**INFORME TECNICO LEGAL SICRECI.**

1. **CONTRATO DE CONCESIÓN, 13 ADENDAS Y INCREMENTO DEL COSTO DEL PROYECTO**
2. Con fecha 9 de diciembre de 2010 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para la Irrigación de las Pampas de Siguas (el “Contrato”), entre el Estado de la República del Perú (el “Concedente”), representado por el Gobierno Regional de Arequipa y de otra parte la Concesionaria Angostura Siguas S.A. (el “Concesionario”).

Este contrato fue el resultado de una licitación internacional, que la ganó el Concesionario requiriendo un cofinanciamiento del Estado Peruano de US$ 207´668,694.00, (US$ 207.7 millones) de un Monto Referencial de la Inversión (RPI) de US$ 424´945,639.00 millones. (US$ 424.9 millones) (costo del proyecto)

1. En la misma fecha, además, las partes firmaron la Adenda 1.
2. Posteriormente, se suscribieron las siguientes adendas:
3. Adenda 2, el 6 de junio de 2011;
4. Adenda 3, el 7 de diciembre de 2011;
5. Adenda 4, el 9 de marzo de 2012;

(iv) Adenda 5, el 28 de febrero de 2013;

(v) Adenda 6, el 6 de febrero de 2014;

(vi) Adenda 7, el 23 de julio de 2014;

(vii) Adenda 8, el 23 de setiembre de 2014;

(viii) Adenda 9, el 1 de diciembre de 2014;

(ix) Adenda 10, el 15 de enero de 2015;

(x) Adenda 11, el 13 de marzo de 2015;

(xi) Adenda 12, el 30 de abril del 2015, que aprueba el TUO del Contrato de Concesión, la misma que reajusta el **monto referencial de la inversión** a US$ 550´401,572.00 (US$ 550.4 millones) y también incrementa el monto de la Retribución Anual por Recuperación de Inversiones (RPI)” de US$ 26.195,898.96 (US$ 26.2 millones) a US$ 31,838,613.00 ( US$ 31.8 millones) y la Retribución Anual por Operación y Mantenimiento (RPMO) de US$ 4´880,349.32 (US$ 4.9 Millones) a US$ 6,500,000.00 ( US$ 6.5 millones) **, los cuales fueron factores de competencia.**

(xii) Adenda N° 13, el 12 de Julio del 2022 que incorporó el concepto **Monto Referencial de Inversión Integral** estableciendo que este asciende a US$ 655,069,836.00. (US$ 655 millones), los mismos que comprende el Monto Referencial de Inversión (RPI) (US$ 550.4 millones) más el Monto Referencial de Inversión Adicional (RIA) (US$ 104,668,226.00 (US$ 104.7 millones).

1. La concesión del Proyecto Majes Siguas II Etapa es una Asociación Público Privada “Cofinanciada”, en ese sentido el numeral 1.26 del TUO del Contrato define el Cofinanciamientocomo:

*“el monto requerido en su* ***“****Oferta Económica por el Adjudicatario ajustado a la Fecha de Reactivación, ascendente a* ***US$ 282,280,000.****00 (Doscientos Ochenta y Dos Millones Doscientos Ochenta Mil con 00/100 Dólares) incluido IGV,* ***que servirá para financiar*** *la elaboración de los Expedientes Técnicos, los Estudios de Impacto Ambiental y el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, así como* ***la construcción de las Obras Nuevas de la Primera Fase.*** *Asimismo, el Cofinanciamiento servirá para financiar el proceso de revisión y aprobación de los Expedientes Técnicos por parte del Supervisor.”* (Énfasis nuestro)

1. **DIFERENCIAS EN EL AVANCE FÍSICO Y FINANCIERO EN 13 AÑOS DE CONCESIÓN**
2. Transcurridos casi trece (13) años desde que las partes suscribimos el Contrato de Concesión, los resultados que se tienen son:
3. El Concedente ha desembolsado a favor del Concesionario la suma de US$ 162,84 millones, esto es el 57.69% del cofinanciamiento comprometido por el Estado. El gasto del Concesionario, según sus declaraciones, ha sido de US$ 106.77 millones. Por tanto, existe una diferencia entre lo recibido y lo gastado de US$ 56.07 millones, monto por el cual el Concesionario debe dar una explicación;
4. De los US$ 106.77 millones reportados como gasto por el Concesionario, encontramos que solo se ha utilizado en obra US$ 31.79 millones respecto a los US$ 282.28 millones del Cofinanciamiento comprometido por el Estado. Lo demás lo ha utilizado en movilizar la tuneladora US$ 36.69 millones y en campamentos y obras preliminares US$ 38.28 millones; y,
5. El avance en las Obras Principales (Presa Angostura y Derivación Angostura Colca) es mínimo y la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase es nula debido a que el Expediente Técnico N° 2 no está aprobado porque el Concesionario no absolvió las observaciones efectuadas por la Supervisión Especializada.
6. **CONCESIONARIO ACTIVA MECANISMO DE CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESION ACUSANDO A CONCEDENTE DE INCUMPLIMIENTOS**
7. A través de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 de fecha 22 de junio de 2023, el Concesionario invocó lo dispuesto en el apartado III.1 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato, exigiendo al Concedente, bajo apercibimiento de declarar la caducidad del Contrato de Concesión por causa imputable a este último, el cumplimiento de las obligaciones contractuales que seguidamente se detallan:

(i) Entrega del Control del Proyecto (terrenos) correspondientes a la Primera Fase y Segunda Fase, debidamente saneados.

