesta en  
13 operación comercial. Voy a referirme a ella, si  
14 está de acuerdo, como fecha POC real.

15 R: De acuerdo.

16 P: Esta definición la encontramos, en primer  
17 término, en el Reglamento RER. ¿No es verdad?  
18 Permítame proyectar en la pantalla la cláusula  
19 1.13 del Reglamento RER -- perdón, el numeral  
20 1.13 del Reglamento RER, que es el anexo MQ-  
21 0005. "La fecha real de puesta en operación  
22 comercial, fecha real de entrada en operación

1 comercial de cada central", puntos suspensivos  
 2 he puesto allí, "la cual no podrá exceder en  
 3 dos años la fecha referencial de puesta en  
 4 operación comercial. En caso contrario, el  
 5 contrato quedará automáticamente resuelto y se  
 6 ejecutará la garantía de fiel cumplimiento".

7 ¿Correcto?

8 R: Eso es lo que dice la cláusula 1.13.c.

9 P: Y así lo establecen luego las bases.

10 ¿Correcto? Vamos a mirar el numeral 1.2.31 de  
 11 las bases, que es el anexo R-0001. El texto de  
 12 las bases es idéntico al Reglamento RER. ¿No es  
 13 verdad?

14 R: Sí.

15 P: Y luego el Contrato RER reproduce  
 16 textualmente esta estipulación. ¿Correcto? Voy  
 17 a proyectar en la pantalla el numeral 1.4.23  
 18 del contrato. Es el anexo C-0002. El texto es  
 19 idéntico al que encontramos en el Reglamento  
 20 RER y en las bases. ¿Estamos de acuerdo?

21 R: Correcto.

22 P: La fecha referencial de puesta en

1 operación comercial también es un término  
 2 definido tanto en el régimen RER como en el  
 3 contrato RER. ¿No es así?

4 R: Correcto.

5 P: Voy a referirme a la fecha -- a esta  
 6 fecha como fecha POC referencial, si le parece.

7 R: De acuerdo.

8 P: Permítame dirigir ahora su atención  
 9 nuevamente al Reglamento RER. En la pantalla  
 10 veremos el numeral 1.13.d del reglamento.

11 ¿Podría leer el texto, por favor?

12 R: Sí: "Fecha referencial de puesta en  
 13 operación comercial: es la fecha establecida en  
 14 las bases considerando 20 años hasta la fecha  
 15 de término del contrato".

16 P: Correcto. Veamos entonces qué establecen  
 17 las bases al respecto. En la pantalla vamos a  
 18 poner el numeral 1.2.32 de las bases. Otra vez,  
 19 anexo R-0001.

20 R: "Fecha referencial de puesta en operación  
 21 comercial: es el 31 de diciembre de 2016, fecha  
 22 establecida en el tercer párrafo del numeral

1 1.1 de las bases, considerando 20 años hasta la  
 2 fecha de término del contrato".

3 P: Ahí vemos que tanto la definición  
 4 propuesta como la que contempla el Reglamento  
 5 RER nos indican que la fecha POC referencial  
 6 fue establecida considerando 20 años hasta la  
 7 fecha de término del contrato. ¿Correcto?

8 R: Sí, es correcto.

9 P: Y conforme al numeral 1.1, párrafo cuarto  
 10 de las bases, esa fecha quedó establecida en el  
 11 31 de diciembre de 2016. ¿Correcto?

12 R: Sí.

13 P: Y una vez más, el Contrato RER recoge  
 14 esta definición textualmente en su clausulado.  
 15 ¿Correcto?

16 R: El Contrato RER, sí, tiene una definición  
 17 de fecha referencial de puesta en operación  
 18 comercial.

19 P: De hecho, voy a poner en la pantalla el  
 20 texto de la cláusula 1.4.24 del contrato.

21 R: Ajá.

22 P: Y dice exactamente eso. Es el anexo C-

1 0002. ¿Correcto?

2 R: Sí, es correcto.

3 P: Vemos, entonces, que entre la fecha POC  
 4 referencial y la fecha de término del contrato  
 5 existe un plazo de 20 años, y que la fecha POC  
 6 real no podrá exceder en dos años la fecha  
 7 referencial de puesta en operación comercial.  
 8 ¿No es así?

9 R: Sí.

10 P: La fecha POC real podría coincidir con la  
 11 fecha POC referencial y ocurrir el 31 de  
 12 diciembre de 2016, hipotéticamente hablando.

13 R: Es correcto.

14 P: O podría ocurrir seis meses más tarde.  
 15 ¿No es así?

16 R: Sí.

17 P: De hecho, puede ocurrir en cualquier  
 18 momento, entre el 31 de diciembre de 2016 y el  
 19 31 de diciembre de 2018. ¿Correcto?

20 R: Bajo condiciones normales, eso es  
 21 correcto.

22 P: Lo que no puede ocurrir según la letra

1 expresa de estas disposiciones del régimen RER  
2 y del Contrato RER que acabamos de examinar es  
3 que la fecha de la POC real exceda en más de  
4 dos años a la fecha POC referencial, es decir,  
5 el 31 de diciembre de 2018. ¿Correcto?

6 R: No debería exceder. O sea, lo que  
7 contempla el contrato y lo que contempla la ley  
8 es que efectivamente no debería excederse ese  
9 plazo. Esa era la intención y, obviamente, bajo  
10 ese esquema es que se ha diseñado el contrato,  
11 pero, obviamente, sin considerar la posibilidad  
12 de que hubiera incumplimientos de las partes.

13 P: Y hemos coincidido en que el plazo de  
14 vigencia de la tarifa RER comienza en la fecha  
15 de la POC real. ¿Correcto?

16 R: Eso es correcto.

17 P: Y concluye en la fecha de término del  
18 Contrato RER. ¿Correcto?

19 R: Es correcto.

20 P: Aún no hemos definido esa fecha de  
21 término. Entonces, si me permite volver una vez  
22 más al Reglamento RER, quisiera pedirle que lea

1 el texto que aparece en pantalla. Es el anexo  
2 MQ-0005.

3 R: "1.13. b: fecha de término del contrato:  
4 es la fecha máxima establecida en las bases, no  
5 modificable por ninguna causa, hasta la cual se  
6 le pagará al concesionario la tarifa de  
7 adjudicación".

8 P: Corresponde pues al numeral 1.13.b del  
9 Contrato RER. ¿Correcto?

10 R: Es lo que dice el numeral 1.13.b del  
11 reglamento de la ley.

12 P: Veamos, entonces, cuál es la fecha máxima  
13 que está aquí en las bases.

14 (Pausa.)

15 PRESIDENT: Let's do first one thing. If I  
16 may ask the interpreters each time to precede,  
17 when one person speaks, say question, answer,  
18 question, answer, that would be helpful for the  
19 court reporters. That's one thing. And the  
20 other thing is, gentlemen, may I remind you  
21 again not to overlap and observe the three  
22 second rule.

1 PRESIDENT: I will try to police it a little  
2 bit, Madame, but it's not easy.

3 (Pausa.)

4 PRESIDENT: ...

5 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Mil disculpas.

6 PRESIDENT: ...

7 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Bien.

8 Doctor Benavides, veamos cuál es la fecha  
9 máxima establecida en las bases. Le pediría,  
10 por favor, leer el texto que aparece proyectado  
11 en la pantalla, que es el anexo R-0001.

12 SEÑOR BENAVIDES TORRES: "1.2.30. Fecha de  
13 término del contrato: es el 31 de diciembre de  
14 2036, fecha no modificable por ninguna causa,  
15 hasta la cual se le garantiza al concesionario  
16 la tarifa de adjudicación".

17 P: Gracias. Se trata del numeral 1.2.30 de  
18 las bases. ¿Correcto?

19 R: Correcto. ¿Es de las bases o del  
20 contrato?

21 P: De las bases.

1 R: ok.

2 P: Y según lo que establece la letra expresa  
3 del Reglamento RER y de las bases, la fecha de  
4 término no puede ser modificada por ninguna  
5 causa. ¿Correcto?

6 R: Dice "por ninguna causa" y, aunque yo no  
7 me he pronunciado sobre la interpretación de  
8 esta cláusula en el contrato, que es una  
9 cláusula similar, evidentemente a mí no me  
10 parece que "por ninguna causa" pueda incluir  
11 causas imputables al Estado peruano.

12 P: Doctor Benavides, estará usted de acuerdo  
13 conmigo entonces que, si la fecha de  
14 terminación es inmodificable, por definición  
15 también es inmodificable la fecha POC  
16 referencial. ¿No es así?

17 R: ¿Dónde dice eso?

18 P: Es la conclusión a la que se arriba con  
19 la lectura de los textos que hemos hecho. Si  
20 tiene que haber 20 años de diferencia entre la  
21 fecha referencial y la fecha de término, y la  
22 fecha de término es inmodificable, entonces

1 tampoco se puede modificar el hito inicial.

2 ¿Correcto?

3 R: Mi opinión, doctor Forno, y es la opinión  
4 que he expresado en mis opiniones de experto,  
5 es que, sobre este tema, al igual que en el  
6 caso de las obligaciones de la concesionaria  
7 con relación a los permisos, lo correcto y lo  
8 acertado es hacer una interpretación  
9 sistemática de las cláusulas del contrato  
10 leyendo estas cláusulas, la 1.2.30, 31, 32,  
11 conjuntamente con la cláusula 8.4 del contrato.  
12 Lo que encontramos en esas cláusulas es una  
13 previsión de que la duración del contrato, el  
14 plazo del contrato tenía que ser de 20 años a  
15 partir de la POC. Esa, estamos de acuerdo, es  
16 la intención de las partes.

17 Cuando en la cláusula 8.4 se hace referencia  
18 a que no se puede postergar la POC por ningún  
19 motivo, y cuando en la cláusula 1.2.30 se hace  
20 referencia a que esa fecha de término es no  
21 modificable por ninguna causa, a mí, disculpe  
22 que se lo diga, pero me parece inadmisibles y

1 contrario a la buena fe una interpretación en  
2 base a la cual el concedente tendría la  
3 posibilidad de interrumpir el contrato, de  
4 incumplir el contrato, de perjudicar al  
5 concesionario, de frustrar las obligaciones del  
6 concesionario dirigidas a cumplir con la POC y,  
7 aun así, esta fecha de término del contrato o  
8 la fecha de la POC permanecerían  
9 inmodificables.

10 Y creo que esa es la interpretación que  
11 dieron ambas partes, el Estado peruano y el  
12 concesionario, cuando celebraron la adenda  
13 número 2. Las partes analizaron el contrato,  
14 analizaron la ley y dijeron: nuestra  
15 interpretación es que cuando la norma dice "por  
16 cualquier motivo" no se está refiriendo a actos  
17 imputables a la administración. Y creo que esa  
18 interpretación no solo es correcta, sino que es  
19 vinculante para ambas partes.

20 P: Ahora, estamos hablando no solamente del  
21 contrato, sino también del Reglamento RER.  
22 ¿Correcto?

1 R: Sí, y la interpretación que hicieron  
2 ambas partes en el anexo -- en la adenda 2, y  
3 está en los informes previos del Ministerio de  
4 Energía y Minas, y está también en la  
5 resolución ministerial que aprueba la adenda 2,  
6 es que están interpretando no solamente el  
7 Contrato RER, sino están interpretando el  
8 reglamento. Las partes, y ahí están los  
9 informes de la parte técnica y de la parte  
10 legal del Ministerio, y está el informe de  
11 OSINERGMIN, la parte concedente dijo: mi  
12 interpretación del reglamento es que no puede  
13 estarse refiriendo, cuando dice "cualquier  
14 motivo", a causas imputables a la  
15 administración pública. Porque esa  
16 interpretación, según dice el propio  
17 ministerio, sería contraria a la buena fe,  
18 sería un abuso del derecho, sería contraria a  
19 la regla de la ausencia de culpa según el  
20 Código Civil peruano, artículos 1314 y 1317,  
21 y sería imposible sostener que la función  
22 pública del contrato, que es garantizar al

1 inversionista su inversión y generar incentivos  
2 a los inversionistas, esa función no se  
3 cumpliría si interpretásemos que estas  
4 cláusulas del contrato le dan derecho a la  
5 parte concedente de incumplir el contrato a  
6 discreción y de entorpecer el cumplimiento del  
7 contrato por parte de la concesionaria.

8 Eso no sería razonable interpretarlo ni de  
9 la cláusula 1.2.30 ni tampoco de la 8.4.

10 P: Luego voy a preguntarle, doctor, si dos  
11 partes de un contrato pueden generar una  
12 interpretación vinculante de una norma jurídica  
13 según como les parezca; pero ahora quisiera ir  
14 a otro punto.

15 ¿Usted está al tanto de que en el marco de  
16 la tercera subasta RER Mamacochoa presentó una  
17 declaración jurada en la que manifiesta  
18 reconocer el carácter no modificable de la  
19 fecha de término del contrato?

20 R: Sí, he leído una declaración presentada  
21 por Mamacochoa y presentada, entiendo, por todos  
22 los postores que participaron en la subasta,

1 ahí la veo, en la cual efectivamente declaran  
2 bajo juramento, y esa es una declaración previa  
3 o que forma parte de la oferta presentada por  
4 cada postor, reconociendo que la fecha de  
5 término es no modificable, aun cuando se  
6 presenten eventos de fuerza mayor. No dice: aun  
7 cuando se presenten incumplimientos o  
8 interferencias por parte del Estado concedente.

9 Lo que tenemos en este caso...

10 P: Y le pregunto, doctor Benavides:  
11 recordará también que en la declaración jurada  
12 que presentó Mamacocha junto con el sobre de  
13 calificación de la tercera subasta, manifestó  
14 expresamente -lo pondremos en pantalla, el  
15 anexo R-0139-, que conoce y acepta y se somete  
16 incondicionalmente, expresa e indubitadamente  
17 a las bases y demás reglas de la presente  
18 subasta, así como las consultas y absoluciones  
19 respectivas. Y acepta la totalidad de términos  
20 y condiciones establecidas en las bases.

21 ¿Correcto?

22 R: Sí, esa es una declaración absolutamente

1 estándar y normal en el caso de postores que  
2 participan en cualquier concurso público.

3 P: Doctor Benavides, y para efectos de que  
4 conste en el récord, usted ha manifestado a  
5 este Tribunal su opinión de que aun así  
6 Mamacocha tenía derecho a una o más prórrogas  
7 de la fecha POC real y de la fecha de  
8 terminación del contrato. ¿Correcto?

9 R: Eso no lo digo solo yo; eso lo dicen las  
10 partes, y lo han dicho a través de las adendas,  
11 y lo han dicho los abogados del Ministerio, y  
12 lo han dicho los asesores legales externos del  
13 Ministerio. Es decir, ha habido una  
14 interpretación vinculante respecto a...

15 P: Perdón, doctor Benavides, disculpe que lo  
16 interrumpa otra vez, porque mi pregunta era,  
17 para que conste en el récord, si usted lo ha  
18 manifestado.

