

Caso 646-69-2002

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EXPEDIDO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL DOCTOR JORGE RAMÍREZ DIAZ E INTEGRADO POR EL DOCTOR JUAN GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA Y EL DOCTOR JUAN ESPINOZA ESPINOZA, EN EL PROCESO SEGUIDO POR MORGAN GRENFELL & CO. LIMITED CON CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL – CORPAC – Y AGENCIA DE PROMOCION DE LA INVERSIÓN – PROINVERSION – SOBRE PAGO DE SUMA DE DINERO.-

RESOLUCION Nº 31

Lima, 14 de Julio de 2003

Vistos; aparece de autos:

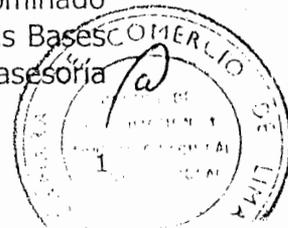
I.- LA DEMANDA

MORGAN GRENFELL & CO. LIMITED, en adelante MORGAN GRENFELL, interpone demanda el 31 de Enero del 2003 contra CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL –CORPAC -, en adelante CORPAC, y AGENCIA DE PROMOCION DE LA INVERSIÓN – PROINVERSION - , en adelante PROINVERSION, con las siguientes pretensiones:

a) Pretensión Principal.- El pago de la suma de US\$ 877,000.00 (Ochocientos setenta y siete mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por concepto por honorario de éxito fijado en el numeral 4.2 de la cláusula cuarta del Contrato de Servicios para la Contratación de un Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos Encargado de la Promoción de la Inversión Privada en los Aeropuertos (en adelante el " Honorario de Éxito), más los intereses legales calculados desde el 14 de Febrero de 2001 (fecha en que formalmente intimaron y constituyeron en mora a los demandados, según el acápite 1.5 (a) de la demanda) hasta la fecha efectiva de su pago a favor de MORGAN GRENFELL

b) Prétensión Accesorio.- Que los demandados cumplan con pagar las costas y costos del proceso arbitral.

Sustenta su posición en el hecho que resultó ganadora del Concurso de Méritos al adjudicársele el 6 de Abril de 1998 la buena pro en la selección de un Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos, para la contratación de servicios de asesoramiento para la promoción de la inversión privada vía concesiones de los aeropuertos, obteniendo el puntaje más alto en la evaluación según el orden de méritos establecido por el Comité Especial. Como consecuencia de ello, el 8 de Abril de 1998 MORGAN GRENFELL suscribió con CORPAC dicho Contrato de Servicios. El detalle del servicio a contratar figuraba en el documento denominado Términos de Referencia, que como anexo 1 formaba parte integrante de las Bases del Concurso, estableciéndose en dicho documento que el objetivo de la asesoría



era apoyar al Comité Especial para asegurar una adecuada evaluación del Proyecto a través del Diagnóstico y Valorización de los Aeropuertos, a fin de lograr una eficiente y exitosa promoción al sector privado internacional de la concesión de los Aeropuertos. El objetivo primario a que se circunscribió la asesoría prestada por MORGAN GRENFELL fue estimular la participación y competencia de postores calificados entre los mejores del mundo para la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional " Jorge Chávez", de modo tal que el gobierno peruano pudiese alcanzar una retribución extraordinaria por la indicada concesión.

El Comité Especial fijó en el numeral 7.7 de las Bases del Concurso dos tipos de honorarios a ser percibidos por MORGAN GRENFELL:

- a) Un honorario fijo mensual igual a la suma de US\$ 50,000.00, el mismo que incluía todos los tributos aplicables al servicio y constituía un monto invariable; y,
- b) Un honorario por éxito que, conforme al numeral 4.2 del Contrato de Servicios, tenía por finalidad retribuir el éxito alcanzado en el proceso de licitación internacional; el cual es materia controvertida en este proceso arbitral.

Precisa que el numeral 7.7 del texto final de las Bases del Concurso establecía que el honorario por éxito sería propuesto por la firma invitada y exigible sólo si la licitación internacional contaba con dos propuestas como mínimo, que cumplieran con los requerimientos técnicos establecidos así como con sus respectivas propuestas económicas conformes. El honorario por éxito sería pagado al Banco de Inversión dentro de los treinta días de haberse firmado el contrato de concesión del Aeropuerto.

A su vez, el texto final del numeral 4.2 del Contrato de Servicios estipulaba que el honorario por éxito sería una retribución económica por el éxito alcanzado, al obtener en el Concurso un mínimo de dos propuestas económicas válidas y sería la suma fija contenida en la propuesta económica. El honorario por éxito sería pagado al Banco de Inversión únicamente en el caso que se cumpliera la condición de que se firmen los correspondientes contratos de concesión, previa entrega por el ganador de la concesión de la(s) garantía(s) establecida(s) en el mismo dentro de los treinta días de haberse cumplido la condición para el pago.