(ii) Revisión y aprobación de valorizaciones asociadas a las Obras Nuevas ejecutadas correspondientes al periodo enero de 2018 a mayo de 2023 (Expedientes Técnicos N° 1AA, N° 1AB y N° 1B) requeridas para el pago del cofinanciamiento.

(iii) Contratación de un nuevo Supervisor, tras haberse resuelto el Contrato de Supervisión Especializada el 28 de diciembre de 2022.

(iv) Cumplimiento de compromisos y obligaciones sustanciales que impiden al Concesionario el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión:

- Inobservancia del procedimiento contractual para la aprobación del Expediente Técnico N° 2;

- No otorgamiento de la Garantía Soberana en respaldo del “RPI” y la “RIA”; y,

* Suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso; estas últimas condiciones requeridas para el logro del Cierre Financiero del proyecto de acuerdo con lo planteado por el Concesionario.

(v) Subsanación de otros incumplimientos que “en conjunto” constituyen causa de terminación del Contrato:

- Aprobación de la modificación de los Expedientes Técnicos N° 1AB y N° 1B para cambiar el método constructivo del túnel Pucará sin afectar costos ni plazos de ejecución;

- Actualización del EIA correspondiente a la Primera Fase;

- Ejecución de actividades necesarias para la construcción de obras para las defensas ribereñas en el camino a la Bocatoma.

- Ejecución de obras de protección de quebradas;

- Ejecución de trabajos del programa de puesta a punto de las obras existentes;

- Trámite del Primer Informe Técnico Sustentatorio para la Fase 2 ante SENACE, con el que se adapta el estudio de impacto ambiental al cambio tecnológico y optimizaciones de la Fase 2; y,

* Entrega de la póliza de seguros de obras civiles terminadas.

1. **CONCEDENTE RESPONDIÓ: NO EXISTEN INCUMPLIMIENTOS GRAVES QUE AMERITEN LA CULMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO.**
2. A través del Oficio N° 471-2023-GRA-GR de fecha 9 de agosto del 2023, (Oficio 471) el Concedente rechazó las imputaciones del Concesionario señalando la INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES que conduzcan inevitablemente a las Partes a la caducidad del Contrato de Concesión y propuso solucionar cualquier diferencia retomando el TRATO DIRECTO, explorando posibilidades para la continuidad de la relación contractual en los términos que sean necesarios para asegurar la ejecución del Proyecto Majes Siguas II en el marco de una asociación público privada.
3. **No existe incumplimiento en la Entrega del Control del Proyecto, debido a que:**

(i) El Concesionario hizo la entrega oportuna del 100% las áreas de la Primera Fase, Etapas I y II;

(ii) El Concedente culminó con el saneamiento legal de todos los predios que corresponden a la Primera Fase, Etapas I y II;

(iii) El Concesionario pudo ejecutar las Obras Iniciales y las Obras Nuevas de la Primera Fase, al haber contado con los terrenos entregados por el Concedente;

(iv) El Concesionario no ha podido obtener la aprobación del Expediente Técnico N° 2 de acuerdo con el procedimiento previsto en el TUO del Contrato y no ha llevado el diferendo de carácter técnico para que se dilucide mediante un Arbitraje de Conciencia; y,

(v) Al no haberse aprobado el Expediente Técnico N° 2 no se cuenta con las precisiones necesarias sobre las áreas que requiere el Concesionario para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase.

1. **No existe incumplimiento injustificado de las obligaciones de desembolso y/o pago previstas en la Cláusula 4, ya que:**
2. **No existe incumplimiento alguno en la revisión y aprobación de valorizaciones** de las Obras Nuevas ejecutadas en el periodo enero de 2018 a mayo de 2023, que hayan afectado de manera injustificada los recursos que se deben de desembolsar al Concesionario, es decir no existe incumplimiento injustificado de las obligaciones de desembolso y/o pago previstas en la Cláusula 4, a que se refiere la Cláusula 15.1 (III:1), (e) del Contrato[[1]](#footnote-1), por tanto, no configura causal de caducidad.
3. **Concedente cumplió con realizar todos los desembolsos de cofinanciamiento** tal como puede verificarse en los Informes sobre el Quinto y Sexto Desembolso de Cofinanciamiento y luego de suscrita la Adenda 13 el Concedente cumplió con realizar el quinto desembolso de cofinanciamiento por ***US S 48'733,982.13 incluido IGV, el 11 de agosto del 2022[[2]](#footnote-2), en cumplimiento de lo establecido al respecto en la Adenda 13.***
4. **El Informe de Sexto Desembolso, evidencia que el Concesionario no ha cumplido con ejecutar** el monto señalado anteriormente quedando un saldo no ejecutado en obras de US$ de 21´763,275.62 y por esa razón no corresponde entregar ningún monto en el sexto desembolso, lo que evidencia que contrariamente a lo que sostiene el Concesionario, este cuenta con recursos que no está usando en obra.
5. **ENTREGA DEL CONTROL PROYECTO**
6. **La Posición del Concesionario en la Carta MS2-GRA-CAS-358**