19 R: ¿Me repite la pregunta, doctor Forno, por  
20 favor?

21 P: Sí. Si usted ha manifestado a este  
22 Tribunal su opinión de que aun así Mamacocha

1 tenía derecho a una o más prórrogas de la fecha  
2 POC real y de la fecha de terminación del  
3 contrato. ¿Es correcto?

4 R: Creo que no estamos, doctor Forno,  
5 discutiendo en este momento si Mamacocha tenía  
6 derecho a las prórrogas que se le concedieron  
7 en virtud de las solicitudes 1 y 2 que fueron  
8 materia de resoluciones ministeriales y que  
9 fueron finalmente suscritas a través de  
10 adendas. Esos son hechos que han ocurrido. Esas  
11 adendas son adendas válidas, en ningún momento  
12 han sido anuladas o declaradas nulas por ningún  
13 Tribunal o autoridad competente. Son adendas  
14 que están plenamente vigentes y que, por lo  
15 tanto, vinculan al Estado peruano.

16 Es más: ayer he escuchado al doctor Ísmodes,  
17 que fue ministro de Energía y Minas, sostener  
18 eso mismo. Ha sostenido que toda adenda firmada  
19 por el Estado peruano es una adenda vinculante  
20 y que las resoluciones ministeriales, en la  
21 medida en que igualmente no sean revocadas o  
22 anuladas, son también vinculantes y generan

1 confianza en la parte administrada, en la  
2 concesionaria.

3 P: Doctor Benavides, estoy siendo paciente  
4 con sus respuestas. En realidad, no le he  
5 preguntado por la opinión del doctor Ísmodes;  
6 le he preguntado si usted en sus informes ha  
7 manifestado que Mamacocha tenía derecho a una o  
8 más prórrogas de la fecha POC y de la fecha de  
9 terminación del contrato. ¿Es correcto eso?

10 R: Yo en mis informes he interpretado las  
11 cláusulas del contrato, no lo voy a repetir,  
12 tal como lo he expresado ahora, y he sostenido  
13 que cuando se producen atrasos que son  
14 imputables a la administración pública, que son  
15 imputables al Estado, eso, por supuesto, es una  
16 circunstancia que da derecho a modificar la  
17 fecha de puesta en operación comercial.

18 P: Señor presidente, quisiera hacer una  
19 pregunta: ¿es posible que se me conceda un  
20 break de 20 o 25 minutos? Creo que teníamos un  
21 break previsto; no sé si lo podemos ahora  
22 establecer.

1 PRESIDENT: Dr Forno, are you asking for a  
2 break?

3 PROFESSOR TAWIL: Albert Jan, he is.

4 SEÑOR FORNO FLÓREZ: No, yo estaba  
5 preguntando si tenemos previsto un break,  
6 porque en el caso de que así sea, quería  
7 preguntar si puede ser ahora. Si no tenemos  
8 previsto un break, no...

9 PRESIDENT: All right. There's a break of  
10 45 minutes scheduled.

11 Sorry, I was a bit confused. I thought the  
12 interpreter was asking for a break, which I  
13 could understand in the circumstances.

14 So, Dr Forno, if you would like a break, 45  
15 minutes is envisaged. How many more minutes do  
16 you estimate your cross-examination will last?

17 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Pienso que debe quedarme  
18 alrededor de media hora o 40 minutos, a lo  
19 sumo.

20 PRESIDENT: All right. We will have a break  
21 now for 30 minutes?

22 PROFESSOR TAWIL: Sorry, 45, Albert Jan?

1 PRESIDENT: Because we are ending early.

2 PROFESSOR TAWIL: 40?

3 PRESIDENT: All right. OK. 45 minutes, Dr  
4 Forno, as of now, so we meet each other again

5 --

6 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Muy amable, señor  
7 presidente.

8 PRESIDENT: You're welcome. Recess until  
9 18.30 CET.

10 (Pausa para el almuerzo.)  
11

SESIÓN DE LA TARDE

1 PRESIDENT: Dr Forno, please continue the  
2 cross-examination.

3 (Pausa.)

4 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Muchas gracias

5 PRESIDENT: Please proceed

6 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Doctor Benavides,  
7 permítame referirme ahora a los efectos que el  
8 régimen RER y el Contrato RER prevén con  
9 relación a los plazos y las consecuencias de su  
10 incumplimiento. Quisiera volver sobre el  
11 numeral 1.13.c del Reglamento RER. Tenemos el  
12 texto ahí en pantalla. Es el anexo MQ-0005.

13 La fecha real de puesta en operación  
14 comercial: "La fecha real de entrada en  
15 operación comercial de cada central certificada  
16 por el COES de acuerdo a sus procedimientos, la  
17 cual no podrá exceder en dos años la fecha  
18 referencial de puesta en operación comercial.  
19 Caso contrario, el contrato quedará  
20 automáticamente resuelto y se ejecutará la  
21 garantía de fiel cumplimiento". Eso es lo que  
22

1 dice el texto. ¿Correcto?

2 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Eso es lo que leo,  
3 efectivamente, del texto de esta cláusula.

4 P: El Reglamento RER establece, entonces,  
5 que, en caso de verificarse la condición allí  
6 prevista, es decir, que la fecha POC real  
7 exceda en más de dos años la fecha referencial  
8 de la POC, el contrato quedará automáticamente  
9 resuelto. ¿Correcto?

10 R: Así lo dice el reglamento.

11 P: El texto que tenemos a la vista, tal y  
12 como está redactado, no contempla excepcional  
13 alguna. ¿Correcto?

14 R: El texto del artículo 1.13.c del  
15 reglamento. Correcto

16 P: Correcto.

17 R: Sí.

18 P: Perdón, ¿su respuesta cuál es, doctor?

19 R: Eso es lo que dice el artículo 1.13.c del  
20 reglamento.

21 P: ¿Usted encuentra alguna ambigüedad en el  
22 texto de la disposición que acabamos de

1 examinar?

2 R: Más que ambigüedad, creo que cuando el  
3 reglamento dice que el contrato queda  
4 automáticamente resuelto, si han transcurrido  
5 dos años desde la fecha referencial de la POC,  
6 no se pone específicamente en supuestos como,  
7 por ejemplo, el que ha ocurrido en el presente  
8 caso, que es que la fecha de la POC no pueda  
9 cumplirse por razones imputables al concedente.  
10 Y creo que no se pone en ese supuesto  
11 precisamente porque en una ley o reglamento no  
12 se crea un régimen de incentivo y promoción de  
13 la inversión asumiendo que el Estado o la parte  
14 concedente va a incumplir con sus obligaciones  
15 o va a interferir con las obligaciones del  
16 concesionario de cumplir con la fecha de puesta  
17 en operación comercial.

18 P: Doctor Benavides, debo entonces entender  
19 que usted no encuentra en el texto ninguna  
20 ambigüedad. ¿Es correcto?

21 R: Le vuelvo a repetir: en la práctica lo  
22 que ha ocurrido, y no solamente en el caso de

1 Mamacocha, sino en varios...

2 P: Doctor Benavides, discúlpeme: me obliga  
3 usted a interrumpirlo, con todo respeto y toda  
4 cortesía, porque volvemos a hablar de la  
5 práctica y yo estoy preguntándole sobre un  
6 texto concreto, específico que tiene usted en  
7 pantalla, que tiene una redacción, un uso de  
8 lenguaje. Y mi pregunta es si usted considera  
9 que ese lenguaje tiene alguna ambigüedad.

10 R: Le responderé, entonces, que sí, que  
11 cuando se dice: "En este contrato, en este  
12 artículo, que el contrato quedará  
13 automáticamente resuelto y se ejecutará la  
14 garantía de fiel cumplimiento", se debe  
15 interpretar si en este supuesto la razón por la  
16 cual no se cumple con la fecha de la POC es un  
17 supuesto de incumplimiento y de mora por parte  
18 del concesionario, es un supuesto de fuerza  
19 mayor, o es un supuesto de causa imputable a la  
20 parte concedente. Y prueba de que no existía  
21 claridad con relación a la interpretación de  
22 este artículo es, precisamente, que en las

1 bases y en el propio contrato de concesión RER  
2 se hace ciertas precisiones o indicaciones con  
3 respecto al significado de este concepto.

4 P: Como hemos visto anteriormente, doctor  
5 Benavides, las bases y el contrato reproducen  
6 esta disposición de manera literal en sus  
7 textos. ¿Verdad?

8 R: En las bases y en el contrato hay un  
9 texto similar.

10 P: Permítame, entonces, dirigir su atención  
11 a la cláusula 8.4 del Contrato RER. El título  
12 de la misma nos indica que esta cláusula versa  
13 sobre: "Puesta en operación comercial posterior  
14 al 31 de diciembre de 2018". Es el anexo C-  
15 0002. ¿De acuerdo?

16 R: De acuerdo.

17 P: Y el texto de la cláusula establece que -  
18 y cito-: "Si por cualquier motivo la planta  
19 generadora no se encuentra en operación  
20 comercial al 31 de diciembre de 2018, el  
21 contrato quedará resuelto de pleno derecho".  
22 ¿Correcto?

1 R: Eso dice la cláusula, y mi interpretación  
2 es que "por cualquier motivo" no incluye causas  
3 imputables al Estado.

4 P: Pero es lo que dice el texto. ¿Correcto?

5 R: No, bajo esa interpretación. Es decir,  
6 obviamente las reglas del Código Civil Peruano  
7 sobre interpretación de contratos no existirían  
8 si no hubiese precisamente en la redacción de  
9 los contratos ambigüedades, oscuridades que  
10 requieran ser interpretadas. Tal es así que,  
11 evidentemente una interpretación tan extrema,  
12 como que "cualquier motivo" quiere decir que el  
13 Estado puede justificar la resolución del  
14 contrato en su propio incumplimiento, sería,  
15 por supuesto, como se ha declarado -repito- por  
16 parte del propio Ministerio, de los propios  
17 asesores y de los laudos que he comentado, una  
18 interpretación totalmente contraria no solo a  
19 la buena fe, sino a los principios que rigen la  
20 contratación administrativa, que son principios  
21 de orden público.

22 P: Doctor Benavides, yo le estaba

preguntando por el texto de la ley -- el texto de la pantalla, pero sigamos adelante.

Al igual que la disposición del Reglamento RER que examinamos hace algunos minutos, el texto de esta cláusula contractual que tenemos en pantalla, tal como está redactada, no admite excepciones. ¿Correcto?

R: Sí, sí admite excepciones.

P: ¿Usted podría leerme cuáles son las excepciones que están expresadas en la cláusula?

R: Sí. La cláusula dice que: "Si al 31 de diciembre de 2018 por cualquier motivo", y "por cualquier motivo", por más que se ha pretendido -y lo he escuchado también en la presentación de los abogados del Estado peruano- que "por cualquier motivo" quiere decir que el Estado podría libre y gratuitamente sabotear un proyecto, torpedearlo, hundirlo, frustrarlo, esa no es una interpretación que pueda razonablemente extraerse de esta cláusula. Porque esa interpretación a lo que nos

llevaría, doctor Forno, a es que un contrato administrativo con función pública, con finalidad pública, cumpliría una función más bien nociva. Y como ha dicho en su análisis el Estudio Echecopar y la doctora Tovar, eso va contra la Constitución, y creo que además va contra cualquier sentido de..

P: Doctor Benavides, disculpe que lo interrumpa nuevamente, porque usted insiste en responderme una pregunta que no le he hecho.

R: No, le estoy respondiendo a su pregunta, doctor Forno. Creo que no le gusta mi respuesta, pero estoy respondiendo a su pregunta.

P: No, porque usted me está respondiendo sobre reglas de interpretación administrativa y de interpretación contractual y yo lo que le estoy preguntando es sobre una interpretación literal de lo que dice el texto. Y cuando le pregunto sobre una interpretación literal, usted insiste en hablar de otras interpretaciones y otras hipótesis.

Entonces, quiero preguntarle otra vez, doctor Benavides.

SEÑOR MOLINA: Antes de la pregunta, perdón, doctor Forno. He tenido paciencia, señor presidente, pero le pido, por favor, que el doctor Forno deje que el profesor termine su respuesta a su pregunta y luego el doctor Forno puede seguir con su pregunta, pero no es bueno para nadie que lo esté interrumpiendo.

Mantengo mi objeción.

PRESIDENT: Dr Benavides is invited to answer concisely to Dr Forno and when he asks whether the text provides for an exception, the answer is not yes or no but a long presentation, so it would be helpful, Dr Benavides, if you could answer yes or no and then give your explanation why you say yes or no. Dr Forno, please continue.

SEÑOR FORNO FLÓREZ: Gracias. Entonces, voy rápidamente a repreguntar para permitir que el doctor Benavides pueda responder "sí" o "no".

En una aproximación literal, de una

interpretación literal de este texto, ¿resulta que presenta alguna ambigüedad?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: A ver, usted me hizo dos preguntas, y quiero referirme a lo que acaba de decir el presidente solicitándome que a la primera pregunta responda "sí" o "no". La primera pregunta es sobre la interpretación de "por cualquier motivo" y si hay alguna excepción, y yo digo que sí hay excepción y que "por cualquier motivo" no se puede interpretar como lo ha interpretado el doctor Forno.

Y cuando el doctor Forno me dice que aplique el método literal, yo le digo que sí, que lo aplico con mucho gusto, y que el método literal -así lo dice el artículo 168 de nuestro Código Civil- dice que debe interpretarse las expresiones o las declaraciones de las partes en el contrato sin ambigüedades y utilizando el principio de la buena fe. El principio de la buena fe es incompatible con la interpretación de que "por cualquier motivo" incluye causa atribuible al Estado.

(Pausa.)

PRESIDENT: So, Dr Benavides, if I understand your answer correctly. You are saying to the question "does this provision, article 8.4, provide for an exception?" I understand your answer to be "no but you need to interpret the text." Do I summarise correctly your answer?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: ¿Could you rephrase that, Mr Chairman? I don't think I got the full point.

PRESIDENT: Dr Forno asked you does the text of 8.4 provide for an exception "por cualquier motivo", and I understand your answer to be no, the text does not provide it but you must interpret it.

DR BENAVIDES: No, the text has an exception, and exception comes from the literal interpretation which I have been -- pardon. Perdón, voy a cambiar a castellano.

(En español) El doctor Forno me ha solicitado responder a esta pregunta haciendo

una interpretación literal de la cláusula 8.4. Y si aplico esa interpretación literal de la cláusula 8.4, bajo la regla del artículo 168 del Código Civil, que dice que las palabras tengo que interpretarlas bajo el principio de la buena fe subjetiva, entonces mi conclusión es que la lectura de esta cláusula sí tiene una excepción. Y esa excepción es: cuando el Estado peruano, que es la parte concedente, frustra la fecha de la POC.

PRESIDENT: Dr. Forno, please proceed.

SEÑOR FORNO FLÓREZ: Gracias, señor presidente.