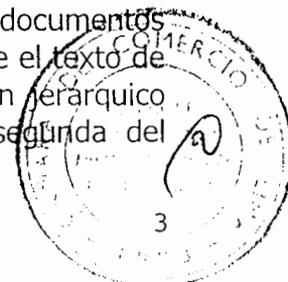
Como resultado de la labor de promoción de la Licitación Internacional por parte de MORGAN GRENFELL, se interesaron y lograron precalificar ocho empresas operadoras internacionales de primer nivel, de las cuales calificaron cuatro. Sin embargo, a sólo criterio del Comité Especial, dos fueron descalificadas por deficiencias en su propuesta técnica contenida en el sobre N° 2 y una por deficiencias formales en la documentación presentada en los sobres. Por ello, el Comité Especial sólo procedió a abrir el sobre N° 3 conteniendo la oferta de Consorcio Flughafen Frankfurt Main A.G. – Bechtel Enterprises Ltd. – Cosapi S.A., en adelante Frankfurt, quien el 15 de Noviembre del 2000 se adjudicó la buena pro, suscribiéndose el contrato de concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el 14 de Febrero del 2001. El extraordinario porcentaje ofrecido por

Frankfurt y los elevados compromisos de inversión asumidos por ésta, desincentivó a las empresas VIENA y AENA para presentar recursos de apelación contra las resoluciones del Comité Especial que las descalificó técnicamente, pues sus ofertas si bien superaban los mínimos requeridos por las Bases de la Licitación Internacional no alcanzaban las propuestas de Frankfurt, por lo que, aún cuando dichos recursos hubiesen sido declarados fundados no hubiesen modificado el resultado final.

Refiere que el formidable éxito obtenido en el proceso de Licitación Internacional se debió a la labor conjunta del Comité Especial y a ella como su asesor financiero, alcanzando el gobierno peruano con creces el objetivo primordial trazado al convocar a la Licitación Internacional, pues por un lado se presentaron en la Licitación Internacional cuatro propuestas, superando con creces el mínimo de dos propuestas exigidas por las Bases del Concurso y el Contrato de Servicios; y el gobierno peruano obtuvo una retribución extraordinaria por la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que fue muy superior a cualquier proyección esperada. Es en esa consideración que luego de haberse cumplido con las condiciones para el pago del Honorario por Éxito, procedió a solicitar el pago ascendente a US\$ 877,000.00 mediante comunicación del 7 de Marzo del 2001, a lo que CORPAC por carta de fecha 12 de Marzo del 2001 respondió que no procedía efectuar el pago, argumentando que sólo uno de los cuatro postores obtuvo puntaje aprobatorio en la calificación técnica, por lo que tan sólo de ese postor se abrió el Sobre N° 3 conteniendo su propuesta económica conforme a las Bases de la Licitación Internacional, no cumpliéndose con la existencia de dos propuestas económicas válidas, posición mantenida en cartas posteriores frente a los reiterados requerimientos de MORGAN GRENFELL. Por su parte, PROINVERSION (antes Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI -) mediante Oficio de fecha 14 de Febrero del 2002 informó a MORGAN GRENFELL que su Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en Proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos decidió reiterar lo expresado por CORPAC en su comunicación del 12 de Marzo del 2001 y, por ende, indicaba la improcedencia del pago del Honorario por Éxito a MORGAN GRENFELL.

Señala, además, que resulta del todo extraño que sólo el postor que ofreció la propuesta económica y el compromiso de inversión más alto haya sido el único postor finalmente declarado apto para ser beneficiado con la buena pro de la Licitación Internacional, dejando de lado a los demás postores que habían cumplido con presentar una oferta económica válida, distando el actuar del Comité Especial de ser considerado dentro del marco de la buena fe.

Fundamenta que la cláusula décimo segunda del Contrato de Servicios estableció un orden de prelación de documentos para el caso de discrepancia en la interpretación de sus alcances, siendo el Contrato de Servicios el primer documento al que las partes debían recurrir para interpretar los alcances de sus derechos y obligaciones. Luego, las partes sólo podían apelar a los demás documentos siguiendo el orden fijado por el Contrato de Servicios, en la medida que el texto de dicho contrato no fuese lo suficientemente claro. La prelación (orden jerárquico interpretativo) asignada a los documentos en la cláusula décimo segunda del



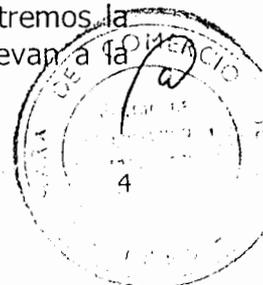
Contrato de Servicios implicaba que el contenido de los documentos de mayor jerarquía primaran sobre el de menor rango y, si entre los distintos documentos existiese alguna contradicción, se debería preferir el contenido y sentido del documento de mayor jerarquía. Por ello, CORPAC y PROINVERSION se encontraban obligadas a respetar la jerarquía entre los distintos documentos señalados en la cláusula décimo segunda del Contrato de Servicios, no pudiendo imponer la interpretación de documentos de menor jerarquía (circulares y Bases del Concurso) cuando el Contrato de Servicios regulaba de modo expreso la voluntad de las partes sobre el pago del Honorario por Éxito, anteponiéndola en el rol de jerarquía acordado que es ley entre ellas.