El Concesionario manifiesta que *“(…) el Concedente no ha cumplido con la entrega de la totalidad de las áreas requeridas para la ejecución del proyecto (…) conforme a lo acordado por las partes en el TUO”[[3]](#footnote-3)*, sosteniendo que *“(…) el Concedente ha incumplido con la Entrega del Control del Proyecto de la parte restante de la Primera Fase y de la Segunda Fase (Segunda Etapa) en tiempo y forma, según lo establecido en la Cláusula 3.1 del TUO (…)”[[4]](#footnote-4)*

De igual forma, declara que considerará cumplida la obligación del Concedente de Entrega del Control del Proyecto, si:

*“(i) Los terrenos entregados correspondan a la totalidad de los terrenos comprendidos en los Expedientes Técnicos (lo que ya se ha comprobado que no es así) y,*

*(ii) Los terrenos entregados se encuentren libres para la ocupación del Concesionario sin interferencias ni características o eventos que impidan el uso o disfrute de los terrenos por el Concesionario para que cumpla con las acciones que corresponden conforme al TUO, incluyendo el Aprovechamiento Económico al que tiene derecho el Concesionario siendo que las verificaciones realizadas por el Concesionario demuestran que no es así, como ya se le comunicó al Concedente (incluso antes de completar la verificación física de todos los terrenos) mediante Carta MS2-CAS-GRA-CAR-343, de 9 de mayo de 2023 con la que constan imágenes grabadas por un dron el día 2 de mayo anterior, así como las actas notariales y videos mandados con la carta MS2-CAS-GRA-CAR-352 de fecha 13 de junio 2023, en los que se constata, la ocupación de los distintos predios de la Primera y Segunda Fase.(…)*[[5]](#footnote-5)*”*

1. **La posición del Concesionario en la CARTA MS2-CAS-MEF-CAR-007**

**El Concesionario sostiene que a noviembre de año 2022 el Concedente no entregó todos terrenos correspondientes al Periodo Inicial.**

**En ese sentido en el segundo y tercer párrafo de la página 4 de su CARTA MS2-CAS-MEF-CAR-007** (C**arta 007), presentada al SICRECI en noviembre del año 2022 señalaba:**

*En un plazo de seis (6) meses, ampliable por única vez y de manera excepcional hasta por tres (3) meses, a contar desde la fecha de suscripción de la Adenda No. 13, el Concedente debe efectuar la Entrega de Control del Proyecto a la Concesionaria, quedando comprendidos en dicha entrega* ***"la parte******restante"****[[6]](#footnote-6)**de la Primera Fase y de las Obras de la Segunda Fase, con la excepción de los terrenos que serán inundados por el embalse Angostura.* ***Los demás terrenos****, correspondientes al* ***Periodo Inicial****, debían ser entregados por el Concedente a la Concesionaria conforme a lo establecido en la Cláusula 1.45 del TUO del Contrato; esto es, a más tardar, al término del* ***Periodo Inicial*** *(cláusula 3.4 de la Adenda No. 13, que modifica la cláusula 3.1, iii del TUO del Contrato)*

1. **Análisis**

La imputación del Concesionario de no entrega de todos **los terrenos para OBRAS INICIALES de la Primera Fase,** no tiene ningún asidero por cuanto dicha entrega se realizó mediante actas suscritas el día 2 de julio del año 2015 y el 9 de setiembre del 2016, las cuales demuestran que Concedente cumplió con su obligación de Entrega del Control del Proyecto para las Obras Iniciales de la Primera Fase, establecida en el numeral 8.1 del Anexo 17 del TUO del Contrato de Concesión.

Adicionalmente, la imputación que el Concedente no ha cumplido con la entrega de la totalidad de áreas requeridas para la ejecución del Proyecto, es decir, que sin esas áreas, sería imposible la ejecución de las obras nuevas del Proyecto, no tiene ningún sustento en la realidad, por cuanto las obras iniciales de la Primera Fase, consideradas en el Expediente Técnico 1 AA, ya están concluidas y debidamente pagadas, es decir se ha culminado las Obras Iniciales relacionadas con la Primera Fase del Proyecto en los plazos asociados a dichas obras, ya que la misma Concesionaria con Carta MS2-CAS-AUT-CAR-063 de fecha 18 de diciembre del 2017, reconoce que se han concluido las obras que corresponden al Periodo Inicial, al manifestar que:

"...*Como es de su conocimiento, en el mes de setiembre las obras correspondientes al Periodo Inicial se han concluido debidamente y valorizado por la Supervisión Especializada... Todos los trabajos correspondientes al Calendario de Obras de la Primera Fase de dicho periodo y a los desembolsos del cofinanciamiento han sido ejecutados a cabalidad”*

1. **Lo señalado, demuestra la poca seriedad del Concesionario al realizar sus imputaciones.**
2. De otro lado, el Concesionario se atribuye roles que no le corresponde, al unilateralmente pretender decidir cuándo considerar cumplida la obligación del Concedente de Entrega del Control del Proyecto, con posiciones segadas, sin respaldo contractual, tampoco en los antecedentes de lo actuado entre las Partes. Así en la Acta de Entrega Parcial de Terrenos e Inicio de las Obras Correspondientes a la Sección 1 AA del Expediente Técnico 1 A, es prueba de que si se puede realizar entrega parcial de los terrenos y en segundo lugar, de que cuando existe voluntad de las partes se pueden superar los pequeños problemas, sin recurrir a posiciones extremas y caprichosas que solo buscan dificultar la ejecución del proyecto, lo cual es totalmente contrario al espíritu de una Asociación publico privada.
3. Para mayor abundamiento, respecto a los antecedentes de lo actuado en cuanto a la Entrega del Control del Proyecto, mencionar que el numeral 12 de la Acta Entrega del Control del Proyecto del 02 de julio del 2015 señala:

*Las Partes dejan constancia que los demás terrenos requeridos para las Obras del Expediente Técnico 1 A, que no son materia de la presente acta* ***y los documentos requeridos serán entregados paulatina y parcialmente al CONCESIONARIO*** *dentro de los plazos establecidos. (énfasis agregado)*

1. De manera que lo que señala la Concesionaria de que “considerará cumplida la obligación del Concedente de Entrega del Control del Proyecto, si: “(i) Los terrenos entregados correspondan a la totalidad de los terrenos comprendidos en los Expedientes Técnicos” , como hemos señalado no solo no tiene sustento contractual, resulta en una posición extrema, que no busca dar solución a los pequeños inconvenientes que en la ejecución de obra, que siempre se presentan y que son superables, más aún cuando ellos no impiden la ejecución de las obras.
2. De otro lado, cabe señalar que los terrenos y las áreas requeridas, se verifican en los expedientes técnicos aprobados y no, en aquellos en los cuales no han sido aprobados. El Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado, por tanto, no es posible determinar cuáles son las áreas de terreno a entregar para la ejecución de las obras de la Segunda Fase.
3. En el caso de la Entrega del Control del Proyecto ¿Cómo entregar el Control del Proyecto de la Segunda Fase, si NO existe Expediente Técnico 2 aprobado?, es decir, si no se ha aprobado las áreas que va requerir el proyecto. La no aprobación de dicho expediente es responsabilidad directa del Concesionario, al no haber cumplido con levantar las observaciones realizadas por el Supervisor Especializado.
4. Las 13 adendas suscritas han distorsionado Contrato Concesión original y lo han adaptado para el litigio y para favorecer la ejecución del Proyecto, así por ejemplo, el periodo inicial establecido para desarrollarse en 12 meses calendario, ahora con la adenda 13 comprende desde la reactivación del proyecto (30 de abril del 2015) hasta el día siguiente de suscrita la adenda 13, ( 13 de julio del 2022) es decir, decir más de 7 años, pero ello no es inocuo, sino que a su vez ha distorsionado otros conceptos, como el **Plazo de Vigencia de la Concesión**, el mismo que importante para determinar por ejemplo “la culminación del segundo año del plazo de Vigencia de la Concesión” establecido en la cláusula 5.9.6 a) del TUO del Contrato, para la presentación del Programa Puesta a Punto, así se plantean las siguientes preguntas si el Contrato se suscribió el 9 diciembre del 2010, ¿la culminación del segundo año de vigencia de la concesión culminó en diciembre del año 2012?, pero aun si consideramos como referencia la fecha de reactivación del Contrato (30 abril del 2015) ¿la culminación del segundo año de vigencia de la Concesión culmino en abril del año 2017?. La determinación de plazo cierto, se presta a interpretaciones unilaterales y para tener pretextos para señalar incumplimientos y no centrarse en la ejecución de la obra.
5. En ese marco la **Concesionaria distorsiona lo establecido en el TUO del Contrato y la Adenda 13**

**Para entender como la Concesionaria distorsiona lo que establece el TUO del Contrato y la Adenda 13, y juega con los términos para confundir y para atribuir falsamente incumplimientos al Concedente, presentamos el siguiente esquema:**

***Contrato de Concesión***

Imagen que contiene Diagrama

Descripción generada automáticamente

1. En el esquema se puede distinguir que existen dos **Fases Constructivas**: **la Primera Fase** se realizan con recursos de cofinanciamiento del estado (US$ 282.3 Millones), y la **Segunda Fase** con recursos que debe de obtener el Concesionario mediante el Cierre Financiero.
2. A la **Primera Fase** le corresponde el Expediente Técnico N° 1 (ET 1), el cual ha sido dividido en los Expedientes (1AA – 1AB) y en 1B. Los expedientes 1 AA y 1AB, corresponden a LAS **OBRAS INICIALES** de **la Primera Fase**, en cambio el expediente 1B, corresponde a las **OBRAS RESTANTES de la Primera Fase**.
3. En cuanto a **la Entrega del Control del Proyecto** existen dos Etapas: **La Primera Etapa** se entregan los terrenos para las **OBRAS INICIALES de la Primera Fase**, lo cual ocurrió en setiembre del año 2016. La Segunda Etapa de la entrega del Control del Proyecto, se realizó entre el 10 al 12 de abril del año 2023 y ahí se entregaron los terrenos para la construcción de la **OBRAS RESTANTES de la Primera Fase** (Expediente Técnico 1B) y también los terrenos necesarios para la Construcción de la **Segunda Fase; cabe indicar que** los **terrenos del área inundable** se entregan a los 21 meses de la firma de la adenda 13, es decir en el año 2024.
4. De otro lado, el TUO del Contrato diferencia tres (3) Periodos Constructivos: (I) Periodo Inicial que va desde 30 abril del 2015 al 13 de julio del 2022 (II) Periodo Constructivo Principal que se inicia el 14 de julio del 2022 y culmina antes del (III) Periodo de Operación.