Doctor Benavides, entonces debo entender que cuando usted hace una interpretación literal le da un sentido a la oración, a la cláusula o a la regla distinto al que tiene gramaticalmente porque usted aplica más bien el criterio de la buena fe, como el criterio de la buena fe lo conduce, eventualmente, a una redacción distinta, usted dice que el texto es un texto distinto al significado gramatical. ¿Correcto?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: Lo que dice, doctor Forno, el criterio o la regla de la buena fe, es justamente hay que interpretar los términos, las palabras utilizadas por las partes en una cláusula contractual de acuerdo al sentido que tengan esas palabras con respecto al conjunto del contrato y con respecto a la intención de las partes, y no dándoles un sentido que pueda ser contradictorio y que nos lleve a la conclusión de que finalmente no hay contrato, que es lo que resultaría de la interpretación de que el Estado puede incumplir o sabotear este contrato y eso no tiene ninguna consecuencia.

P: Doctor Benavides, el texto expreso de la cláusula indica que: "El contrato quedará resuelto de pleno derecho si por cualquier motivo..." -digo "por cualquier motivo" - "...la operación de la planta comercial no se concretara antes del 31 de diciembre de 2018". ¿Correcto?

R: Sí.

P: Ahora, frente al texto literal de estas disposiciones y cláusulas que hemos analizado, usted ha manifestado a este Tribunal lo siguiente. Cito el texto que aparece en pantalla, que corresponde a su segundo informe, y dice: "Aplicando las reglas de interpretación de las cláusulas contractuales de acuerdo con el Código Civil a las secciones 8.4, 10.2 y 1.4.23 del Contrato RER, no se puede sostener que la sección 8.4 del contrato contenga una condición resolutoria porque, tal como lo establece la sección 10.2 del contrato, la parte afectada por el incumplimiento debe necesariamente activar la resolución, notificando su decisión al concesionario". ¿Reconoce usted esta afirmación, doctor?

R: Sí, esa conclusión es parte del texto de mi primera opinión o informe de experto en derecho peruano.

P: Permítame hacerle algunas preguntas para deconstruir esta afirmación.

En el párrafo citado usted menciona la

1 cláusula 10.2 del contrato. Dicha cláusula  
2 establece una serie de instancias en las que el  
3 MINEM podrá resolver el contrato. ¿Correcto?

4 R: Sí.

5 P: Vemos el contenido de la cláusula que  
6 está en pantalla. Es el anexo C-0002.

7 R: Mhm.

8 P: Y allí quisiera yo destacar el encabezado  
9 que dice: "El Ministerio podrá resolver el  
10 contrato si la sociedad concesionaria: literal  
11 b) no cumpliera con cualquiera de las  
12 obligaciones establecidas en los numerales 8.2,  
13 8.3 y 8.4". ¿Correcto?

14 R: Correcto.

15 P: Usted sostiene que en cualquiera de los  
16 casos previstos en la cláusula citada el MINEM  
17 deberá activar la resolución justificando su  
18 decisión a la concesionaria. ¿Correcto?

19 R: No digo justificando su decisión; digo  
20 deberá invocar la respectiva cláusula o el  
21 respectivo supuesto y deberá notificarlo a la  
22 parte concesionaria.

1 P: Sí, esa era mi pregunta. Es decir, las  
2 instancias enumeradas en la cláusula 10.2 no  
3 conllevan la resolución automática del contrato  
4 en su opinión. ¿Correcto?

5 R: No, lo que yo digo es que sí hay  
6 resolución automática, pero que esa resolución  
7 automática de manera similar a como se ha  
8 regulado en los artículos 1429 y 1430 del  
9 Código Civil, que corresponden a situaciones de  
10 incumplimiento contractual, requiere ser  
11 invocada, requiere ser notificada y que eso es  
12 consistente con la naturaleza del contrato  
13 administrativo y con la tutela del interés del  
14 concedente.

15 P: Ahora, si entendiéramos, doctor  
16 Benavides, por resolución automática aquella  
17 que no requiere ninguna invocación, sino que  
18 opera por el solo hecho establecido en la  
19 estipulación que la contiene, entonces no se  
20 requería tal comunicación. Usted sostiene que  
21 las causales establecidas en la cláusula citada  
22 requieren de una invocación y de una

1 comunicación por parte del concedente.  
2 ¿Correcto?

3 R: Yo sostengo que se requiere una  
4 notificación; que la naturaleza de esta  
5 cláusula no es la de una condición resolutoria,  
6 por las razones que están expresadas en mi  
7 informe y porque, además, se trata de una  
8 cláusula propia de un contrato administrativo.

9 P: Veamos nuevamente el texto de la cláusula  
10 8.4, doctor. Allí se señala que, si en la fecha  
11 indicada por cualquier motivo no se ha  
12 concretado la puesta en operación comercial, el  
13 contrato quedará resuelto de pleno derecho.  
14 ¿Correcto?

15 R: Sí.

16 P: Y a partir de esta regla, usted propone  
17 que se haga una lectura conjunta y armónica con  
18 la sección 10.2 del contrato. ¿Correcto?

19 R: Es correcto.

20 P: Muy bien. Y a partir de esta  
21 interpretación, usted concluye en su informe  
22 que, y cito -- es su informe número 2 en el

1 párrafo 217, página 49, usted dice: "La  
2 resolución del Contrato RER por atraso en la  
3 fecha de la POC es un supuesto de resolución  
4 del contrato por incumplimiento de la  
5 concesionaria y no de acontecimiento de una  
6 condición resolutoria". ¿Es correcto lo que  
7 acabo de rephrasear?

8 R: Sí.

9 P: Bien. Continuemos entonces con el  
10 análisis del contrato y su marco normativo. Si  
11 me permite, quisiera pasar a la cláusula 10.4  
12 del contrato. En su primer párrafo esta  
13 cláusula establece -vamos a poner en pantalla  
14 el anexo C-0002-, y quiero destacar de esta  
15 cláusula 10.4 que dice: "Si no mediara causal  
16 de resolución de pleno derecho, el contrato --  
17 si no mediara una causal de resolución de pleno  
18 derecho de este contrato, en cuyo caso, el  
19 contrato concluirá por el solo hecho del  
20 incumplimiento, para resolverlo se seguirá el  
21 siguiente procedimiento ". ¿Es correcto?

22 R: Eso dice la cláusula.

1 P: Esta cláusula nos indica que en algunos  
2 casos en los que mediara una causal de  
3 resolución de pleno derecho, el contrato  
4 concluiría por el solo hecho del  
5 incumplimiento. Eso es lo que dice el texto  
6 literal de la cláusula que tenemos a la vista.  
7 ¿No es así?

8 R: Y que hay que interpretarlo en conjunto  
9 con la cláusula 10.2.

10 P: Veamos ahora el texto de la cláusula 10  
11 de las bases consolidadas.

12 R: Mhm mhm.

13 P: Allí se establece bajo el acápite de  
14 "Causales de resolución del contrato" lo  
15 siguiente. Es el anexo R-0001, numeral 10. Dice  
16 que: "Son causales de resolución del contrato  
17 las referidas en el inciso d) del numeral  
18 2.5.9, los numerales 12.2 y 12.3 y las que se  
19 detallan en el contrato, quedando establecido  
20 que..." -y esto es lo que quisiera destacar- "...en  
21 los casos en que estas bases y el contrato  
22 estipulen que la resolución será de pleno

1 derecho, el contrato se resolverá en forma  
2 inmediata y de manera automática, sin que para  
3 ello sea necesario que el Ministerio lo  
4 comunique a la sociedad concesionaria".  
5 ¿Correcto?

6 R: Eso dice en las bases. Eso no dice el  
7 contrato.

8 P: Asumo que estará de acuerdo conmigo, en  
9 que el texto de esta disposición es consistente  
10 con lo que indica la cláusula 10.4.

11 R: Como le digo, doctor Forno, creo que con  
12 los defectos de redacción por supuesto que  
13 tiene esta cláusula, me refiero a la cláusula  
14 8.4, hay que interpretarla de manera integral y  
15 en conjunto con la cláusula 10.4, la cláusula  
16 10.2, la cláusula 10.1, etcétera. La cláusula  
17 10.2, que no la veo ahí, a lo mejor usted me  
18 puede ayudar mostrándola, es la que establece  
19 precisamente cuáles son los supuestos en los  
20 que la concedente puede, es decir, tiene el  
21 derecho de poder resolver el contrato.

22 Si de lo que se trata es que no hay

1 necesidad de notificación, sino que los efectos  
2 son inmediatos, le pediría que me explique por  
3 favor por qué se ha usado en esta cláusula, la  
4 10.2, el término "El Ministerio podrá resolver  
5 el contrato". Y obviamente cuando se tiene la  
6 facultad de resolver el contrato, quiere decir  
7 que hay una notificación previa.

8 P: Doctor, en este momento no me toca, no me  
9 corresponde hacerle esa explicación, pero yo  
10 quisiera más bien llamar su atención a lo que  
11 establece el numeral 10.2 de las bases que  
12 acabamos de leer y que confirma la cláusula  
13 10.4 del contrato, pues ésta prevé que, en  
14 supuestos de resolución, y cito: "Inmediata y  
15 de manera automática sin que para ello sea  
16 necesario que el Ministerio lo comunique a la  
17 sociedad concesionaria". ¿Es correcto?

18 R: Eso dice la cláusula 10. Como le digo,  
19 este es un supuesto, y yo coincidido en eso, con  
20 lo que ha sido expresado por el Tribunal  
21 Arbitral en el Laudo Electro Zaña, que ha sido  
22 citado varias veces por Perú, de que estas

1 cláusulas no son claras, son confusas, no están  
2 adecuadamente redactadas y que por eso mismo  
3 permiten espacio para ambas interpretaciones.

4 Mi interpretación, en la cual me ratifico,  
5 es a partir justamente de la 10.2 del contrato,  
6 que lo que se le ha dado al Ministerio es un  
7 derecho, y que esa interpretación es  
8 consistente con la lógica del derecho  
9 administrativo de los contratos de concesión en  
10 las cuales el Estado, en este caso el  
11 Ministerio representando al Estado, interpreta  
12 el interés público y lo activa a través de una  
13 notificación.

14 Hay otra interpretación: la interpretación  
15 de que lo que existe en la cláusula 8.4 es una  
16 condición resolutoria, es una interpretación  
17 respetable. Hay argumentos a favor, yo no los  
18 comparto. Pero creo que mi interpretación es  
19 aquella en la que me ratifico.

20 P: Doctor Benavides, permítame volver a  
21 proyectar en la pantalla el numeral 1.13.c del  
22 Reglamento RER. Ahí tenemos el texto nuevamente

1 en pantalla.

2 R: Sí.

3 P: Quisiera enfatizar que en este caso  
4 estamos hablando del Reglamento RER.

5 R: Sí.

6 P: Y dice allí que: "El contrato quedará  
7 automáticamente resuelto y se ejecutará la  
8 garantía de fiel cumplimiento". ¿Correcto?

9 R: Sí.

10 P: De manera consistente con la lectura que  
11 le he propuesto sobre la cláusula 8.4, el  
12 Reglamento RER prevé que la resolución será  
13 automática, la resolución del contrato, en el  
14 caso que la fecha POC real no se verifique al  
15 31 de diciembre de 2018. ¿Correcto?

16 R: Sí, y eso no quiere decir que no se  
17 requiera notificación. Como le comentaba,  
18 tenemos los casos de los artículos 1429 y 30  
19 del Código Civil, en los cuales la resolución  
20 es de pleno derecho; estoy utilizando el mismo  
21 término del Código y el mismo término de la  
22 cláusula 8.4 y, sin embargo, sí se requiere

1 notificación. Y, por supuesto, eso tampoco  
2 quiere decir que esos supuestos de resolución  
3 puedan ocurrir incluso cuando dolosamente la  
4 parte concedente incumple el contrato y provoca  
5 que no se cumpla la POC.

6 P: Sin embargo, doctor, usted está haciendo  
7 referencia a dos artículos que no se refieren a  
8 una resolución automática. En este caso,  
9 tenemos textos que hemos revisado usted y yo y  
10 hemos leído en voz alta que dicen que la  
11 resolución ocurrirá de manera automática sin  
12 que sea para ello necesario que el Ministerio -  
13 estoy volviendo a citar textualmente los  
14 artículos-, sin que sea necesario que el  
15 Ministerio lo comunique a la sociedad  
16 concesionaria. ¿Correcto?

17 R: Pero cuando el Contrato RER, doctor  
18 Forno, que ha sido celebrado por ambas partes y  
19 que es aquel del que nacen las obligaciones se  
20 ocupa de cómo procede la resolución -- cláusula  
21 10.2, ahí el Estado -- las partes identifican  
22 que cuando ocurra el supuesto de la cláusula

1 8.4, es decir, cuando no se pueda cumplir con  
2 la POC, lo que va a ocurrir es que el  
3 concedente a través del Ministerio recibe el  
4 derecho de poder resolver el contrato. Ahí no  
5 dice que el efecto es inmediato, sino que se le  
6 da un derecho al concedente. Y el concedente,  
7 entonces, cuando recibe un derecho, tiene que  
8 ejercerlo. ¿Y cómo lo ejercita? A través de una  
9 notificación.

10 Y eso me parece que es consistente con la  
11 formación de la voluntad de la administración,  
12 que requiere una debida evaluación de las  
13 circunstancias. Y me parece que es consistente  
14 por lo que ha declarado justamente el ministro  
15 Ísmodes en el sentido de que las situaciones  
16 que ocurrieron con respecto a diversas  
17 concesionarias que no pudieron alcanzar la POC,  
18 eran distintas. Había unos casos en los cuales  
19 se trataba de que no podían alcanzar la POC por  
20 hechos imputables a la administración.

21 En otros casos, en cambio, eran hechos o  
22 demoras que eran imputables al propio

1 concesionario. Con lo cual, obviamente el  
2 interés del Estado es efectivamente que en  
3 aquellos casos en que el concesionario hubiese  
4 actuado diligentemente, no se aplique esta  
5 regla. Y creo que eso es consistente, también,  
6 con la modificatoria del Reglamento RER que se  
7 hace justamente para penalizar a los  
8 concesionarios que se habían retrasado  
9 voluntariamente o negligentemente en el  
10 cumplimiento de la POC.

11 PROFESSOR TAWIL: May I intervene here and  
12 ask a follow-up question?

13 PRESIDENT: Go ahead.

14 PROFESSOR TAWIL: Let me see, Dr Benavides,  
15 if I understand correctly.

16 (En español) a ver si entiendo doctor  
17 Benavides, estamos hablando de una  
18 notificación, no la notificación previa de un  
19 incumplimiento para un descargo, como dice el  
20 10.4, sino lo que usted está diciendo es la  
21 notificación posterior de la decisión de  
22 resolver, cosa que quiere decir que puede o no

1 resolver. Usted lo que está diciendo es:  
 2 producida la situación, esto puede o no darse.  
 3 Entonces, si no se da -- o sea, solo se  
 4 notifica porque se dio, pero como puede no  
 5 darse, podría eventualmente mantenerse el  
 6 contrato y solo se va a saber en la medida en  
 7 que haya una notificación. ¿Es eso lo que usted  
 8 está diciendo? ¿Por qué no nos distingue entre  
 9 el caso del 10.4 en cuanto a la notificación  
 10 previa con la intimación de lo que usted está  
 11 tratando de decir? Gracias.