Argumenta que puede existir una propuesta económica válida sin que exista una propuesta técnica que tenga tal calificación y el hecho que en la Licitación Internacional sólo se haya abierto el sobre N° 3 (oferta económica) de un postor, no significa que sólo existió una oferta válida en dicha licitación, no pudiendo CORPAC pretender imponer la calificación técnica de un postor como una condición para el pago del honorario de éxito, cuando esa condición nunca estuvo contemplada en las Bases del Concurso ni en el Contrato de Servicios. Concluye así que no era necesario haber abierto el sobre N° 3 de los cuatro postores que se presentaron a la Licitación Internacional para evaluar la validez de sus propuestas económicas, considerando que esa validez venía a priori por el propio contenido del documento (Formulario N° 10) que constituía la oferta económica; y por la revisión y aprobación por parte del Comité Especial de la Carta Fianza de Validez, Vigencia y Seriedad de Oferta Económica por US\$ 10'000,000.00. El acto público en donde concurren los postores con sus ofertas es denominado de presentación de propuestas y cuando en las Bases del Concurso se hace referencia al hecho que la Licitación Internacional cuente con dos propuestas como mínimo, se indica que para que MORGAN GRENFELL pudiese solicitar y exigir el pago del honorario por éxito, debía verificarse la presencia de, por lo menos, dos postores en el acto de recepción de propuestas por parte del Comité Especial, habiendo habido en este caso cuatro postores (Vancouver, Viena, Frankfurt y Aena), que hicieron entrega de sus respectivas credenciales, y de los sobres 1, 2 (propuesta técnica) y 3 (propuesta económica). En consecuencia le asiste el derecho a MORGAN GRENFELL de solicitar el pago del Honorario por Éxito.

La parte demandante presenta como medios probatorios los documentos que acompaña a su demanda como anexos desde 1-A a 1-X y cita los fundamentos de derecho en que ampara su demanda.

II.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda y corrido el traslado a CORPAC y a PROINVERSION, dentro del término de 10 días señalados en las reglas del proceso, éstas se apersonan con sus escritos de fecha 24 de Febrero del 2003 y 25 de Febrero del 2003, respectivamente, a contestar negando y contradiciendo en todos sus extremos la demanda, expresando con detalle los fundamentos de hecho que las llevan a la



conclusión que carece de todo sustento legal y que debe ser declarada infundada; y por los fundamentos de derecho que citan amparando su posición.

En su escrito de contestación a la demanda CORPAC contradice la pretensión de MORGAN GRENFELL para intimarla y constituirla en mora, no sólo en razón de que sus cartas no tuvieron la finalidad de intimar sino porque además la pretendida suma por concepto de Honorario de Éxito no es una obligación exigible. Señala que de la simple lectura del numeral 4.2 de la cláusula cuarta del Contrato de Servicios y del numeral 7.7.1 de las Bases del Concurso, se aprecia que el honorario de éxito estaba supeditado al cumplimiento de la condición que había sido expresamente estipulada y que atendiendo al criterio de la interpretación sistemática, para una cabal interpretación del numeral 4.2 de la cláusula cuarta, deben considerarse los demás numerales que lo conforman, incluidos los de las Bases del Contrato. Por ello el numeral 4.1 de la cláusula cuarta indica que " Por la prestación de los servicios materia del presente contrato, EL CONTRATANTE (CORPAC) abonará el honorario que se aplicará de acuerdo a lo estipulado en el numeral 7.7 de las Bases." De este modo, resulta incuestionable que la cabal interpretación del numeral 4.2 requiere tomar en consideración lo que dispone el numeral 7.7 de las Bases del Concurso que, en su numeral 7.7.1 dispuso que el honorario por éxito estaba condicionado a que en la Licitación Internacional se contara con dos propuestas, como mínimo, que cumplan con los requerimientos técnicos establecidos, así como con sus respectivas propuestas económicas conformes; y adicionalmente, el numeral 4.2 de la acotada cláusula cuarta, precisa que el honorario por éxito sería una retribución económica por el éxito alcanzado, al obtener en el Concurso un mínimo de dos propuestas económicas válidas. Dentro de ese mismo orden de ideas y con el criterio de interpretación sistemática, el segundo requisito de la condición pactada fue que el honorario por éxito fuera pagado si además el ganador de la concesión cumplía con hacer entrega de las garantías establecidas en el Contrato de Concesión. El tercer requisito de la condición pactada, estaba previsto en el numeral 7.7.1 de las Bases del Concurso y en el numeral 4.2.1 del Contrato de Servicios. Es más, las Bases de la Licitación fueron formuladas con la asesoría de MORGAN GRENFELL y el Comité Especial encargado de la licitación no hizo sino aplicarlas con la estrictez debida, por lo que es incuestionable que ha actuado dentro del principio de la buena fe. Refuerza su posición sosteniendo que una oferta económica para ser válida requería necesariamente de una previa calificación aprobatoria de la Propuesta Técnica, no siendo una decisión arbitraria, sino basada en la estricta aplicación de lo previsto en las Bases de la Licitación, cuyo numeral 6.6.2.3 precisaba que el incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos descalificaría al postor y, por consiguiente, su sobre N° 3 (Oferta Económica) no sería abierto. Asimismo el numeral 8.1.3 de las Bases estableció el criterio para entender lo que era una Oferta Económica válida, pues según el acotado numeral si alguna de las ofertas económicas de los postores aptos no cumpliera con los requisitos establecidos por las Bases, no sería considerada por el Comité Especial como una oferta económica válida.