**Primera Etapa De La Entrega Control Proyecto**

1. **La** entrega **de los terrenos para la realización de las obras donde se ejecutarán las Obras Iniciales de la Primera Fase, se realizó el mes de julio del año 2015 y en setiembre del año 21016, la entrega quedo registrada en las actas respectivas.**

**Acta del 02 julio del 2015**

1. Mediante Acta de Entrega Parcial de terrenos e Inicio de las obras correspondientes a la sección 1 AA del Expediente Técnico 1A suscrito el 02 de julio del año 2015, las Partes acuerdan dar inicio a las obras correspondientes a la sección 1AA, del expediente 1A “ *dejando constancia de que la entrega completa de los terrenos y botaderos requeridos para el resto de las Obras, tanto de la Sección 1AA del Expediente Técnico 1A, como del resto del Expediente Técnico 1A, como el resto del Expediente Técnico 1A, se completaran dentro del plazo prorrogado …” [[7]](#footnote-7)*

**Acta: Entrega del Control del Proyecto- Primera Etapa Obras Iniciales Primera Fase (9 setiembre de 2016)**

1. Efectivamente con fecha 9 de setiembre del año 2016 dentro del plazo prorrogado se suscribió el Acta de Entrega del Control del Proyecto- Primera Etapa Obras Iniciales Primera Fase:

En el numeral 6 de dicha acta se establece que:

*Las Partes declaran que a excepción de la aprobación de la Sección 1 AB del Expediente Técnico 1 A,* ***el Concedente ha cumplido con las condiciones para la Entrega de Control del Proyecto de las Obras Iniciales de la Primera Fase, complementando el Acta de Entrega Parcial de Terrenos e Inicio de Obras de fecha 02 de julio de 2015*** *y de conformidad con el Acuerdo Marco de fecha 22 de marzo de 2016, mediante los siguientes documentos, que hace entrega en la fecha, de conformidad al numeral 3 del Anexo 17A del TUO del Contrato de Concesión (énfasis agregado)*

En este numeral se detallan los terrenos y la documentación con la que se entrega cada terreno tanto en el anexo de Pusa Pusa como en Tarucamarca.

1. *Documentación relacionada a los terrenos: puesta a disposición de terrenos y canteras involucrados en las obras*

***Anexo de Pusa Pusa:***

* *Parcela 5: partida 04005029 inscrita a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00003)*
* *Parcela 6: partida 04005020 inscrita a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00003)*
* *Parcela 7: Contrato de arrendamiento de fecha 29 de abril de 2016*
* *Parcela 8: partida 04004995 inscrita a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00002)*
* *Parcela 9: partida 04004978 a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00004)*
* *Parcela 10: partida 04005018, anotación preventiva de conformidad con el DL 1192 (Rubro: Gravámenes y Cargas, Asiento D00003). Contrato de Promesa de Compra Venta de fecha 14 de enero de 2016.*
* *Parcela 11: partida 04005076 a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00002)*
* *Parcela 12: partida 04004978 a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00003)*
* *Parcela 13: partida 04004973 a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00003)*
* *Parcela 27: partida 04005099 a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00002)*
* *Parcela 30: partida 04022367 a nombre del Proyecto Especial Majes Siguas - Autoridad Autónoma de Majes (Rubro: Títulos de Dominio, Asiento C00004)*

***Anexo de Tarucamarca:***

* *Convenio de Cooperación entre el Proyecto Especial Majes Siguas - AUTODEMA y la Cooperativa de Usuarios Veinticuatro de Junio Limitada Nro. 02 de fecha 19 de mayo de 2015.*
* *Adenda al Convenio de Cooperación entre el Proyecto Especial Majes Siguas - AUTODEMA y la Cooperativa de Usuarios Veinticuatro de Junio Limitada Nro. 02 de fecha 26 de mayo de 2016.*
* *Hacienda Chacco Chacco: Contrato de Transferencia de Posesión suscrito en agosto de 2016*
* *Predio Larahuito Anda mayo {02): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Huallataje {03): Acta de acuerdos de fecha 02 de mayo de 2016 y Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Seccohuancaña {04): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016 y acta de acuerdos de fecha 02 de agosto de 2016*
* *Predio Ursa (O5): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Ccaquincolla (06): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Chahuarilla (07): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Taquería (08): Convenio de Cooperación de fecha 22 de diciembre de 2014 y Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Ajanani (09): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Huaruma Laymiña (parte sur del predio 10): 02 Actas de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Pucaramayo (parte norte de predio 10): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Huaruma (parte centro del predio 10): (pendiente)*
* *Predio Etita (11): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* *Predio Condoraje (12): Acta de entendimiento de fecha 26 de mayo de 2016*
* ***Plano de ubicación de áreas entregadas*** Plano de ubicación y perimétrico de las áreas materia de la Entrega de Control del Proyecto (1,323 .9135 Ha).