12 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Le agradezco la  
 13 pregunta, doctor Tawil. Efectivamente, no estoy  
 14 proponiendo que estamos en el caso del 10.4,  
 15 donde se requiere una intimación y donde se le  
 16 da una oportunidad al concesionario de expresar  
 17 lo que corresponda y de defender su posición.  
 18 Los efectos son automáticos y de pleno derecho  
 19 porque, similar al caso de la resolución por  
 20 incumplimiento bajo Código Civil peruano, el  
 21 contrato se extingue y queda terminado a partir  
 22 de la notificación. Y creo que esta

1 notificación, además, es consistente con la  
 2 tutela del interés público, representado  
 3 obviamente en el Ministerio de Energía y Minas,  
 4 y consistente además con la seguridad jurídica  
 5 del contrato.

6 Si ocurriese que presumiésemos la  
 7 terminación del contrato, la resolución  
 8 automática del contrato, por un supuesto de no  
 9 cumplimiento de la POC incluso ante  
 10 circunstancias que son cuestionables sin tener  
 11 una confirmación o una notificación por parte  
 12 del concedente, que está claro que es su  
 13 derecho terminar el contrato en esos supuestos,  
 14 obviamente lo que tendríamos, y respecto a  
 15 proyectos de energía muy relevantes, sería una  
 16 total falta de certeza y seguridad si el  
 17 contrato está vigente o no está vigente.

18 COÁRBITRO TAWIL: Si no hubiera notificación  
 19 y uno quisiera impugnar esa resolución de pleno  
 20 derecho, ¿cómo se haría?

21 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Si no hubiera  
 22 notificación, una impugnación de esa resolución

1 en sede -- o sea, tendría que irse a la  
 2 cláusula de solución de disputas del contrato y  
 3 tendría que asumir el contratante -- el  
 4 concesionario de que podría haber ocurrido un  
 5 supuesto de resolución del contrato por falta  
 6 de la POC y pedir un pronunciamiento al  
 7 Tribunal Arbitral.

8 COÁRBITRO TAWIL: Gracias.

9 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Doctor Benavides, para  
 10 concluir este tema, creo que más o menos las  
 11 cosas están quedando claras, pero de todas  
 12 maneras para concluirlo, quisiera regresar muy  
 13 rápidamente a la cláusula 10.4 del contrato,  
 14 que dice que: "El contrato concluirá por el  
 15 solo hecho del incumplimiento", por tanto, sin  
 16 nada más porque es por el solo hecho del  
 17 incumplimiento, si no mediara una -- si -  
 18 "cuando existe una cláusula de resolución de  
 19 pleno derecho". Es decir, ante una causal de  
 20 resolución del pleno derecho, el contrato  
 21 concluirá por el solo hecho del incumplimiento.  
 22 ¿Correcto? ¿No dice eso la cláusula 10.4 del

1 contrato?

2 SEÑOR BENAVIDES TORRES: La cláusula 10.4  
 3 está distinguiendo dos situaciones. Una, la que  
 4 veníamos conversando con el doctor Tawil, que  
 5 son los supuestos de terminación en los cuales  
 6 el Ministerio notifica a la concesionaria y  
 7 ésta tiene la oportunidad en el plazo de 10  
 8 días de hacer sus descargos. Y a partir de eso,  
 9 si no está de acuerdo, se va a un proceso  
 10 arbitral.

11 La otra alternativa de resolución es la de  
 12 resolución de pleno derecho regulada en el  
 13 artículo 10.2. Y según el texto de ese  
 14 artículo, porque esta cláusula nos refiere a  
 15 ese artículo, según el texto de ese artículo,  
 16 es un derecho que tiene la concedente a través  
 17 del Ministerio de Energía y Minas, que puede  
 18 ejercer o que puede no ejercer. Si no, no  
 19 tendría sentido que en esa cláusula se hubiera  
 20 usado el verbo "podrá," es decir, que fuera una  
 21 facultad del Ministerio, no una obligación del  
 22 Ministerio ni tampoco un supuesto en el cual

1 los efectos se dan a pesar del Ministerio.

2 P: Y para concluir esta parte, cuando la  
3 cláusula 10.4 del contrato señala que cuando  
4 hay una causal de reducción de pleno derecho el  
5 contrato concluirá por el solo hecho del  
6 incumplimiento, esa estipulación no está en  
7 perfecta concordancia con el numeral 10.2 de  
8 las bases, que pondremos rápidamente en  
9 pantalla, y que señala que en esos casos,  
10 cuando se indica que es de pleno derecho, el  
11 contrato se resolverá en forma inmediata, de  
12 manera automática y sin que medie para ello --  
13 sin que sea necesario que el Ministerio lo  
14 comunique a la sociedad concesionaria. ¿Estos  
15 textos no están en perfecta sintonía?

16 R: Yo creo que los textos que están en  
17 sintonía y deben ser leídos conjuntamente,  
18 doctor Forno, son el 10.2 del contrato y el  
19 10.4.

20 P: Disculpeme, disculpe que lo interrumpa.  
21 Yo no le he preguntado por esos textos. Yo le  
22 he preguntado si estos dos textos que acabamos

1 de leer están en perfecta sintonía. Usted me  
2 responde que otros están en sintonía. Mi  
3 pregunta es: ¿estos textos que acabamos de leer  
4 no están en perfecta sintonía?

5 R: No sé si estarán en sintonía o no. A mí  
6 lo que me parece es que la interpretación que  
7 fluye de este texto de las bases en conjunto --  
8 porque creo que la interpretación tiene que ser  
9 integral. O sea, no se puede interpretar  
10 aisladamente un artículo del contrato y un  
11 artículo de las bases. La interpretación tiene  
12 que ser integral. ¿De qué trata lo que estamos  
13 conversando? Trata de la resolución del  
14 contrato. ¿La resolución requiere ser activada  
15 por el concedente o es una resolución que  
16 funciona como si fuera una condición  
17 resolutoria en el derecho civil?

18 Yo interpreto a partir de este artículo de  
19 las bases, del artículo -- de la cláusula del  
20 contrato 8 punto -- 10.2 y de la cláusula del  
21 contrato 10.4, que sí se requiere una  
22 notificación, porque es una facultad que se le

1 ha otorgado al concedente, al Ministerio de  
2 Energía y Minas, mejor dicho, como  
3 representante del concedente, y que  
4 precisamente por la ubicación de esa cláusula  
5 del contrato, la 10.2, lo que se ha querido,  
6 claramente, es establecer en qué supuestos el  
7 Ministerio, como representante del concedente,  
8 tiene el derecho y puede ejercerlo o no, de  
9 poder resolver el contrato.

10 Uno de esos supuestos es el de la cláusula  
11 8.4. Y contra ese texto, que me parece bastante  
12 claro, creo que debemos interpretar estas otras  
13 disposiciones que usted ha citado.

14 P: Doctor Benavides, quisiera referirme  
15 ahora a la demanda del Gobierno Regional,  
16 relativa a supuestas irregularidades en el  
17 otorgamiento de las certificaciones ambientales  
18 a la concesionaria.

19 Usted afirma en su segundo informe que dicha  
20 demanda supone una declaración de repudio al  
21 Contrato RER, por parte de un órgano importante  
22 que forma parte del Estado peruano. ¿Correcto?

1 R: Sí, así lo he sostenido.

2 P: Usted sostiene también que el Gobierno  
3 Regional de Arequipa no tenía ningún fundamento  
4 para iniciar una acción de nulidad de las  
5 certificaciones ambientales. ¿Correcto?

6 R: Mi revisión de la demanda, y nuevamente,  
7 sin ser un experto en derecho ambiental ni  
8 tampoco en derecho administrativo, no encontré  
9 fundamentos adecuados y suficientes en esa  
10 demanda para pedir la anulación de los  
11 permisos.

12 P: Seguramente a eso se debe, y repito la  
13 pregunta, que usted sostenga que el Gobierno  
14 Regional de Arequipa no tenía ningún fundamento  
15 para iniciar una acción de nulidad de las  
16 certificaciones ambientales. ¿Correcto?

17 R: Eso es lo que he afirmado. Es correcto.

18 P: Bien. En su segundo informe usted se  
19 refiere al informe emitido por el abogado Juan  
20 Carlos Morón e indica estar de acuerdo con lo  
21 expuesto en dicho informe. ¿Es verdad?

22 R: No. Yo no digo que estoy de acuerdo con

1 todo lo que el doctor Morón, que por lo cierto  
2 es un especialista en derecho administrativo  
3 muy respetado, puede haber dicho en ese  
4 informe. Estoy -- coincido con los comentarios  
5 que hace el doctor Morón con respecto a la  
6 inviabilidad o a la falta de procedencia de la  
7 demanda del Gobierno Regional de Arequipa.

8 P: Pero usted no hace una referencia a que  
9 hay una parte del informe con la que usted está  
10 de acuerdo.

11 R: No, no lo digo porque no me ha sido  
12 tampoco preguntado. Yo he usado el informe  
13 básicamente para analizar la demanda del  
14 Gobierno Regional de Arequipa con respecto al  
15 cumplimiento o incumplimiento de las  
16 obligaciones de Perú y a lo que considero ha  
17 sido una ruptura del estándar de buena fe al  
18 cual debe ceñirse la conducta de todo  
19 contratante, inclusive, por supuesto, el Estado  
20 peruano, aunque eso haya sido negado en las  
21 opiniones de los expertos de Perú.

22 P: Doctor Benavides, voy a leer la última

1 oración del párrafo 334 de su segundo informe,  
2 en la página 75.

3 R: Sí.

4 P: Y me gustaría que usted nos diga si esto  
5 que se dice allí es algo que usted hace suyo.  
6 Dice: "El informe Morón es concluyente en que  
7 la demanda judicial del GRA es improcedente y  
8 que el GRA no tenía razones jurídicas para  
9 cuestionar los permisos ambientales".

10 R: Sí, eso es lo que he puesto.

11 P: Correcto. Esto significa, pregunto, que  
12 está usted de acuerdo con esa afirmación. ¿O  
13 usted pone esta afirmación porque no está de  
14 acuerdo con ella?

15 R: No, esa afirmación obviamente la he  
16 redactado, doctor Forno, porque de la revisión  
17 del informe Morón es lo que concluyo.

18 P: Correcto.

19 Usted indica en su segundo informe, como  
20 acabamos de revisar, que el informe Morón es  
21 concluyente al respecto, es decir, es  
22 concluyente en que la demanda del Gobierno

1 Regional de Arequipa era improcedente y que el  
2 Gobierno Regional no tenía razones jurídicas  
3 para cuestionar las certificaciones  
4 ambientales. ¿Correcto?

5 R: Correcto.

6 P: Vamos a mirar el texto que tenemos  
7 anotado en la pantalla, que es el texto del  
8 informe del doctor Morón, y me gustaría que  
9 miremos la conclusión g) de ese informe. Es el  
10 anexo R-0140. Allí el informe indica como una  
11 de sus conclusiones, la conclusión g): "En  
12 efecto la nulidad debería ser declarada si,  
13 como da a entender la comisión, a nivel de  
14 evaluación técnica resulta que la revisión  
15 realizada por el ARMA fue defectuosa a tal  
16 punto de vulnerar principios y criterios de  
17 evaluación establecidos en el marco jurídico  
18 del Sistema Nacional de Evaluación Ambiental".  
19 ¿Correcto?

20 R: Sí, pero hay que leer, doctor Forno, el  
21 primer -- la primera línea o las primeras  
22 líneas de ese mismo párrafo, que explican, de

1 que ese análisis se puede hacer en un nivel  
2 teórico pero que evidentemente eso no implica  
3 que, en términos procedimentales, eso es lo que  
4 correspondía.

5 P: Es decir, el informe Morón -- el informe  
6 del doctor Morón indica que en la hipótesis en  
7 la que se demostrara una vulneración de los  
8 principios y criterios del Sistema Nacional de  
9 Evaluación (de Impacto) Ambiental, la nulidad  
10 de las certificaciones ambientales debería ser  
11 declarada. ¿No es así?

12 R: Bueno, lo dice en ese párrafo, pero creo  
13 que hay que leer el informe en su integridad, y  
14 hay que leer en su integridad también la  
15 demanda. Yo sí la he leído. Y esa demanda  
16 evidentemente no tiene absolutamente ninguna  
17 prueba, ningún documento técnico, ningún  
18 sustento que permita sostener que se puedan  
19 haber vulnerado estos criterios de evaluación,  
20 que forman parte del CEIA.

21 P: Si vamos a la oración final de este  
22 párrafo que tenemos en pantalla, allí el autor

1 del informe sostiene que, en su opinión, el  
 2 expediente presentado por el Gobierno Regional  
 3 de Arequipa, cito, "no contiene suficientes  
 4 medios probatorios para acreditar  
 5 fehacientemente dicha infracción". ¿Correcto?

R: Sí, es correcto.

P: Este informe nos explica entonces que en  
 8 la hipótesis en que, por ejemplo, algún  
 9 ciudadano intercede una demanda fundada contra  
 10 las certificaciones ambientales con suficientes  
 11 medios probatorios, para citar al doctor Morón,  
 "el Tribunal debería declarar la nulidad de las  
 13 certificaciones ambientales". ¿Correcto?

R: No interpreto de este informe que se haya  
 15 establecido un supuesto por parte del doctor  
 16 Morón en el que él diga de que, a partir de la  
 17 presentación de ciertos medios probatorios,  
 18 debiera proceder una demanda de nulidad de los  
 19 permisos ambientales. Lo que entiendo es que el  
 20 doctor Morón ha revisado, no sé si solo la  
 21 demanda o también el expediente procesal  
 22 completo, y ha llegado a la conclusión que esa

1 demanda no está bien sustentada, no es  
 2 procedente y, por lo tanto, lo que ha hecho el  
 3 Gobierno Regional de Arequipa no es correcto en  
 4 términos de un procedimiento judicial de  
 5 nulidad. Y creo que esa es la razón por la  
 6 cual, además, finalmente, la Comisión Especial  
 7 envía este informe al Gobierno Regional y por  
 8 la cual finalmente el Gobierno Regional llega a  
 9 la conclusión que es mejor desistirse.

P: Doctor Benavides: pero dado que la  
 11 conclusión g) del informe Morón que acabamos de  
 12 revisar es una conclusión que está formulada en  
 13 términos hipotéticos, porque dice: "En efecto,  
 14 la nulidad debería ser declarada si, como da a  
 15 entender la comisión, a nivel de evaluación  
 16 técnica resulta que la revisión realizada por  
 17 el ARMA fue defectuosa", etcétera. Entonces,  
 18 por eso yo lo estoy poniendo en esa misma  
 19 hipótesis. Y eso significa que sí, entonces,  
 20 algún ciudadano intercede una demanda fundada  
 21 contra las certificaciones ambientales con  
 22 suficientes pruebas, suficientes medios

1 probatorios de que se ha producido la hipótesis  
 2 que prevé el doctor Morón, entonces, citándolo,  
 3 un tribunal debería declarar la nulidad de las  
 4 certificaciones ambientales. ¿Correcto?