De otro lado, enfatiza que la supuesta infracción contractual que imputa la demandante no existe, por cuanto no hay contradicción entre el numeral 4.2 de la cláusula cuarta del Contrato de Servicios y el numeral 7.7.1 de las Bases del



Concurso ya que, por el contrario, el tenor de ambas no sólo se complementan sino que dan un texto inequívoco para una correcta interpretación. Por eso el numeral 4.1 de la cláusula cuarta, relativa a los honorarios, se remite al numeral 7.7 de las Bases del Concurso. Por último, MORGAN GRENFELL para que se le reconozca el honorario por éxito, llega a sostener que la condición pactada, uno de cuyos requisitos consistía en la obtención de un mínimo de dos propuestas económicas válidas que cumplieran con los requerimientos técnicos, es nula, porque considera que dependía de la voluntad y el arbitrio del Comité Especial, invocando el artículo 172 del Código Civil. Al respecto, indica que MORGAN GRENFELL omite considerar que se trataba de una Licitación Internacional con diversos postores que debían ajustarse a los requisitos y formalidades establecidas en las Bases de la Licitación y con diversas secuencias, en las que iban obteniendo las respectivas calificaciones de un Comité Especial conformado, que no puede asumir la condición de deudor, porque el Contrato de Servicios se celebró con CORPAC y no con el Comité Especial.

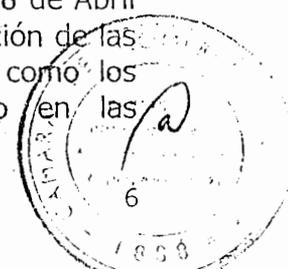
Ofrece como medios probatorios los documentos que indica ofrecidos por la demandante.

PROINVERSION en su escrito de contestación a la demanda, la niega y contradice, y sostiene los mismos argumentos de defensa que CORPAC, adicionando los siguientes:

En Acta Notarial levantada el 30 de Junio de 1998, se nombró por Concurso de Méritos a la Empresa de Ingeniería encargada de asesorar al Comité Especial, Parsons Engineering Science International Inc., en adelante "Parsons". Al respecto, la demanda arbitral pretende con absoluta mala fe sugerir que el Comité Especial habría actuado en connivencia con esa asesora técnica para descalificar a los postores participantes en la Licitación Pública Especial Internacional con el propósito de que al final de dicha Licitación quedara un único postor. Esta afirmación agrede, no solo la honorabilidad de los miembros del Comité Especial, sino también la de los representantes de la empresa Parsons en la medida que la decisión del Comité Especial para la adjudicación de la buena pro de la Licitación del Aeropuerto Jorge Chávez se basó única y exclusivamente en el informe de Parsons, haciéndola suya tal y como consta en el Acta del 13 de Noviembre del 2000.

Expresa que en la pregunta 6 de la Circular N° 02-98 ante la consulta expresa de un postor sobre lo que sucedería respecto al honorario de éxito si quedando una sola propuesta válida, el Comité asignaba la concesión al postor único, (lo que demuestra que todos los postores eran conscientes de la existencia de esa posibilidad), la respuesta fue que bajo ese escenario no se pagaría al Banco de Inversión ningún honorario por éxito

Afirma que una interpretación global del Contrato de Servicios de fecha 8 de Abril de 1998 suscrito con la demandante, en la búsqueda de la común intención de las partes, valora todas las declaraciones intercambiadas por éstas, así como los comportamientos recíprocamente ejecutados por las partes, tanto en las



negociaciones de las que ha derivado la conclusión del mismo, como en la etapa de su ejecución (principalmente todas aquellas declaraciones y comportamientos vinculados a su ejecución que comprende entre otros documentos las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez"). Ello permite sostener que un postor que no es considerado apto no podría presentar una oferta económica válida.