1. Adicionalmente en dicho numeral se da cuenta de la documentación económica que acredita la disponibilidad de los fondos iniciales depositados en el Fideicomiso, la documentación relativa al Estudio de Impacto Ambiental, es decir las autorizaciones ambientales; la documentación relativa a Certificaciones Arqueológicas: obtención de certificados de inexistencia de restos arqueológicos (CIRAS), asimismo, se entrega la documentación relativa a la aprobación de los expedientes técnicos por parte del Supervisor.
2. Las actas suscritas el día 2 de julio del año 2015 y el 9 de setiembre del 2016 demuestran que Concedente cumplió con su obligación de Entrega del Control del Proyecto para las Obras Iniciales de la Primera Fase, establecida en el numeral 8.1 del Anexo 17 del TUO del Contrato de Concesión.
3. La Concesionaria no puede alegar que no se hizo la Entrega del Control del Proyecto, y mucho menos señalar que está imposibilitado para la ejecución de las Obras Iniciales relacionadas con la Primera Fase del Proyecto y los plazos asociados a dichas obras, ya que la misma Concesionaria con Carta MS2-CAS-AUT-CAR-063 de fecha 18 de diciembre del 2017, reconoce que se han concluido las obras que corresponden al Periodo Inicial, al manifestar que "...Como es de su conocimiento, en el mes de setiembre las Obras correspondientes al Periodo inicial se han concluido debidamente y valorizado por la Supervisión Especializada... Todos los trabajos correspondientes al Calendario de Obras de la Primera Fase de dicho periodo y a los desembolsos del cofinanciamiento han sido ejecutados a cabalidad”, este documento constituye una prueba que la Concesionaria no solo contó con los terrenos requeridos, sino que incluso en ellos ejecutó las obras programadas
4. En ese sentido, se precisa que los terrenos comprometidos para las Obras Iniciales de la Primera Fase señalados por la Concesionaria y que alegan un presunto incumplimiento del Concedente, son los que se encuentran ubicados en el Anexo de Tarucamarca, Anexo de Pusa Pusa y de las Parcelas de Chaco Chaco y Huaruma; y cuyo detalle se encuentra descrito en el numeral 6 del **Acta de la Entrega del Control del Proyecto de fecha 09 de setiembre del 2016,** pero la propia Concesionaria recibe estos terrenos y la suscribe en señal de conformidad, reconociendo que *“(…) el Concedente ha cumplido con las condiciones para la entrega del control del proyecto de las obras iniciales de la primera fase, complementando el Acta de la Entrega Parcial de Terrenos e Inicio de Obras de la fecha del 02 de julio del 2015 (…)”*

**Segunda Etapa Entrega del Control del Proyecto**

1. El Concedente cumplió dentro del plazo con realizar la entrega de la segunda etapa del Control del Proyecto a que se refiere la Cláusula 3.1 iii, modificada mediante el numeral 3.4 de la Adenda N° 13 al Contrato de Concesión, que señala:

*“El Concedente efectuará la Entrega de Control del Proyecto, comprendido por los terrenos correspondientes a la parte restante de la Primera Fase y de las Obras de la Segunda Fase, con excepción de la entrega de los terrenos que serán inundados por el embalse Angostura, así como los restantes bienes de la Concesión, dentro de los seis (6) meses contados desde la fecha de suscripción de la Adenda 13 al TUO del Contrato.* ***De manera excepcional y por única vez se ampliará el plazo hasta por tres (3) meses” (****negrita agregada).*

1. En concordancia con lo anterior, el Anexo 21 del Contrato de Concesión, incorporado con la Adenda 13, establece que la Entrega del Control de Proyecto, se realiza “dentro de los seis (6) meses de suscrita la Adenda 13 al TUO del Contrato, ampliables a tres meses adicionales”.
2. Es decir que, el plazo máximo para realizar la entrega de la segunda etapa del Control del Proyecto venció el 12 de abril del 2023 y dentro de ese plazo, mediante los Oficios N° 428; 429; 435; 436-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE del 10 de abril del 2023 y Oficio 439-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE del 11 de abril del 2023, el Concedente cumplió con entregar al Concesionario la documentación técnica y legal que sustenta su posesión de los terrenos donde se realizaran Obras Nuevas, adjuntando la partidas registrales de cada uno de los terrenos involucrados, los mismos que se encuentran a nombre de AUTODEMA, cumpliendo así estrictamente con lo que establece la cláusula 1.45 del TUO del Contrato de Concesión:

**1.45 “Entrega del Control del Proyecto”: significará el procedimiento de entrega al Concesionario de los terrenos donde se realizarán las Obras Nuevas y actividades auxiliares (según lo señalado en el Anexo 1 del** TUO del **Contrato), así como la documentación técnica y legal que sustente la posesión y acciones del Concesionario en el ámbito del Proyecto, tal como está establecido en el** TUO del **Contrato de Concesión, y sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 5.2.** *(...) (*subrayado y énfasis agregado)