R: Como hipótesis, cualquier supuesto en el  
 6 cual no se haya cumplido con una norma  
 7 procedimental o una norma administrativa al  
 8 momento de emitir cualquier tipo de permiso,  
 9 puede dar derecho obviamente a solicitar la  
 10 nulidad de ese permiso. Pero de este párrafo y  
 11 de lo escrito por el doctor Morón no se deriva  
 12 ninguna recomendación o receta o fórmula  
 13 general que él esté proponiendo a propósito del  
 14 caso concreto de los permisos ambientales de  
 15 Mamacocha.

P: Veamos lo que indica el informe Morón en  
 17 la siguiente conclusión. Comencemos por la  
 18 primera oración del siguiente punto, que  
 19 veremos resaltado en la pantalla. Es el anexo  
 20 R-1 -- 0140. Es la conclusión h). El informe  
 21 Morón dice allí: "El que se haya subdividido el  
 22 proyecto en dos, la Central Hidroeléctrica, por

1 un lado, y la línea de transmisión, podría  
 2 implicar una vulneración al principio de  
 3 indivisibilidad de las certificaciones  
 4 ambientales (y por tanto su nulidad) solamente  
 5 en la medida en que las dos instalaciones sean  
 6 codependientes y no beneficien ni sean  
 7 empleadas para ningún otro fin". ¿Correcto?

R: Eso es lo que dice.

P: De acuerdo, vamos por partes.

R: Y dice también que el cuestionamiento no  
 11 va a ser acogido por el juez, ¿no?, que es la  
 12 parte final de ese párrafo.

P: En esta conclusión el informe Morón  
 14 aborda la subdivisión del proyecto en dos.  
 15 ¿Correcto?

R: Eso dice, que habla de la vulneración --  
 17 de la división o de la partición del proyecto  
 18 en dos certificados ambientales.

P: Recordará usted, doctor Benavides, que  
 20 Mamacocha presentó dos trámites de  
 21 certificación ambiental separados para el mismo  
 22 proyecto. ¿Correcto?

R: Yo no he revisado, doctor Forno, los expedientes completos de todos los permisos que ha solicitado Mamacocha. He visto, sí, los permisos y he visto las referencias a los permisos ambientales emitidos por la Autoridad Regional Ambiental del Gobierno Regional de Arequipa.

P: ¿Usted conoce que Mamacocha presentó un permiso por la planta de generación y un permiso distinto y separado por la línea de transmisión?

R: Sí.

P: El informe Morón prevé que ello, y cito, "podría implicar una vulneración al principio de indivisibilidad de las certificaciones ambientales". ¿No es así?

R: Dice, y eso es importante, "solamente en la medida en que las dos instalaciones sean codependientes y no beneficien ni sean empleadas para ningún otro fin". Y obviamente está usando por eso el término condicional, y está estableciendo que no ha tenido suficiente

información como para poder llegar a una conclusión de haber revisado el respectivo expediente.

Con lo cual, esto no pasa de ser un disclaimer. Es decir, el abogado encargado del Estado de poder opinar sobre el expediente, lo que está diciendo en el fondo es que no puede dar una opinión sobre esto.

P: Doctor Benavides: en el mismo informe el doctor Morón señala que esa posible vulneración al principio de indivisibilidad de las certificaciones ambientales podría, por tanto, implicar su nulidad. ¿Correcto?

R: Dice que si se cumplen ciertos requisitos podría haber una vulneración al principio de indivisibilidad de las certificaciones ambientales.

P: Y, doctor, ya que tiene el texto en pantalla, ¿cuáles son los requisitos que él dice que acarrearían eventualmente esa nulidad?

R: "En la medida en que las dos instalaciones sean codependientes y no

beneficien ni sean empleadas para ningún otro fin".

P: Continuemos entonces con la lectura del resto de la conclusión.

Allí el autor del informe aclara que, ante la vulneración del principio de indivisibilidad de las certificaciones ambientales, corresponde la sanción de nulidad de las mismas. Y cito, usted lo mencionó: "Solamente en la medida en que las dos instalaciones sean codependientes y no beneficien ni sean empleadas para ningún otro fin". ¿Correcto?

R: Eso es lo que dice el doctor Morón en este texto.

P: Y estará usted de acuerdo conmigo en que las dos instalaciones a que se refiere este párrafo comprenden, por un lado, la planta generadora de electricidad y, por el otro, la línea de transmisión que se utilizará para inyectar energía generada en esa planta al Sistema Eléctrico Nacional. ¿Correcto?

R: Sobre lo primero, que es la planta de

generación, está claro.

Sobre los usos que se daría a la línea de transmisión, sobre eso tendría que ver obviamente el expediente y analizarlo. No lo he hecho y, por lo tanto, no me puedo pronunciar.

P: Doctor Benavides, pero le queda a usted claro que parte de esta subasta implicaba no solamente construir una planta de generación, sino también poner una línea de transmisión para que pudiese conducir o transmitir esa energía al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional. ¿Correcto?

R: Si bien eso es parte del proyecto, eso es parte también del diseño propio de cada uno de los postores y luego concesionarios, es decir, si requieren una o varias líneas de transmisión y los usos que se va a dar a esas líneas de transmisión. Aparte, por supuesto, del uso normal, que es conectarse al Sistema Interconectado Nacional.

P: Doctor Benavides, usted en su informe se refiere a la demanda del Gobierno Regional de

1 Arequipa, y al hacerlo menciona -- me refiero a  
2 su segundo informe, al párrafo 336, en la  
3 página 76, que dice: "La nulidad de la  
4 concesión definitiva de generación hubiese  
5 significado la frustración definitiva del  
6 proyecto". ¿Es correcto?

7 R: A ver, si me permite leerlo. Le ruego 30  
8 segundos para poder leer lo que dice este  
9 párrafo.

10 P: Por supuesto.

11 R: Sí. Lo que estoy explicando en este  
12 párrafo en respuesta al informe del señor Lava,  
13 que sugería que la demanda presentada por el  
14 Gobierno Regional de Arequipa no solo era  
15 intrascendente sino que además se trataba del  
16 ejercicio de un derecho por parte de la  
17 administración pública, el derecho de  
18 cuestionar los permisos que la propia  
19 administración ha aprobado y ha emitido, al  
20 comentar esos argumentos lo que cito es  
21 justamente el informe del doctor Morón con  
22 relación al riesgo de una declaración judicial

1 de nulidad de los permisos ambientales.

2 P: Y usted señala que, en tal caso, la  
3 nulidad de la concesión definitiva de  
4 generación hubiese significado la frustración  
5 definitiva del proyecto. ¿Correcto?

6 R: Considerando los plazos para cumplir con  
7 la fecha de la puesta en operación comercial,  
8 eso es lo que hubiera ocurrido.

9 P: Con base en ello, coincide usted conmigo  
10 -pregunto- en que en el caso hipotético en que  
11 le he planteado la nulidad de las  
12 certificaciones ambientales hubiera resultado  
13 en la nulidad de la concesión definitiva.  
14 ¿Correcto?

15 R: Si se declarase la nulidad de las  
16 certificaciones ambientales por autoridad  
17 competente, eso acarrearía la nulidad de la  
18 concesión definitiva. Y, por supuesto, estamos  
19 hablando de un supuesto hipotético.

20 P: Y en este supuesto, entonces, cito su  
21 informe, habría significado la frustración  
22 definitiva del proyecto. ¿No es así?

1 R: En el caso concreto de Mamacocha, si  
2 ocurriese ese supuesto, podemos estar ante una  
3 frustración definitiva del proyecto,  
4 considerando los plazos necesarios para iniciar  
5 la construcción del proyecto, el cierre  
6 financiero, etcétera.

7 P: Doctor Benavides: usted ha tenido  
8 oportunidad de revisar, creo que lo mencionó  
9 ya, los escritos presentados por las partes en  
10 este arbitraje. ¿Correcto?

11 R: Es correcto, doctor Forno.

12 P: ¿Está usted familiarizado con la demanda  
13 de amparo presentada por el ciudadano Begazo  
14 ante el Juzgado Constitucional de Arequipa?

15 R: He leído las referencias a dicha demanda,  
16 que están contenidas en el escrito de réplica,  
17 en el memorándum de réplica del Estado peruano,  
18 y he tenido oportunidad también de revisar la  
19 sentencia de amparo y la confirmación de dicha  
20 sentencia en la Corte Superior de Arequipa.

21 P: Doctor Benavides, le agradezco mucho.

22 No tengo más preguntas, señor presidente. El

1 Tribunal ha sido muy amable al prestar su  
2 atención a este interrogatorio. Muchas gracias.

3 PRESIDENT: Thank you, Dr Forno. I look to  
4 Mr Molina. Do you need a break, or can we  
5 continue with the redirect?

6 MR MOLINA: If possible, could we use just a  
7 five-minute break?

8 PRESIDENT: I think everybody can use that,  
9 Mr Molina. Thank you. Five-minute recess.

10 (Pausa para el café.)

11 PRESIDENT: Please proceed.

12 SEÑOR MOLINA: Buenas tardes, doctor  
13 Benavides.

14 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Buenas tardes, señor  
15 Molina.

16 P: ¿Usted recuerda que el doctor Forno le  
17 acaba de hacer unas preguntas sobre el informe  
18 Morón?

19 R: Sí, lo recuerdo.

20 P: Tom, ¿serías tan amable de poner en  
21 pantalla la conclusión "h" la cual el doctor  
22 Forno le estaba mostrando al señor Benavides,

1 por favor? Este es el documento C-229, que es  
2 el informe del doctor Morón, fechado 5 de  
3 diciembre 2017.

4 Otra vez, doctor Benavides: ¿usted se  
5 acuerda que el doctor Forno le hizo preguntas  
6 sobre este párrafo en el informe?

7 R: Sí, es correcto. Lo recuerdo.

8 P: ok ¿Usted me puede decir cuál es su  
9 interpretación del texto que empieza con la  
10 palabra "solamente"? Ruego lea ese texto y si  
11 me puede dar su interpretación.

12 R: "Solamente en la medida en que las dos  
13 instalaciones sean codependientes y no  
14 beneficien ni sean empleadas para ningún otro  
15 fin".

16 P: ¿Cuál es su interpretación de ese texto?

17 R: Mi interpretación es que la intención de  
18 quien ha emitido el informe es que esta  
19 recomendación su opinión sobre una posible  
20 vulneración al principio de indivisibilidad sea  
21 entendida como limitada y restringida. Por eso  
22 es que se ha utilizado el término "solamente",

1 y por eso es que se ha establecido que ello  
2 ocurre únicamente por excepción en la medida en  
3 que se cumpla esta hipótesis, es decir, que las  
4 dos instalaciones sean codependientes y no  
5 beneficien ni sean empleadas para ningún otro  
6 fin.

7 P: Gracias, profesor.

8 Si podemos ir a la página 24 de este  
9 informe, por favor. Al último párrafo en esta  
10 página, por favor. ¿Lo pueden ampliar? Perdón,  
11 Tom, ¿puedes también incluir la oración que  
12 sigue en la siguiente página, que es parte de  
13 este párrafo?

14 Profesor Benavides, después de que tenga la  
15 oportunidad de leer ese párrafo, ¿me puede  
16 repetir cuál es su interpretación del texto de  
17 ese párrafo?

18 R: Lo que dice es que justamente el doctor  
19 Morón no ha encontrado ningún documento que  
20 pruebe, ni tampoco tiene fundamentos para  
21 asumir esa hipótesis de que la línea de  
22 transmisión no podría tener otras utilidades u

1 otros usos, como suele ocurrir en un sistema  
2 energético interconectado como es el sistema  
3 peruano. Es decir, el doctor Morón lo que dice  
4 es que él no puede establecer, y que no se  
5 puede presumir que estos proyectos, el de  
6 generación y el de transmisión, sean  
7 codependientes.

8 Más aún, dice que lo más probable no es eso,  
9 sino que lo más probable es que se use la línea  
10 de transmisión también para eventualmente  
11 interconectarse con otros sistemas de  
12 generación y de transmisión; que es algo,  
13 además, que ocurre frecuentemente entre  
14 centrales de generación. Es decir que para  
15 poder tener la posibilidad de recibir o  
16 despachar energía tengan este tipo de  
17 conexiones.

18 P: Gracias, profesor Benavides.

19 Por favor, Tom, ¿puedes ahorita poner en la  
20 pantalla el documento C-32? Y específicamente -  
21 - bueno, primero, el C-32.

22 Profesor Benavides, ¿usted lee en inglés?

1 R: Sí, puedo leerlo.

2 P: Okay. ¿Usted ve que, como dice aquí en  
3 esta primera página, esta es una presentación  
4 de Latam Hydro fechada en agosto de 2014?

5 R: Correcto.

6 P: ¿Podemos ir a la página 24, por favor, de  
7 este documento?

8 Perdón, la página 30. Perdón.

9 Si puede ampliar la primera parte, la parte  
10 que empieza con: "The upstream projects", y  
11 termina con: "Dadas las fechas: January,  
12 March".

13 Después de que tenga la oportunidad de leer  
14 este párrafo me avisa, por favor, profesor.

15 R: Sí, podemos proceder. Ya lo leí.

16 P: Usted ve que en la parte que empieza con  
17 "low cost" usted sí vio ahí que dice que los  
18 upstream project iban a usar la misma línea de  
19 transmisión que el Proyecto Mamacochoa.

20 R: Sí, efectivamente eso dice: que hay otros  
21 proyectos de generación que usarían la misma  
22 línea de transmisión.

1 P: Y ya que usted ha visto esto, ¿cómo  
2 cambia su interpretación o cómo afecta la  
3 interpretación del estándar que incluye el  
4 doctor Morón en su informe?

5 R: Bueno, es evidente que el diseño del  
6 proyecto línea de transmisión estaba dirigido  
7 no a abastecer o a servir a una sola central de  
8 generación, como es Mamacocha, sino a varias  
9 otras. Con lo cual, definitivamente no se  
10 cumple el requisito de la interdependencia de  
11 los proyectos, que es el que justificaría que  
12 no haya instrumentos ambientales separados,  
13 sino un solo instrumento ambiental.

14 P: Gracias, profesor.

15 Profesor, ¿usted se acuerda de que el doctor  
16 Forno le hizo varias preguntas sobre la  
17 cláusula 8.4 del Contrato RER?

18 R: Sí, es correcto.

19 P: Y muchas de las preguntas iban a la  
20 limitación de las partes de esos -- perdón,  
21 muchas de las preguntas iban a si las partes  
22 tenían la oportunidad de extender la fecha

1 máxima POC. ¿Verdad?

2 R: Es correcto.

3 P: ¿Qué hicieron las partes cuando el  
4 contrato estaba vigente? ¿Cómo las partes  
5 interpretaron esa cláusula?

6 R: Las partes interpretaron esa cláusula en  
7 el sentido que, a lo que se refiere la 8.4  
8 cuando establece que por ningún motivo se podrá  
9 dejar de cumplir con la POC en la fecha  
10 establecida, ese supuesto de ningún motivo no  
11 incluye actos imputables a la administración  
12 pública. Es decir, al Estado peruano.