De otro lado, la demandante no puede sostener que la modalidad de contratación prevista para la procedencia del pago del honorario por éxito contemplado en el contrato, cuando se refiere al requisito de que deba presentarse un mínimo de dos propuestas económicas válidas, no involucra el análisis previo de las propuestas técnicas presentadas por los postores para la adjudicación de la Licitación Pública Especial Internacional; máxime, si la propia demandante intervino en la elaboración de las bases de la licitación. Esas circunstancias revelan que el entendimiento de las partes sobre el concepto "propuesta económica válida", bajo una interpretación según la buena fe, implicaba necesariamente el de "oferta técnica válida". Los Términos de Referencia que se acompañaron a las antes citadas Bases y que formaron parte como anexo 5 del contrato suscrito con MORGAN GRENFELL establecen que la demandante se comprometía a apoyar al Comité Especial en el desarrollo de las Bases, Anexos y Contrato para la licitación internacional. A su vez, el Plan de Trabajo presentado por la demandante que, como anexo 6 formó parte integrante del contrato bajo análisis, reconoce expresamente que la necesidad de transparencia del proceso hacía recomendable que los inversionistas entreguen sus propuestas utilizando la metodología de dos sobres, incluyendo una Propuesta Técnica y una Propuesta Económica, para luego afirmar en el punto E.14 de dicho Plan de Trabajo, referente al proceso de adjudicación que después del análisis de la propuesta técnica se abrirá la propuesta económica y se sumarán los puntos de acuerdo al sistema de puntaje establecido en el Pliego. Lo expuesto demuestra que la demandante sólo entendía que el éxito de la adjudicación se presentaba como resultado del proceso de adjudicación, el cual involucraba la presentación de una propuesta técnica primero, y luego la presentación de una propuesta económica. Dado que la elaboración de los conceptos como propuesta económica válida y como propuesta técnica válida son producto de la directa intervención de la demandante, ésta no puede desconocer en la etapa de ejecución del Contrato de Servicios los conceptos y alcances que tienen los mismos.

Reafirma que la interpretación sistemática del Contrato de Servicios de fecha 8 de Abril de 1998 demuestra que no se puede interpretar las cláusulas del mismo por separado y segmentar conceptos aplicando un criterio de interpretación literal, de tal manera que utilizando la estructura semántica de una frase " propuesta económica válida", se intenta dejar sin efecto los alcances generales que fija la cláusula décimo segunda del contrato, llegando al extremo de pretender primero la inaplicabilidad de las Bases del Concurso de Méritos al proceso interpretativo; y luego, en la demanda arbitral interpuesta pretender que el numeral 7.7.1 de las Bases del Concurso es inaplicable, constituyendo sólo un elemento de soporte para la interpretación del Contrato de Servicios.



Además, en la doctrina administrativa las manifestaciones de voluntad del Estado mediante las cuales se establecen las condiciones de su oferta, se consideran como pliego de condiciones o bases, cuyo contenido debe ser siempre tomado en consideración para la interpretación del contrato. Por consiguiente, el contrato debe, en todo momento, interpretarse en atención a las Bases del mismo, por contener éstas la voluntad del Estado y ser la invitación a ofrecer que da origen a todo el proceso de contratación. No es posible considerar el texto del contrato en forma independiente, pues la voluntad estatal es una sola que se plasma en el transcurso de todo el proceso de selección. Así, habiendo tomado en cuenta lo expuesto en las Bases y en los demás documentos brindados oportunamente por CORPAC a los postores, la demandante remite al Comité Especial la carta de fecha 19 de Marzo de 1998 mediante la cual señala expresamente que se sometía irrevocablemente a todos y cada uno de los términos y condiciones establecidos en las Bases del Concurso y demás documentos.

Sostiene finalmente que MORGAN GRENFELL señala incorrectamente que en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se pone ningún condicionamiento entre la propuesta económica y la propuesta técnica, citando para ello el artículo 65 del mismo, precisando que, si bien dicho Reglamento no es aplicable a los procesos de privatización llevados adelante por PROINVERSION, resulta siendo falsa tal cita efectuada por la demandante, pues el Reglamento citado, en su artículo 67, numeral 1, cuarto párrafo, establece expresamente que para acceder a la evaluación de la propuesta económica, la Entidad determinará en las Bases el puntaje mínimo que se deberá alcanzar y que las propuestas técnicas que no alcanzaran dicho puntaje serían descalificadas en esa etapa.

Ofrece como medios probatorios los documentos que indica en el primer otrosí de su escrito de contestación a la demanda y cita los fundamentos de derecho en que sustenta su posición.

No obstante no haber sido demandado expresamente en este proceso, se apersona también al mismo el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros encargado de la Agencia de Promoción de la Inversión – PROINVERSION-, con su escrito de fecha 24 de Febrero del 2003, negando y contradiciendo la demanda, citando los mismos fundamentos señalados por PROINVERSION al contestar la demanda y ofrece las mismas pruebas.

III.- AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y SANEAMIENTO PROBATORIO.-

La Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio se realizó el 21 de Abril del 2003, con la concurrencia ante el Tribunal Arbitral de los representantes de las partes y sus abogados, contando con la presencia del representante del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros encargado de la Agencia de Promoción de la Inversión – PROINVERSION-.
Invitadas a conciliar, las partes manifestaron que de momento no era posible conciliar, procediéndose a fijar los siguientes puntos controvertidos:

1°.- Determinar si se cumplieron los requisitos pactados a fin de que proceda el pago del honorario de éxito a favor del Banco de Inversión demandante.

Para este efecto se determinará:

- a) Si existieron cuando menos dos propuestas económicas válidas; y,
- b) Si la propuesta económica válida implica la existencia de una propuesta técnica válida.