1. Como señala el texto citado, la entrega del Control del Proyecto significa la entrega al Concesionario de los terrenos donde se realizará Obras Nuevas y actividades auxiliares
2. Cabe indicar que, debido a la distancia de los terrenos comprendidos en la parte restante de la Primera Fase, en relación a las Obras Nuevas de la Segunda Fase, el **Concedente consideró conveniente que la entrega física de Control del Proyecto, conforme lo establece la cláusula 1.45 del TUO del Contrato de Concesión, no podía ser efectuada el mismo día.**
3. En razón a ello a través del Oficio 435 -2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE del 10 de abril del 2023 se convocó a la Concesionaria a la verificación del acceso a la Bocatoma de Lluclla, para el día martes 11 de abril a las 15 horas en el sector Lluclla Alto y con el Oficio 436 -2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE del 10 de abril del 2023, se convocó a la Concesionaria para la entrega de las áreas de los terrenos donde se realizarán las obras Nuevas y actividades Auxiliares de la Segunda Fase, para el día martes 11 de abril a las 10:00 horas, en la Caseta de ingreso a las Pampas de Siguas, es más, mediante oficio N° 438- 2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE del 10 de abril del 2023, reiteró la citación realizada a través de los Oficios 435 y 436-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE del 10 de abril del 2023, en muestra de buena fe contractual, citaciones a las cuales la Concesionaria incumplió con presentarse.
4. En consecuencia, en atención estricta y textual a lo indicado en la Cláusula 1.45 del TUO del Contrato de Concesión, **el Concedente cumplió con entregar al Concesionario los demás terrenos correspondientes a la parte restante de la Primera Fase y de las Obras de la Segunda Fase,** para lo cual citó al Concesionario los días 11 y 12 de abril de 2023 (antes del vencimiento), pero que por la inasistencia de la Concesionaria no pudo concretarse, por cuanto la causa de tal situación es atribuible totalmente al Concesionario.
5. Cabe señalar que en las partidas registrales de cada uno de los terrenos entregados a la Concesionaria, se verifica que sobre ellos no pesa, carga, gravamen, medida judicial o acto alguno que pudiera afectar o impedir la ejecución de las obras; asimismo, en las fechas de entrega, los terrenos estaban a plena disposición del Concesionario, para su uso y disfrute, por cuanto se encontraban desocupados, tal como consta en las actas de constatación realizadas por el notario Javier Orlando Martin Rosas Silva, notario de la Provincia de Caylloma y por el Juez de Paz de Santa Isabel de Siguas, Luis Cuba Rossell.
6. Lo señalado en el párrafo anterior da cuenta del estricto cumplimiento de lo que dispone la Cláusula 10.1.3 del TUO del Contrato que señala que: *“Los Bienes de la Concesión, según corresponda, serán entregados al Concesionario en las oportunidades previstas en el Anexo 1, debidamente saneados,* ***sin que pesen sobre ellos, carga, gravamen, medida judicial o acto alguno que pudiera afectar o impedir la ejecución de las Obras****; y a plena disposición del Concesionario, para su uso y disfrute de acuerdo con lo establecido en el TUO del Contrato, habiendo cumplido con obtener una resolución firme en los procesos seguidos para efectos de la expropiación o la imposición de servidumbres necesarias, de conformidad con las Leyes Aplicables”* (énfasis agregado), en concordancia a lo establecido en la cláusula 2.3 del TUO del Contrato de Concesión.
7. Considerando los aspectos antes señalados, mediante el Oficio N° 461-2023-GRA/PEMS-GE-GDMSSIIE de fecha 14 de abril del año 2023, el Concedente acusó a la Concesionaria de incumplimiento en la recepción del Control del Proyecto y la citó para el día 17 de abril a las 9 horas a la sede del Gobierno Regional de Arequipa, para que cumpla con formalizar la Recepción del Control del Control del Proyecto, mediante la Acta correspondiente, citación a la cual nuevamente la Concesionaria no se presentó, incumpliendo el procedimiento a que se refiere en segundo párrafo de la Cláusula 1.45 que establece que “...*Al término de cada una de las etapas de la Entrega del Control del Proyecto, se suscribirán las Actas de Entrega del Control del Proyecto respectivas.*..”.
8. En resumen, de acuerdo a lo establecido en la parte final del segundo párrafo de la Cláusula 1.45 del TUO del Contrato de Concesión, el cumplimiento de esta obligación por parte del Concedente debió constar en las respectivas Actas de Entrega de Control del Proyecto, situación que no invalida la Entrega de Control del Proyecto efectuada por el Concedente, pero que esta formalidad no pudo concretarse por la inasistencia del Concesionario a las citaciones los días 11 y 12 de abril de 2023 en los sectores de Pampa de Siguas, Bocatoma Lluclla y Pusa Pusa; y a la citación para el día 17 de abril de 2023 en las oficinas del Gobierno Regional de Arequipa, exclusivamente para la suscripción del Acta correspondiente, quien se excusó en el volumen de documentación a revisar y aspectos de forma (sistema de coordenadas).

**Detalle De Los Terrenos Entregados**

1. Según lo vertido por el Concesionario en su Carta MS2-GRA-CAS-358, (Carta 358) el Concedente no habría puesto a su disposición las áreas que indicamos a continuación

|  |
| --- |
| **Áreas relacionadas con las Obras Nuevas de la Primera Fase** |
| Terreno boca del Túnel Trasandino |
| Terreno instalación torre repetidora de Andamayo y accesos |
| Terreno contiguo a la carretera Eje 8 y el DME3 (área 7) |
| Terreno instalación torre repetidora del Campamento Avanzada |
| Terreno plataforma de Chalhuanca |
| Totalidad del terreno carretera de acceso al Proyecto - Eje 8 |

**Terreno boca del túnel trasandino**

1. El Concesionario en la pág. 7 (en el apartado 1.1.1) de su Carta 358 señala *“Incumplimiento en la entrega del terreno que corresponde a la boca del túnel Trasandino con un total de 8.802 Ha”.*