13 P: Y vamos a suponer hipotéticamente,  
14 profesor -hipotéticamente- que la fecha máxima  
15 POC no era posible extenderla. Vamos a suponer  
16 hipotéticamente. ¿Ese detalle cómo cambiaría  
17 tus opiniones en tus informes de que el Perú le  
18 debe daños a Mamacocha bajo el contrato?

19 R: No cambia mi opinión, porque mi posición  
20 es que ha habido interferencias e  
21 incumplimiento por parte del Estado como parte  
22 concedente y que esas interferencias han

1 producido la imposibilidad de cumplimiento y la  
2 resolución del contrato y que, por lo tanto, el  
3 Estado como parte responsable de los  
4 incumplimientos debe indemnizar. Si nosotros  
5 interpretásemos solamente como hipótesis  
6 académica que, aún a pesar de que existe  
7 interferencias el contrato se resuelve por la  
8 no ocurrencia de la cláusula POC en la fecha  
9 establecida, es decir, en marzo de 2020, lo que  
10 tendríamos es que el Estado habría frustrado el  
11 cumplimiento de la POC en esa fecha. Y bajo los  
12 principios de responsabilidad, a los cuales las  
13 partes no han renunciado ni han pactado en  
14 contra, el Estado debiera asumir las  
15 consecuencias y responder por los daños y  
16 perjuicios que le ha causado al concesionario.

17 P: En su opinión, profesor Benavides, ¿cuál  
18 era la relación entre el texto "por cualquier  
19 motivo" de la cláusula 8.4 del contrato y las  
20 normas -- y las responsabilidades de las partes  
21 por haber no llegado a la fecha máxima POC?

22 R: Como he explicado, para mí no es

1 razonable interpretar que al utilizar el  
2 término "por cualquier motivo" estamos  
3 liberando al Estado de responsabilidad en caso  
4 de incumplimiento o en caso de perturbaciones.  
5 El régimen de responsabilidad por daños está  
6 previsto en nuestra legislación y es uno de los  
7 aspectos que se aplica a este contrato. La  
8 responsabilidad del Estado en caso de  
9 incumplimiento, o en caso de perturbación o  
10 interferencia con el cumplimiento de la parte  
11 contraria, genera daños y perjuicios. Y si se  
12 acredita que existe nexo causal, el Estado debe  
13 responder por dichos daños y perjuicios y debe  
14 indemnizar al concesionario.

15 P: ¿Usted se acuerda de que también el  
16 doctor Forno le hizo preguntas sobre la fecha  
17 de término bajo el Contrato RER?

18 R: Sí, recuerdo.

19 P: ¿Cuál es su opinión, profesor, sobre si  
20 las partes podían extender esa fecha?

21 R: Por la misma razón que considero que en  
22 el caso de la fecha POC el término "por ningún

1 motivo" no incluye causas imputables al Estado,  
 2 por esa misma lógica y las mismas razones  
 3 considero que el término que se ha utilizado  
 4 cuando se ha tratado de la fecha de término del  
 5 contrato, en la definición en el contrato -la  
 6 cláusula 1.2.20, me parece- ese término debe  
 7 ser entendido en el sentido de que no incluye  
 8 hechos o causas imputables al Estado peruano.  
 9 Es decir, por ninguna causa o por ningún  
 10 motivo: ambos conceptos deben ser entendido de  
 11 manera similar.

12 P: Y otra vez, profesor, hipotéticamente,  
 13 solamente como hipótesis, si la fecha de  
 14 término no se puede mover, si no es movable,  
 15 ¿cómo cambiaría ese detalle tus opiniones en  
 16 tus informes de que el Estado es responsable  
 17 bajo el contrato?

18 R: No cambia ni opinión de que el Estado  
 19 tiene responsabilidad. Si asumimos la hipótesis  
 20 de que la fecha de término no podía moverse,  
 21 incluso si es que el Estado hubiese causado que  
 22 el plazo del contrato y el plazo de disfrute de

1 la tarifa de adjudicación fuese menor, aun así...

2 P: ...

3 R: ...el Estado tendría que indemnizar o que  
 4 responder por los daños y perjuicios que le  
 5 hubiese causado al concesionario o  
 6 inversionista. Es decir, si el concesionario,  
 7 en lugar de disfrutar de un plazo de tarifa  
 8 adjudicada de vigencia del contrato de 20 años  
 9 termina disfrutando de un plazo de 15 años o de  
 10 12 años, es evidente que la diferencia entre el  
 11 plazo previsto en el contrato y aquel que  
 12 resulta finalmente siendo el plazo de vigencia  
 13 del contrato como consecuencia de las  
 14 interferencias y de los incumplimientos del  
 15 Estado, le generan una obligación al Estado de  
 16 responder por los daños y perjuicios que se le  
 17 ha causado al concesionario al disfrutar de un  
 18 plazo menor.

19 P: Usted se acuerda que hubo mucha discusión  
 20 entre que los numerales se tienen que  
 21 interpretar armónicamente. Eso usted lo dijo  
 22 varias veces. ¿Por qué se tienen que

1 interpretar armónicamente?

2 R: Porque así lo dispone la regla de  
 3 interpretación prevista en nuestra legislación,  
 4 en el artículo 169 del Código Civil. Y esa  
 5 regla de interpretación no es una regla  
 6 optativa; es una regla obligatoria. El Código  
 7 ha dispuesto, y esto es algo que aplica no solo  
 8 en el derecho civil sino también en el  
 9 administrativo, que cuando se interpretan las  
 10 cláusulas del contrato, éstas no se pueden  
 11 interpretar aisladamente, tienen que  
 12 interpretarse en su conjunto buscándole  
 13 precisamente a las cláusulas el sentido que  
 14 aparece del contrato de su integridad y del  
 15 conjunto del contrato, y que las cláusulas  
 16 oscuras deben interpretarse las unas respecto  
 17 de las otras considerando la intención y la  
 18 finalidad del contrato.

19 P: Gracias, profesor.

20 ¿Usted se acuerda cuando el señor presidente  
 21 le hizo unas preguntas sobre las obligaciones  
 22 del Estado de otorgar los permisos?

1 R: Sí, recuerdo.

2 P: ¿Se acuerda que si le preguntó si esa  
 3 obligación estaba escrita expresamente en el  
 4 contrato y usted dijo que no, que era una  
 5 obligación inherente que viene de otras leyes?  
 6 ¿Se acuerda?

7 R: Sí, es correcto.

8 P: ¿Dónde en el contrato las partes  
 9 incorporan otras leyes que quizás no están  
 10 escritas expresamente en el contrato?

11 R: En la cláusula 1 del contrato hay una  
 12 definición de "leyes aplicables", y esa  
 13 definición de leyes aplicables evidentemente  
 14 invoca la aplicación al contrato de todas las  
 15 normas que resulten relevantes y competentes a  
 16 efectos de las materias que corresponda  
 17 resolver o tratar en el transcurso de la vida  
 18 del contrato.

19 P: Tom, ¿puedes poner en la pantalla el  
 20 numeral 1.4.30 del Contrato RER, por favor?  
 21 Este es el documento C-0002.

22 Profesor, ¿este es el numeral al cual usted

1 se acaba de referir?

2 R: Sí, son todas las normas jurídicas y  
3 precedentes vinculantes que conforman el  
4 derecho interno de Perú y que de tanto en tanto  
5 pueden ser modificadas o complementadas por las  
6 autoridades gubernamentales.

7 P: Gracias, profesor.

8 También, si usted se acuerda, el doctor  
9 Forno le hizo preguntas sobre el numeral 4.3  
10 bajo este contrato. ¿Se recuerda?

11 R: Sí, recuerdo.

12 P: Y usted habló, en sus respuestas mencionó  
13 que usted tenía experiencia asesorando a  
14 proyectos en contratos similares que tenían  
15 cláusulas similares. No me acuerdo exactamente  
16 cómo lo dijo, ¿pero sí se acuerda de esa  
17 respuesta?

18 R: Sí, recuerdo.

19 P: ¿Puede elaborar a cuál experiencia usted  
20 se refería?

21 R: Bueno, en mis 30 años de ejercicio  
22 profesional he tenido la suerte de poder

1 asesorar a distintos operadores privados,  
2 concesionarios, incluso a bancos de inversión y  
3 asesores financieros y consultores, ingenieros,  
4 etcétera, en todo el proceso que va desde el  
5 inicio de los estudios, la presentación de  
6 ofertas, la negociación de contratos, el cierre  
7 de contratos y luego la ejecución de proyectos,  
8 tanto en el sector de energía como en el sector  
9 de infraestructura. Y esa experiencia creo que  
10 ha sido valiosa a efectos de poder entender los  
11 problemas que se han presentado en este caso,  
12 que son problemas obviamente de interpretación  
13 del contrato y de ejecución de las prestaciones  
14 del contrato.

15 P: Profesor, ¿y usted se acuerda que también  
16 le hicieron preguntas sobre el numeral 1.4.1 de  
17 las bases consolidadas?

18 R: Sí, recuerdo.

19 P: Y usted mencionó que la obligación de  
20 obtener permisos, que está incluida en ese  
21 numeral la tiene, que interpretar armónicamente  
22 con la cláusula 3.2 del contrato. ¿Se acuerda?

1 R: Sí, es así. O sea, las cláusulas, sean de  
2 las bases o del contrato, nunca se pueden  
3 interpretar o entender aisladamente. Tiene que  
4 hacerse una interpretación sistemática buscando  
5 el significado armónico de todas las  
6 disposiciones en su conjunto.

7 P: ¿Podemos poner en la pantalla la cláusula  
8 3.2 del Contrato RER? Es el documento C-0002.

9 ¿Puede leer el texto de este numeral, por  
10 favor, profesor?

11 R: Sí, el texto dice que: "La sociedad  
12 concesionaria se obliga a gestionar y cumplir..."  
13 -y este es el concepto importante - "gestionar  
14 y cumplir con todos los requisitos para la  
15 obtención de la concesión definitiva y para la  
16 construcción de una planta de generación  
17 eléctrica especificada en el anexo número 1".

18 P: ¿Y cómo usted interpreta esta cláusula  
19 con el numeral 1.4.1 de las bases consolidadas?

20 R: La interpreto de manera conjunta, y lo  
21 mismo también con el capítulo 4 del contrato de  
22 concesión RER, en el sentido de que el

1 concesionario lo que tiene que hacer es  
2 desplegar sus mejores esfuerzos, ser proactivo  
3 y gestionar todo lo necesario a efectos de  
4 presentar e impulsar su solicitud de obtención  
5 de los permisos; pero que está claro que el  
6 concesionario no puede garantizar la obtención  
7 de los mismos en la medida en que la decisión  
8 final corresponde a la administración pública.

9 P: Okay, gracias. ¿Podemos también ahorita  
10 ir al artículo 5° del Código Civil? Creo que es  
11 el documento CL-149. Artículo 5°, por favor.

12 Profesor Benavides, usted se acuerda de que  
13 el doctor Forno le hizo unas preguntas basadas  
14 en este artículo, ¿verdad?

15 R: Sí.

16 P: Y este artículo contempla que hay pactos  
17 bajo un contrato que pueden ser nulos si son  
18 contrarios a las leyes. ¿Verdad?

19 R: A las leyes que interesan al orden  
20 público o a las buenas costumbres.

21 P: Hipotéticamente, profesor Benavides, si  
22 existe un pacto nulo en este sentido, ¿cuál es

1 el proceso que las partes tuvieran que seguir  
2 bajo este Contrato RER?

3 R: Bueno, la parte que se considera afectada  
4 por una nulidad. O sea, si una de las partes  
5 considera que existiría un pacto en el contrato  
6 o en una adenda que pudiese estar afectado de  
7 nulidad, lo que tendría que hacer esa parte no  
8 es presumir la nulidad, sino acudir a la  
9 instancia competente, un Tribunal Arbitral,  
10 para solicitar una declaratoria de nulidad del  
11 acto jurídico respectivo: cláusula del  
12 contrato, artículo de la adenda, etcétera,  
13 demostrando obviamente de que ese respectivo  
14 artículo es contrario a una ley que interesa al  
15 orden público. Y hasta que no finalice el  
16 proyecto y exista un laudo o sentencia  
17 definitiva, es evidente que no se puede  
18 presumir la nulidad de esa cláusula o la  
19 nulidad del contrato o de la adenda.

20 P: ¿Y en este caso las partes han seguido  
21 ese proceso?

22 R: No, ha existido una demanda por parte del

1 Ministerio de Energía y Minas, o una petición  
2 arbitral ante el Centro de Arbitraje de la  
3 Cámara de Comercio de Lima, con varias  
4 pretensiones principales y subordinadas, entre  
5 ellas, una de nulidad y también anulación de  
6 las adendas 1 y 2. La demanda arbitral fue  
7 desestimada por el Tribunal al considerarse no  
8 competente porque no se habían seguido las  
9 reglas de la cláusula 11 del contrato sobre  
10 solución de disputas. Pero luego de concluido  
11 dicho proceso no ha habido ningún otro -que yo  
12 conozca- en el cual el Estado o el Ministerio  
13 hayan planteado la nulidad ni del contrato ni  
14 de las adendas del contrato.

15 P: Profesor, ¿cuál es la ley aplicable, la  
16 ley principal aplicable, bajo este contrato?

17 R: Aplica la Ley RER y el Reglamento RER.

18 P: ¿Y cuál es la finalidad de la Ley RER?

19 R: La finalidad de la Ley RER, tal como lo  
20 declara la propia exposición de motivos, y ha  
21 sido reconocido por varios de los testigos, es  
22 una finalidad de promoción de la inversión

1 privada en pequeños proyectos de energías  
2 renovables buscando eliminar los obstáculos  
3 para que se genere dicha inversión, para que se  
4 concreten los proyectos, y buscando igualmente  
5 otorgar garantías y seguridad jurídica a dicha  
6 inversión.

7 P: ¿Y una interpretación de "por cualquier  
8 motivo" o "por ninguna causa" que no excluya  
9 demoras o actos u omisiones imputables al  
10 Estado serían consistentes con esa finalidad?

11 R: Creo que una interpretación de ese tipo  
12 sería no solo inconsistente, sino que sería  
13 diametralmente opuesta a esa finalidad, le  
14 quitaría todo sentido y toda función a la Ley  
15 RER. Y creo que incluso cualquier contrato  
16 administrativo en el cual hay una función, hay  
17 un interés y una finalidad pública sería  
18 claramente contradicho si admitiésemos una  
19 interpretación según la cual el Estado puede  
20 unilateralmente y dolosamente incumplir o  
21 frustrar un contrato.

22 P: ¿Podemos regresar, por favor, Tom, al

1 documento C-2, numeral 1.4.30?

2 Profesor Benavides, usted ya acaba de leer  
3 el texto de este numeral. ¿Nos puede dar  
4 ejemplos de leyes o principios jurídicos que  
5 estén incluidos bajo este numeral y que sean  
6 relevantes a la disputa que tenemos en este  
7 caso?