2°.- Determinar, si corresponde el pago de intereses legales que se derivarían de la falta de pago del honorario de éxito y, de ser el caso, la fecha desde la cuál se devengarían tales intereses.

3°.- Determinar el pago de costas y costos.

En la misma audiencia el Tribunal resolvió la oposición formulada por CORPAC a la exhibición ofrecida por MORGAN GRENFELL, admitiendo el medio probatorio de exhibición a que se refiere el punto 3-C de los medios probatorios de la demanda con las precisiones que puntualiza.

Luego el Tribunal se pronunció sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, admitiendo todos los detallados en el Acta, constituidos por pruebas instrumentales ofrecidas por la parte demandante y demandada; y no habiendo pruebas que requieran actuación, señaló el 19 de Mayo del 2003 para la Audiencia de Informes Orales, citando a las partes que se encontraban presentes, la que se llevó a cabo con la concurrencia de los representantes de las partes y sus abogados, acordando la presentación de los alegatos escritos dentro de los tres días siguientes a dicha audiencia. Este Tribunal, de manera excepcional, encuentra necesario expresar en este laudo la calidad jurídica y expositiva de los informes orales.

MORGAN GRENFELL formuló sus alegatos con su escrito sin número de fecha 22 de Mayo del 2003; CORPAC formuló sus alegatos con su escrito N° 7 de fecha 22 de Mayo del 2003; y PROINVERSION formuló sus alegatos con su escrito N° 11 de fecha 20 de Mayo del 2003.

Por Resolución N° 25 se pidieron los autos para laudar.

Que, para laudar el Tribunal considera innecesaria la apertura de los sobres N° 3 cerrados, objeto de la exhibición a que se refiere la resolución N° 20.

Que por tanto debe proceder este Tribunal a emitir laudo dentro del plazo previsto en las reglas del proceso y fijado en la misma Resolución, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que este Tribunal entiende que, a efectos de solucionar el conflicto suscitado entre las partes, debe interpretar el Contrato de Servicios para la Contratación de un Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos encargado de la Promoción de la Inversión Privada en los Aeropuertos, del 08.04.98, de acuerdo a los criterios establecidos en el Código Civil, es decir, de acuerdo a las reglas de interpretación de la común intención de las partes y lo que se haya expresado en el acto jurídico (arts. 1362 y 168 C.C.), al principio de buena fe (arts. 1362 y 168 C.C); a la interpretación sistemática (art. 169 C.C.) y a la finalista (art. 170 C.C.). Para estos fines, pero de manera no excluyente, el Tribunal Arbitral tiene presentes, fundamentalmente, las estipulaciones que se relacionan en los Considerandos siguientes.

SEGUNDO: Que, atendiendo al criterio de interpretación sistemática, para la correcta interpretación del numeral 4.2 de la cláusula cuarta del Contrato de Servicios, deben considerarse las demás estipulaciones que constan en los numerales que lo integran, incluyendo lo que corresponde a las Bases del Concurso. Ello se corrobora con el numeral 4.1 de la cláusula cuarta del referido contrato, conforme al cual por la prestación de los servicios, el honorario que abonará CORPAC tiene que aplicarse de acuerdo a lo establecido en el numeral 7.7 de las Bases.

TERCERO: Que, no puede así afirmarse que para el pago del honorario de éxito, cuando se alude al requisito de que deba presentarse dos propuestas económicas válidas, se excluye la evaluación de las propuestas técnicas presentadas por los postores, debiendo además tenerse presente que la demandante intervino también en la preparación de las Bases de la Licitación; y que, en su oportunidad, la demandante remitió al Comité Especial la carta de fecha 19 de Marzo de 1998 mediante la cual señaló expresamente que se sometía irrevocablemente a todos y cada uno de los términos y condiciones establecidos en las Bases del Concurso y demás documentos.

CUARTO: El numeral 4.2 de la cláusula cuarta del Contrato de Servicios para la Contratación de un Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos encargado de la Promoción de la Inversión Privada en los Aeropuertos, del 08.04.98, establece que:

"El Honorario por Éxito será una retribución económica por el éxito alcanzado, al obtener en el Concurso un mínimo de dos propuestas económicas válidas, y será la suma fija, contenida en la propuesta económica".

De este enunciado el Tribunal colige que el concepto de éxito contractual (que es el éxito considerado por las partes) se alcanza (o sea, se consigue o logra) si hubiera habido por los menos dos ofertas económicas válidas, lo que no sucedió en el caso bajo examen, tal como "oferta económica" es calificada contractualmente en el contexto que se expresa en los Considerandos siguientes. El Tribunal ha considerado que si bien existe un conjunto de documentos y que podría existir cierta jerarquía entre ellos, no puede ésta postularse para la cuestión del honorario de éxito, para lo cual los documentos deben interpretarse de manera que pueda

descubrirse en ellos la voluntad y común intención que los inspira y, por ende, mientras no existan contradicciones u oposiciones ostensibles deben interpretarse en su conjunto, como que se complementan y se entienden recíprocamente pese a diferencias textuales. La cláusula glosada hace depender el "éxito alcanzado" de la participación en el Concurso de dos ofertas económicas. Por concurso, considera el Tribunal, no ha de entenderse tan sólo el factor económico o lo que el Estado obtendría por rendimiento para él, sino que también la posibilidad de competir por una mejor calificación técnica (servicios propios de un aeropuerto a sus distintos usuarios o prestaciones no económicas). El hecho no cuestionado de que la demandante propiciara y lograra un éxito en la participación de varios interesados, no significa que, a la postre, todos ellos efectivamente llegaran a estar en posibilidad, según los requisitos de las bases, de poder pasar a la fase de concursar en lo económico.