8 R: ¿Cómo no? Hay una serie de normas que  
9 están contenidas, por ejemplo, en el Código  
10 Civil o, por ejemplo, en la Ley del  
11 Procedimiento Administrativo; los principios de  
12 buena fe o de abuso del derecho, que está  
13 también en nuestra Constitución Política; el  
14 principio de nemo auditor, que nadie puede  
15 pretender obtener beneficios a partir de su  
16 propia culpa, que también está reconocido en  
17 nuestra legislación administrativa; o las  
18 reglas y principios sobre la ausencia de culpa:  
19 que aquel que actúa con diligencia no responde  
20 por el incumplimiento de una obligación o por  
21 su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; o  
22 la regla de que si del incumplimiento de una

1 obligación se derivan daños y perjuicios por  
2 causa no imputable al obligado, igualmente el  
3 obligado no responde por esos daños y  
4 perjuicios.

5 Es decir, hay un buen número de principios y  
6 de reglas. Me corresponde hablar de aquellas  
7 propias del ámbito civil, pero muchas de estas  
8 reglas son reglas compartidas igualmente con el  
9 derecho público; tienen consagración en el  
10 derecho constitucional igualmente, como la  
11 regla o principio del pacta sunt servanda o de  
12 la obligatoriedad de los contratos: que  
13 cualquier contrato celebrado debe ser  
14 obligatoria y forzosamente cumplido por las  
15 partes y que las partes no pueden dejar de  
16 cumplirlo, por ejemplo, basándose en una  
17 presunción de que el contrato no es válido y  
18 vinculante.

19 P: Señor presidente, ¿puedo tomar un break  
20 de tres minutos para consultar con mi equipo?

21 PRESIDENT: Sure. By all means. Three  
22 minutes recess.

1 (Pausa.)

2 PRESIDENT: Mr Molina?

3 SEÑOR MOLINA: Señor presidente, ¿puedo  
4 seguir? Tengo unas preguntas más solamente.

5 PRESIDENTE VAN DEN BERG: Por supuesto,  
6 sigue.

7 SEÑOR MOLINA: Gracias. Estoy listo.

8 PRESIDENTE VAN DEN BERG: Muy bien.

9 (Pausa.)

10 THE INTERPRETER: Sorry, the Interpreters  
11 are here. I was muted.

12 PRESIDENT: Don't worry about it. It was  
13 simply Mr Molina asked me whether he could  
14 continue with the questioning, I said "Yes", he  
15 said "I am ready", I said "Please proceed".

16 Mr Molina, did I correctly reflect the  
17 record?

18 MR MOLINA: That was very accurate, Mr  
19 President. Thank you. Perfect.

20 Tom, could you please put up on the screen  
21 article 1.1.

22 Can I go ahead, Mr President?

1 PRESIDENT: Please proceed.

2 SEÑOR MOLINA: Profesor Benavides.

3 Primero, ¿podemos poner en la pantalla el  
4 numeral 1.1?

5 Si puedo avanzar, señor presidente.

6 SEÑOR MOLINA: Tom, podemos poner en pantalla  
7 el Contrato RER, que es otra vez el anexo C-  
8 002. Específicamente los numerales 1.1 y 1.2.

9 Profesor Benavides, ¿usted ve en el numeral  
10 1.1 que dice que el presente contrato integra  
11 las bases y las leyes aplicables?

12 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí, efectivamente,  
13 el 1.1 del contrato dice que el contrato está  
14 integrado por las bases y las leyes aplicables.  
15 Es correcto.

16 P: ¿Y cuál es su interpretación del uso de  
17 leyes aplicables aquí?

18 R: Es una interpretación amplia, es decir,  
19 todas aquellas leyes o normas internas del  
20 derecho peruano que puedan resultar aplicables  
21 a cualquier aspecto del contrato son normas  
22 aplicables y están integradas al contrato.

1 Están integradas quiere decir que, en efecto,  
2 de la voluntad de las partes o respecto a  
3 materias que requieran ser interpretadas hay  
4 que considerar precisamente esas normas tales  
5 como los principios generales que uniforman el  
6 derecho peruano.

7 P: ¿Y usted ve en el numeral 1.2 que habla  
8 de que el contrato debe de ser ejecutado  
9 consistentemente con el derecho interno del  
10 Perú?

11 R: Sí.

12 P: ¿Cuál es su...

13 R: La cláusula dice que el contrato ha sido  
14 redactado y suscrito con arreglo al derecho  
15 peruano y, por lo tanto, el contenido del  
16 contrato, su ejecución y demás consecuencias se  
17 rigen por el derecho peruano. Creo que es  
18 bastante claro.

19 P: ¿Pero cuál es su interpretación  
20 específicamente de este numeral?

21 R: Bueno, creo que hay un pacto claro que,  
22 independientemente del origen de los

1 inversionistas, lo que va a aplicar van a ser  
 2 las normas internas de Perú y, sobre eso, es  
 3 relevante la definición de "normas aplicables"  
 4 que está contenida en la cláusula 1 del  
 5 contrato de concesión RER, y según la cual  
 6 aplica todas aquellas normas que resulten  
 7 relevantes o aplicables a cualquier aspecto del  
 8 contrato.

9 P: Y última pregunta, profesor: ¿cuál es la  
 10 validez de las adendas al día de hoy en su  
 11 opinión?

12 R: Las adendas han modificado al contrato  
 13 tal como había sido originalmente suscrito y,  
 14 al día de hoy, se encuentran plenamente  
 15 vigentes y son válidas. Cualquier alegación con  
 16 relación a la invalidez de esas adendas no  
 17 tiene ningún sustento. La anulación de las  
 18 adendas solo puede ser declarada porque, ante  
 19 todo, las adendas son contratos, son acuerdos  
 20 vinculantes entre el Estado peruano y el  
 21 inversionista privado, y esos contratos  
 22 solamente pueden quedar sin efecto o pueden ser

1 anulados si existe una declaración de la  
 2 autoridad judicial o arbitral que determine que  
 3 se ha producido una nulidad o anulación de  
 4 dichos contratos o de dichas adendas.

5 Las adendas al día de hoy son plenamente  
 6 vinculantes y surten todos sus efectos  
 7 jurídicos.

8 P: Profesor, mentí: esta sí va a ser mi  
 9 última pregunta.

10 ¿Cómo las partes aplicaron el Código Civil  
 11 bajo esas adendas?

12 R: ¿Me podría aclarar su pregunta?

13 P: ¿Las partes en las adendas aplican el  
 14 Código Civil?

15 R: Las partes en las adendas, por supuesto,  
 16 aplican el Código Civil, porque realizan una  
 17 interpretación del contrato y de la conducta de  
 18 las partes, que había sido una conducta de  
 19 dificultades en el cumplimiento del contrato,  
 20 de demoras e interpretan tanto las obligaciones  
 21 de las partes como la responsabilidad por las  
 22 demoras de acuerdo al Código Civil y de acuerdo

1 a los estándares de cumplimiento y de  
 2 responsabilidad que están contenidos en el  
 3 Código Civil: los artículos 1514 y 1517 que he  
 4 mencionado. Y las partes igualmente se  
 5 pronuncian sobre la responsabilidad del Estado  
 6 con relación a dichas demoras e interpretan,  
 7 además, que aplicando esos estándares la  
 8 correcta interpretación de la cláusula 8.4 del  
 9 contrato es en el sentido de que "por cualquier  
 10 motivo" o "por ningún motivo" no puede  
 11 referirse a actos imputables a la parte  
 12 concedente del contrato.

13 P: Gracias. Señor presidente, no tengo más  
 14 preguntas.

15  
 16 PRESIDENT: Thank you, Mr Molina. Dr.  
 17 Benavides, I have one question -- actually two.  
 18 Can counsel show on the screen the RER  
 19 regulations and in particular clause 1.13B?

20 Dr Benavides, you see "Fecha de Término del  
 21 Contrato"?

22 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí, señor

1 presidente.

2 PRESIDENT: And that date is 31 December  
 3 2036, is that correct?

4 SEÑOR BENAVIDES TORRES: De acuerdo con el  
 5 contrato, esa es la fecha, efectivamente.

6 THE INTERPRETER: Perdón, repita por favor  
 7 la respuesta que no se llegó a escuchar en la  
 8 interpretación, por favor doctor, gracias.

9 SEÑOR BENAVIDES TORRES: De acuerdo al contrato,  
 10 esa es efectivamente la fecha de terminación  
 11 del contrato.

12 PRESIDENT: Thank you. Now, this is a  
 13 regulation. This is not the contract. You  
 14 find it also in the contract, this provision,  
 15 but here in the regulation, can this provision  
 16 in the regulation be amended by contract, or is  
 17 a supervening decree necessary?

18 SEÑOR BENAVIDES TORRES: esta norma puede  
 19 ser interpretada por las partes, puede ser  
 20 reglamentada por las partes, pero sin exceder  
 21 los límites de la propia ley. Es decir, las  
 22 partes sí tienen la posibilidad de decir:

1 "Nosotros interpretamos que esto debe  
2 interpretarse en tal sentido". Lo que no pueden  
3 es vulnerar la ley o exceder los límites de la  
4 ley.

5 PRESIDENT: To give an example, could the  
6 parties agree, for whatever reason they think  
7 is necessary, that the date is not to 2036 but  
8 2039? Are they allowed to do that?

9 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Las partes no pueden  
10 cambiar una fecha vía interpretación, pero las  
11 partes sí pueden establecer que cuando se ha  
12 referido, por ejemplo, a "no modificable por  
13 ninguna causa", en consonancia con la ley, eso  
14 tiene cierto significado; por ejemplo, que  
15 "ninguna causa" no incluye incumplimientos o  
16 interferencias o causas dolosas que  
17 correspondan al Estado. Y esa interpretación sí  
18 sería coherente con los fines de la ley y con  
19 el espíritu de la ley.

20 PRESIDENT: If I understand your testimony  
21 correctly you say the parties are not allowed  
22 to agree to a modification of the date of 2036

1 except where it's attributable to the State,  
2 then they may agree to a modification. That in  
3 your opinion does not fall under this provision  
4 "por ninguna causa"?

5 SEÑOR BENAVIDES TORRES: eso es exacto, ósea  
6 en ese supuesto no se habría producido el  
7 supuesto de ninguna causa. Estaríamos en un  
8 supuesto distinto.

9 PRESIDENT: Then, help me, in 2018, the  
10 second half, there was a project to amend the  
11 date, wasn't it, by decree?

12 SEÑOR BENAVIDES TORRES: En el 2018 lo que  
13 hubo fue un intento de modificar el reglamento  
14 y hubo un proyecto de ley que no llegó a ser  
15 aprobado mediante el cual se quería modificar  
16 el reglamento para permitir que el Ministerio  
17 tuviera la discrecionalidad de poder prorrogar  
18 la fecha de la POC y la fecha de término del  
19 contrato en supuestos que se consideraban  
20 justificados, incluyendo el de fuerza mayor.

21 PRESIDENT: Was, then, the project in 2018  
22 to delete the words "no modificable por ninguna

1 causa"?

2 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Yo no recuerdo si el  
3 proyecto contemplaba expresamente una  
4 modificación de este artículo de la norma. Sí  
5 recuerdo que el proyecto le daba la facultad,  
6 el derecho al Ministerio de Energía y Minas, de  
7 considerar las circunstancias específicas por  
8 las cuales había demora en el cumplimiento de  
9 la POC y que le permitirían al Ministerio tomar  
10 la decisión de modificarla. Y también recuerdo  
11 que entre dichas circunstancias se mencionaban  
12 eventos no imputables al concesionario, tales  
13 como eventos de fuerza mayor y eventos  
14 imputables a la administración pública.

15 Y recuerdo también de las declaraciones del  
16 ministro Ísmodes y de su declaración como  
17 testigo presentada al Tribunal, que hacía  
18 referencia a que el Ministerio efectivamente  
19 estaba preocupado y consciente de que había  
20 varios proyectos que estaban afectados en  
21 retrasos por esta circunstancia.

22 PRESIDENT: But force majeure was already

1 excluded from the beginning, wasn't it?

2 SEÑOR BENAVIDES TORRES: según mi  
3 interpretación, fuerza mayor estaba ya excluida  
4 del supuesto de postergación de la POC, pero  
5 según lo que recuerdo había varias solicitudes  
6 presentadas por concesionarios que alegaban  
7 fuerza mayor. En la mayor parte de los casos se  
8 trataba, por ejemplo, de problemas con las  
9 comunidades. Y a pesar de eso, el Ministerio  
10 consideraba que, no estando suficientemente  
11 claro lo de la fuerza mayor en el texto del  
12 contrato, era conveniente aclararlo a través  
13 del proyecto modificadorio de la Ley RER. Y el  
14 sustento para eso estaba en la no (inaudible)  
15 del concesionario.

16 PRESIDENT: Tom, can you show, please, I  
17 think it's exhibit R-0183, that is annex 6.9 to  
18 the bid document? No, sorry. I got that  
19 wrong. It is where Carrasco signed a sworn  
20 statement.

21 MR MOLINA: That is annex R-0138, if I  
22 recall correctly.

1 PRESIDENT: 38. Here it is. I got  
2 dyslexic.

3 So here you see, Dr Benavides, that he  
4 declares -- they declare, "Declaramos bajo  
5 juramento que reconocemos el carácter no  
6 modificable", et cetera, "aun cuando se  
7 presenten eventos de Fuerza Mayor". Do you see  
8 it?

9 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí. Si lo veo, señor  
10 presidente.

11 PRESIDENT: It was already at that point in  
12 time that they excluded force majeure, isn't  
13 it?

14 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí, y esa también es  
15 mi interpretación, es decir, que las partes no  
16 consideraron que los eventos de fuerza mayor  
17 permitían modificar la fecha de término del  
18 contrato. Pero no estando este mismo concepto  
19 en el texto del contrato, entiendo -y eso  
20 tiene que ver también con nuestra tradición de  
21 interpretación jurídica- que como no estaba en  
22 el texto del contrato, creo que tanto en las

1 autoridades como en los propios concesionarios  
2 que habían tenido problemas aparentemente de  
3 fuerza mayor existía esa preocupación y por eso  
4 la propuesta del Ministerio de, vía un proyecto  
5 de ley que modificase el reglamento de la Ley  
6 RER, aclarar que el Ministerio tenía la  
7 facultad de poder modificar las fechas también  
8 si había eventos de fuerza mayor.

9 Lo que para usted es claro en este documento  
10 no estaba tan claro para muchos concesionarios  
11 y también para las autoridades.

12 PRESIDENT: But, wait a moment. So this  
13 document which says you cannot modify the  
14 termination date even in the case of force  
15 majeure, in your opinion does not apply to the  
16 present case?

17 SEÑOR BENAVIDES TORRES: No aplica al  
18 presente caso, señor presidente, pero por otras  
19 razones. No aplica al presente caso porque este  
20 no es un caso de fuerza mayor; este es un caso  
21 en el cual una de las partes ha interferido en  
22 el cumplimiento del contrato. Por eso no es

1 fuerza mayor. Porque fuerza mayor es un evento  
2 ajeno, externo a las partes, que no es  
3 responsabilidad de ellas.