QUINTO: El numeral 7.7.1 de las Bases del Concurso de Méritos de Selección del Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos, de febrero de 1998, modificado por la Circular No. 03-98, del 19.03.98, prescribe que el honorario de éxito:

"será propuesto por la firma invitada, y será exigible si y solo si la licitación internacional de los Aeropuertos cuenta con dos propuestas, como mínimo, que cumplan con los requerimientos técnicos establecidos así como con sus respectivas propuestas económicas conformes".

El Tribunal encuentra que la voluntad expresada de las partes quiso ser reforzada de manera especial, al manifestar "si y sólo si" hubiera al menos dos sujetos proponentes que cumplieran requisitos que eran conjuntos, pues de otro modo no se entenderían las expresiones "así como".

SEXTO: El tercer párrafo del numeral 6.6.2.3 de las Bases Consolidadas de la Licitación Pública Especial Internacional para la Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, de agosto de 2000, precisa que:

"El incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos descalificará al Postor y, por consiguiente, su sobre No. 3 (Oferta Económica) no será abierto".

Asimismo, el numeral 7.2.6 de las bases de la licitación, prescribe que:

"las Propuestas Técnicas que en alguno de sus rubros no superen los puntajes mínimos que a continuación se detallan quedarán también descalificadas sin posibilidad de ser evaluadas en su contenido económico".

Por otro lado, el numeral 8.1.3 de las bases de la licitación regula que:

"Si alguna de las Ofertas Económicas, contenidas en los Sobres No. 3 de los Postores Aptos no cumpliera con los requisitos establecidos por estas Bases, no será considerada por el Comité como una Oferta Económica válida".

SETIMO: Durante la etapa de preguntas y respuestas del concurso de méritos, a través de la Circular No. 02-98, del 19.03.98, el Comité Especial aclaró algunas dudas. Es importante resaltar aquella establecida en el numeral 6, en el que se detalla lo siguiente:

"Respecto a la sección 7.7.1 que señala que el Honorario de Éxito sólo se aplica si la licitación de la concesión cuenta con dos propuestas válidas. El borrador del contrato es más claro en señalar que el Honorario de Éxito se pagará mientras se firme el respectivo contrato de concesión. ¿Sería posible aclarar qué sucederá respecto a tal Honorario de Éxito si, pese a tener una sola propuesta válida, el Comité no ejerce su facultad de declarar desierta la licitación y asigna la concesión a un postor único?"

Respuesta:

Bajo este escenario y lo estipulado en 7.7.1 no se pagará al Banco de Inversión ningún honorario por éxito".

El Tribunal advierte, entonces, que quedó entendido que de haber un postor único que superara los requisitos establecidos, no se pagaría honorario de éxito, porque sólo hubo una propuesta válida.

OCTAVO: Interpretando sistemáticamente estas disposiciones entre sí y ellas en el marco de los documentos a que pertenecen, este Tribunal entiende que el derecho a cobrar el honorario de éxito surge en el plano contractual (no en el del resultado meramente económico) con la presentación de, al menos, dos propuestas económicas válidas y, para que éstas sean calificadas como tales (válidas), necesariamente las propuestas técnicas que las preceden deben haber sido también declaradas válidas. Aceptar que la validez de las propuestas económicas es independiente de la validez de las propuestas técnicas, implica escindir en dos lo que es una sola exigencia (oferta económica dependiente y precedida de la observancia de requisitos técnicos válidos), o sea el procedimiento mismo de las Bases de Licitación. Lo cual tiene lógica, pues resultaría sin sentido que pudiera postular quien, ofreciendo mucho en lo económico, no tuviera las calificaciones técnicas requeridas y evaluadas por el Comité Especial según las bases respectivas. El Tribunal encuentra, además, que el propósito de la licitación no era exclusivamente lograr un buen resultado económico (lo que no ha sido contradicho en el proceso) sino que a ello se aunara una calificación técnica, en este caso dependiente exclusivamente de las calidades de los proponentes y de su evaluación por el calificador, de suerte que no hay autonomía entre lo económico y lo técnico, ni prevalencia de un criterio sobre el otro.

NOVENO: Refuerza esta interpretación, el numeral 7.7.1 de las Bases del Concurso de Méritos de Selección del Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos, de febrero de 1998, modificado por la Circular No. 03-98, el que, al utilizar la expresión "*así como con sus respectivas propuestas económicas conformes*", (la expresión "respectivas" resaltada por el Tribunal) denota dependencia o relación entre lo técnico y lo económico, no pudiéndose entender

como válida la propuesta económica sin que, previamente, sea calificada como válida la propuesta técnica.

DECIMO: Este Tribunal considera que, si bien la demandante realizó un trabajo eficiente, eficaz e incluso económicamente exitoso, ello no califica dentro del concepto contractual de "éxito", el cual no debe ser entendido como el mero resultado económico, que viene a ser un criterio subjetivo en función de circunstancias coyunturales, sino tal como lo establece el numeral 4.2 de la cláusula cuarta del Contrato de Servicios para la Contratación de un Banco de Inversión para el Comité Especial de Aeropuertos encargado de la Promoción de la Inversión Privada en los Aeropuertos, vale decir, como la concurrencia de al menos dos propuestas económicas válidas según las bases, que obedece a criterios estrictamente objetivos, los cuales quedaron en función a actos de terceros, esto es a la decisión del Comité Especial y a la participación de los concursantes (sus calificaciones técnicas, propuestas, etc.) ajenas a la demandante. En definitiva, que el "éxito" contractual no dependía solamente de la actividad de la demandante (que en sus funciones de promover la inversión pudo ser exitosa) sino que quedó en cierto modo supeditado a actos o circunstancias de los concursantes y por ello no dependientes de la calidad de los servicios de la demandante.

DECIMO PRIMERO: A juicio del Tribunal resultan inaplicables, para este caso, las adscripciones de las partes al cumplimiento de los requisitos como si fueran condiciones del acto jurídico o condiciones para el pago. En ningún caso se trata de condición propiamente dicha. Y, en especial no es de aplicación el art. 172 del Código Civil, invocado por la demandante al sostener que la calificación de las propuestas, al depender "de la voluntad y arbitrio del Comité Especial" configuraría una condición potestativa, porque el "deudor" es CORPAC y no el Comité Especial. No hay tal. La condición potestativa es la completamente ajena a criterios heterónomos y, en este sentido, circunscrita exclusivamente al criterio privativo y del todo autónomo o discrecional del deudor y sin necesidad de justificación, lo que no ocurre en este caso, en el que por tratarse de un concurso sujeto a criterios objetivos y a calificaciones (que podrían haber sido objetadas por el o los demás concursantes, pero no lo fueron), así como a requisitos formales (por lo cual fue descalificado un concursante) no depende única y exclusivamente de la voluntad del deudor, si el Comité Especial lo hubiera sido.

DECIMO SEGUNDO: Atendiendo a que el conflicto suscitado surgió debido a un problema interpretativo del contrato suscrito entre las partes, este Tribunal estima que ambas partes procesales han tenido motivo suficiente para recurrir al proceso arbitral, en defensa cada una de sus intereses, por lo que no cabe la condena de costos y costas en contra de cada una de ellas, debiendo cada una soportar las que hubiera tenido que sufragar con ocasión de este proceso.

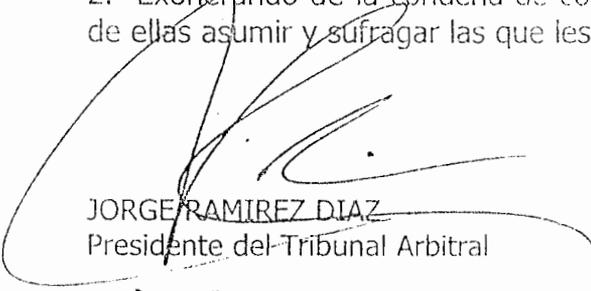
De acuerdo a lo expuesto, de conformidad con los artículos citados del Código Civil y del artículo 34 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, y atendiendo a la jurisdicción arbitral reconocida en el inciso primero del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y al hecho

de que las partes han sometido la solución de su conflicto de intereses a este Tribunal,

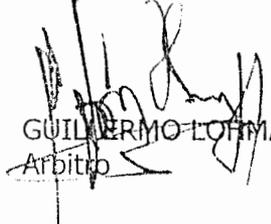
LAUDAMOS:

1.- Declarando INFUNDADA la demanda de MORGAN GRENFELL contra CORPAC y PROINVERSION.

2.- Exonerando de la condena de costos y costas a las partes, debiendo cada una de ellas asumir y sufragar las que les corresponda en este proceso.



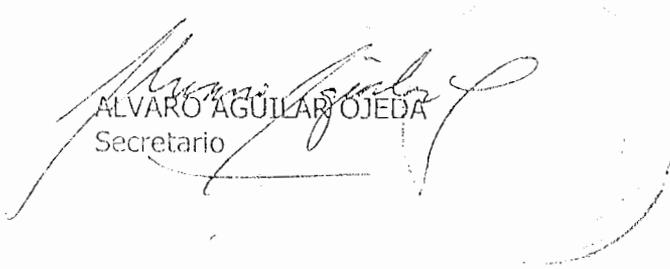
JORGE RAMIREZ DIAZ
Presidente del Tribunal Arbitral



GUILBERMO LOTMANN LUCA DE TENA
Arbitro



JUAN ESPINOZA ESPINOZA
Arbitro



ALVARO AGUILAR OJEDA
Secretario