4 PRESIDENT: I stop you there. My question  
5 is assuming that an event of force majeure  
6 would have happened in this case, would then  
7 this apply, this provision here? This  
8 declaration?

9 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Si hubiese un evento  
10 de fuerza mayor que hubiese ocurrido en el  
11 presente caso, esta disposición, es decir, que  
12 la fecha de término no es modificable si  
13 ocurrió una fuerza mayor, es aplicable.

14 PRESIDENT: Let's take it, then, one step  
15 further. Could the parties have deviated from  
16 this and amended the contract and say well,  
17 look, in case of force majeure we will modify  
18 the end date, the termination date? Would that  
19 have been permitted?

20 SEÑOR BENAVIDES TORRES: si porque esta  
21 declaración es parte de la oferta y, por lo  
22 tanto, se debiera considerar incorporada al

1 contrato, pero no es parte de la ley. Y,  
2 entonces, vía una adenda, las partes pueden  
3 modificar el contrato. Porque la ley no  
4 establece de que este es un supuesto que está  
5 prohibido, o no establecen de que cuando  
6 ocurran eventos de fuerza mayor, entonces no se  
7 modifica la fecha de término. Eso fue  
8 establecido en esta declaración.

9 PRESIDENT: I have one further question and  
10 that concerns a lengthy discussion you had with  
11 Dr Forno, and it concerns the tension between  
12 article 8.4 and 10.2(b) of the Contract. You  
13 remember that discussion?

14 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí.

15 PRESIDENT: You must certainly remember it  
16 because it was lengthy.

17 So can you help me? Because I'm not sure  
18 that I got the final conclusion of your  
19 discussion. 8.4 says -- and help me if I'm  
20 wrong -- that the agreement will terminate ipso  
21 jure if for any reason the commercial  
22 operations start-up is not achieved at December

1 31, 2018. That's correct?

2 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Es correcto -

3 PRESIDENT: If for any reason. But you have  
4 an interpretation of the words "any reason" but  
5 leave that aside for the time being. Assume  
6 now the date has arrived, the 31 December 2018,  
7 and there's no COS. Reading 8.4 would suggest  
8 that then the contract lapses by operation of  
9 law, is that correct?

10 SEÑOR BENAVIDES TORRES: El contrato o la  
11 cláusula 8.4 del contrato dice que la  
12 resolución ocurre de pleno derecho. Mi  
13 interpretación del término "de pleno  
14 derecho"...

15  
16 PRESIDENT: OK, I know your interpretation,  
17 depending on which event it is or why it is,  
18 but let's assume now that it terminates because  
19 there's no COS on 31 December 2018. And then  
20 the other point is in 10.1 -- or 10.2, sorry,  
21 which says the Ministry may terminate this  
22 agreement and then it says if the company has

1 failed to comply with obligations under -- and  
2 I shortcut to 8.4. So now suddenly you have a  
3 situation where the Ministry has to terminate  
4 or may terminate, so how do you reconcile these  
5 two provisions?

6 SEÑOR BENAVIDES TORRES: yo creo que  
7 efectivamente hay una redacción confusa o  
8 inexacta entre 8.4 y 10.2, pero creo que la  
9 10.2 específicamente lo que dice es, o lo que  
10 atribuye, es un derecho al Ministerio, que el  
11 Ministerio puede ejercer o que puede no  
12 ejercer. Cuando la cláusula 8.4 dice que el  
13 contrato se resuelve de pleno derecho, lo que  
14 quiere decir es que los efectos son inmediatos.  
15 Y cuando la cláusula 10.2 nos dice que debe  
16 haber notificación porque es un derecho del  
17 Ministerio, entonces lo que yo interpreto es: a  
18 partir de la notificación del Ministerio se dan  
19 esos efectos de terminación automática del  
20 contrato.

21 Y esta interpretación es consistente con el  
22 uso del término "de pleno derecho" en nuestro

1 Código Civil, cuando se trata de resolución  
2 contractual, que además es la única norma que  
3 regula en detalle la resolución contractual, en  
4 los artículos 1429 y 30 del código. Esos  
5 artículos dicen que cuando hay incumplimiento,  
6 la parte afectada puede resolver de pleno  
7 derecho el contrato, pero tiene que haber una  
8 notificación.

9 Y a mí me parece, además, es mi  
10 interpretación, que esto es consistente con los  
11 fines públicos de este contrato y con las  
12 facultades que tiene el Ministerio respecto a  
13 la tutela del interés público del contrato. Es  
14 decir, que es el Ministerio el que tendría o  
15 debiera tener la posibilidad de activar la  
16 resolución del contrato en caso de  
17 incumplimiento.

18 PRESIDENT: But conceptually it may also  
19 raise the question how can you terminate  
20 something which has already been terminated by  
21 law? Ex nihilo nihil fit, would be the Latin  
22 expression.

1 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Si interpretamos la  
2 cláusula 8.4 y la ley en el sentido que  
3 propongo, no existe incompatibilidad, señor  
4 presidente, porque "de pleno derecho" en este  
5 contexto no excluye la posibilidad de que  
6 exista una notificación. Y eso además en el  
7 ámbito del derecho administrativo, en el cual  
8 las condiciones resolutorias automáticas que  
9 pueden ser usadas en el derecho privado no se  
10 usa comúnmente, normalmente, creo que existe  
11 una justificación para el uso de ese término.

12 PRESIDENT: Dr Benavides, you're also a  
13 practising lawyer, you testified earlier. How  
14 would you draft the notice under 10.2 in this  
15 case, in the case of 8.4? What would you  
16 write?

17 SEÑOR BENAVIDES TORRES: yo escribiría si  
18 fuese funcionario del MINEM, la notificación al  
19 concesionario, diciéndole que bajo la cláusula  
20 10.2 y 8.4 del Contrato RER el contrato ha  
21 quedado resuelto de pleno derecho por no  
22 haberse cumplido con la fecha de la puesta en

operación comercial dentro del plazo previsto en el contrato. Con lo cual, el concesionario y el concedente, ambos van a tener absoluta certeza de que ese contrato ha quedado resuelto.

PRESIDENT: To be clear, without such a notice, the contract would not be terminated, in your opinion?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: en mi opinión sí.

PRESIDENT: Thank you. I look to my colleagues. Any questions?

PROFESSOR VINUESA: In my case, I did have some, but now they are evaporated. They've already been covered.

PRESIDENT: Thank you.

PROFESSOR TAWIL: I have a follow-up question to one of your questions, Albert Jan.

PRESIDENT: By all means.

PROFESSOR TAWIL: Profesor Benavides (En español) corrijame si hay algo que es incorrecto de lo que le voy a decir.

Bajo el derecho peruano entiendo que el caso

fortuito funciona igual que en otros sistemas continentales europeos, que, en general, el supuesto de caso fortuito no es asumido por ninguna de las partes, salvo que lo asumiera en forma expresa. ¿Es eso correcto?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: Sí. Sí, doctor Tawil, es exactamente así. Así funciona en el derecho peruano.

COÁRBITRO TAWIL: Bueno. El C-138 que mostraron es la asunción expresa del caso fortuito por parte del concesionario. ¿Correcto?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: Es correcto.

COÁRBITRO TAWIL: ¿Hay posibilidad en el derecho peruano, en el Código Civil, de que una parte asuma el incumplimiento de la otra parte?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: No, no existe ninguna posibilidad, y yo me atrevería a decir, ni en el derecho civil ni en el derecho contractual en general existe la posibilidad de considerar de que una de las partes va a asumir las consecuencias del incumplimiento de la otra

parte, o que un contrato se celebra para ser incumplido y para permitir conductas de obstaculización o de frustración del contrato. Yo creo, incluso, que un contrato con esas características ni siquiera podría ser calificado como un contrato.

COÁRBITRO TAWIL: ¿Por qué?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: Porque en un contrato, incluso si ese contrato es gratuito, se parte del supuesto que las partes van a actuar de buena fe; que las partes van a cumplir con el contrato; que las partes van a hacer todo lo posible para cumplir sus obligaciones y, de hecho, las van a cumplir. Creo que el concepto de contrato descansa precisamente en el supuesto que las partes van a actuar de buena fe. Y un supuesto según el cual el contrato premiaría o permitiría conductas contrarias a la buena fe, conductas abusivas, conductas dolosas dirigidas a sabotear la finalidad del contrato, en mi caso, por lo menos, que tengo años dedicados al

derecho contractual, sin duda remueve mis concepciones más básicas sobre cómo debe entenderse un contrato.

COÁRBITRO TAWIL: Gracias.

(In English) I have no further questions, Albert Jan. PRESIDENT: Mr Molina, any follow-up questions?

MR MOLINA: Yes, just a couple of small ones.

(En español) Señor Benavides, usted acaba de responder unas preguntas del presidente sobre la habilidad, otra vez, de mover, de extender fechas en el contrato: la fecha del término, la fecha de máxima POC. En este caso, ¿las partes están buscando -- las partes demandantes están buscando extender las fechas?

SEÑOR BENAVIDES TORRES: No, no es ese -- por lo menos de la lectura que he dado a la demanda y a la documentación presentada por las demandantes, entiendo que no es ese el objeto de la demanda. Entiendo que las demandantes lo que están planteando es un supuesto de

1 frustración o imposibilidad del contrato,  
2 incumplimientos por parte de la demandada y  
3 consecuentemente daños y perjuicios.

4 P: Y el profesor Tawil le hizo preguntas a  
5 usted sobre la asunción de responsabilidad de  
6 las partes. ¿Verdad?

7 R: Sí, correcto.

8 P: ¿Dónde en el numeral 8□4 o 1.4.22 está  
9 escrito que las partes están asumiendo  
10 responsabilidad de la otra parte?

11 R: No, en ninguna parte, y eso traté de  
12 explicarlo en mi presentación de la mañana. Ni  
13 en la cláusula 8.4 ni en ninguna otra cláusula  
14 del contrato podemos leer ningún atisbo,  
15 ninguna intención de las partes de atribuirle a  
16 la parte concesionaria responsabilidad por los  
17 incumplimientos o interferencias de la parte  
18 concedente. Y creo que tampoco existe ningún  
19 criterio de interpretación bajo derecho  
20 peruano, menos aún en el derecho  
21 administrativo, ninguna regla, ningún principio  
22 que nos permita presumir o suponer una regla de

1 esa naturaleza. Que, como he dicho, me  
2 parecería no solamente contraria al sentido del  
3 contrato, sino me parecería también opuesta al  
4 equilibrio económico y financiero y al  
5 equilibrio de riesgos, que es uno de los  
6 elementos fundamentales en un contrato de  
7 concesión de esta naturaleza.

8 P: Entonces, si la parte demandante puede  
9 comprobar lo que ha alegado en este caso con  
10 respecto a las medidas del gobierno, si  
11 suponemos que, mirando la cláusula 8.4, si  
12 suponemos, como dijo el señor presidente, que  
13 el contrato se resuelve automáticamente, sin  
14 notificación, por causa de que el concesionario  
15 no llegó al POC porque hubo una interferencia  
16 gubernamental, ¿cómo cambiaría eso tu -- cómo  
17 eso afectaría el tema de responsabilidad de las  
18 partes?

19 R: Yo considero que no afecta el tema de --  
20 no afecta la responsabilidad de las partes. En  
21 la cláusula 8.4 creo que hay que diferenciar lo  
22 que es la responsabilidad de las partes

1 respecto a lo cual no hay ningún pacto en  
2 contra de las reglas del derecho peruano, según  
3 las cuales las partes no responden en caso de  
4 ausencia de culpa, pero en caso de actos  
5 imputables, dolo, culpa, culpa inexcusable, sí  
6 son plenamente responsables. Si asumiéramos la  
7 hipótesis de que el contrato se va a resolver  
8 porque no se cumpla con la POC, incluso en  
9 casos en los cuales quien ha incumplido --  
10 quien ha causado el incumplimiento de la POC  
11 fuese el Estado peruano, aun en esa hipótesis  
12 eso no releva de su responsabilidad por  
13 incumplimiento al Estado, y el Estado, como  
14 parte concedente, tendría que indemnizar por  
15 daños y perjuicios producidos a partir de esa  
16 frustración o a partir de ese no cumplimiento  
17 de la POC y resolución del contrato, a la parte  
18 concesionaria.

19 P: No tengo más preguntas, señor presidente.

20 PRESIDENT: Thank you. Dr Forno, any  
21 follow-up questions?

22 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Señor presidente, le

1 pediría si me puede conceder solo tres minutos  
2 para revisar mis notas y ver si tengo alguna  
3 pregunta. ¿Sería eso posible?

4 PRESIDENT: By all means. Three minutes  
5 recess.

6 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Muy amable, señor  
7 presidente.

8 (Pausa.)

9 SEÑOR FORNO FLÓREZ: Señor presidente: le  
10 estoy muy agradecido por el tiempo del break.  
11 No tenemos más preguntas, señor presidente.  
12 Muchas gracias.

13 PRESIDENT: Dr Benavides, thank you for  
14 testifying. You are now excused as an expert  
15 witness.

16 SEÑOR BENAVIDES TORRES: Gracias Señor  
17 Presidente, muchas gracias al Tribunal también

18 ASUNTOS DE PROCEDIMIENTO

19 PRESIDENT: I see that Mr Reisenfeld has  
20 found his remote control.

21 MR REISENFELD: Thank you, yes. It's here  
22 on my table in front of my eyes.

1 PRESIDENT: I want to know the device brand.

2 Anyway, Mr Grané, are you still there? Or  
3 anybody on Respondent's side still -

4 MR DI ROSA: Yes, Mr President.

5 PRESIDENT: Mr Di Rosa, you are the  
6 spokesperson. Simply to ask whether there's  
7 any point for tomorrow, procedural,  
8 administrative or household. Mr Reisenfeld for  
9 Claimants?

10 MR REISENFELD: From the Claimants' point of  
11 view, there are no questions. We are ready for  
12 Dr Quiñones to testify.

13 PRESIDENT: OK.

14 MR DI ROSA: Nothing for us, Mr President.

15 PRESIDENT: Then I wish everybody a good  
16 night, and we will see each other tomorrow at  
17 three o'clock CET.

18 (Es la hora 15:00 EST)

1  
2 CERTIFICADO DEL ESTENOTIPISTA DEL TRIBUNAL  
3

4 Quien suscribe, Leandro Iezzi, Taquígrafo  
5 Parlamentario, estenógrafo del Tribunal, dejo  
6 constancia por el presente de que las  
7 actuaciones precedentes fueron registradas  
8 estenográficamente por mí y luego transcritas  
9 mediante transcripción asistida por computadora  
10 bajo mi dirección y supervisión y que la  
11 transcripción precedente es un registro fiel y  
12 exacto de las actuaciones.

13 Asimismo dejo constancia de que no soy  
14 asesor letrado, empleado ni estoy vinculado a  
15 ninguna de las partes involucradas en este  
16 procedimiento, como tampoco tengo intereses  
17 financieros o de otro tipo en el resultado de la  
18 diferencia planteada entre las partes.

19 \_\_\_\_\_  
20 Leandro Iezzi, Taquígrafo Parlamentario

21 D-R Esteno

22