Se trata de los predios Larahuito, Andamayo y el Predio Seccohuancaña, destinados del área para el desarrollo de la Ventana de Andamayo[[8]](#footnote-8) (Derivación Angostura Colca, Túnel Trasandino)[[9]](#footnote-9), que fue entregada oportunamente por el Concedente, lo que consta en el ACTA DE ENTREGA DEL CONTROL DEL PROYECTO - PRIMERA ETAPA – OBRAS INICIALES – PRIMERA FASE de fecha 9 de setiembre de 2016, entrega que fue ratificada por el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE SUSPENSIÓN (Clausula Segunda) suscrito el mismo día, en la cual se señala:

***Clausula Segunda: De la entrega de control de la Primera Etapa del Proyecto***

*El Concedente ha cumplido con realizar la Entrega de Control de Proyecto de la Primera Etapa, correspondiente a las Obras Iniciales de la Primera Fase, a que hace referencia el segundo párrafo de la Cláusula 1.45 del TUO, mediante Acta de Entrega del Proyecto de fecha 9 de setiembre de 2016 suscrita por las partes*

1. Asimismo, consta en EL INFORME TRIMESTRAL DEL SEXTO DESEMBOLSO de octubre de 2022, presentado por el Supervisor Especializado, que el Concesionario ejecutó en el Periodo Inicial las obras del terraplén de Andamayo y la boca de entrada del túnel trasandino, las cuales corresponden a la Sección 1AB del Expediente Técnico 1A (en adelante, “ET 1AB”.[[10]](#footnote-10)
2. Consta, además, que mediante CARTA MS2-CAS-AUT-CAR-063 de fecha 18 de diciembre del 2017, el Concesionario notificó al Concedente el haber concluido las obras que corresponden al Periodo Inicial y que mediante CARTA MS2-CPS-SEM-CAR-662 de fecha 23 de enero del 2018, le informó haber ejecutado con normalidad las obras correspondientes al ET 1AB.
3. Por su parte, el Concedente a través del Oficio N° 428-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 10 de abril de 2023, remitió información complementaria al Concesionario relativa a la Primera Entrega de Control de Proyecto del 2016, sobre la consolidación del saneamiento legal de los terrenos involucrados en las obras de la Primera Fase (inmatriculación de tres polígonos conforme al ET 1AB).

**Terreno Instalación Torre Repetidora Andamayo Y Accesos.**

1. El Concesionario en la pág. 7 (en el apartado 1.1.1) de su Carta 358 señala “Incumplimiento en la entrega del terreno que corresponde a la instalación de la torre repetidora de Andamayo y accesos con un total de 3.836 Ha

Se trata de área para el desarrollo de las Obras Auxiliares[[11]](#footnote-11) que fue entregada oportunamente por el Concedente, como consta en el ACTA DE ENTREGA DEL CONTROL DEL PROYECTO - PRIMERA ETAPA – OBRAS INICIALES – PRIMERA FASE de fecha 9 de setiembre de 2016, que consigna la conformidad del Concesionario al recibir la totalidad de las parcelas Larahuito - Andamayo y Huallataje, correspondientes al área señalada por este en el apartado 1.1.1. del documento de la referencia, la cual fue ratificada por el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN suscrito el mismo día**.**

A la fecha, la Antena Repetidora de Andamayo se encuentra instalada y cuenta con un cerco perimétrico de protección, así como con un sistema de conducción eléctrico que desciende hasta la Ventana de Andamayo, como se puede apreciar en el ACTA DE CONSTATACIÓN NOTARIAL de fecha 10 de julio del 2023.[[12]](#footnote-12)

**Terreno Contiguo a la Carretera Eje 8 y el DME3 (Área 7).**

1. El Concesionario en la pág. 7 (en el apartado 1.1.1) de su Carta 358 señala “Incumplimiento en la entrega del terreno que corresponde al área 7 contiguo a la carretera del eje 8 y el DM3, con un total de 0.568 Ha.

Se trata del área de las parcelas Huaruma Parte Centro del Predio 10, correspondientes al área señalada en el apartado 1.1.1, para el desarrollo de lasObras Preliminares[[13]](#footnote-13), que fue entregada mediante el ACTA DE ENTREGA DEL CONTROL DEL PROYECTO - PRIMERA ETAPA – OBRAS INICIALES – PRIMERA FASE de fecha 9 de setiembre de 2016, la cual fue ratificada por el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓNsuscrito el mismo día .

1. Mediante ACTA DE CONSTATACIÓN NOTARIAL de fecha 11 de abril de 2023, se verifica la disponibilidad de la vía de acceso a la Plataforma de Chalhuanca.

Adicionalmente, el Concedente remitió mediante OFICIO N° 613-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 11 de mayo de 2023, las cuatro partidas registrales a nombre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con lo que se garantiza el reconocimiento de la vía de acceso.

**Terreno Instalación Torre Repetidora Del Campamento Avanzada.**

1. El Concesionario en la pág. 7 (en el apartado 1.1.1) de su Carta 358 señala “Incumplimiento en la entrega del terreno que corresponde al terreno que corresponde a la instalación de la torre repetidora de Andamayo y accesos con un total de 6.45 ha.

Se trata del área para el desarrollo de las Obras Auxiliares[[14]](#footnote-14), que fue entregada mediante el ACTA DE ENTREGA DEL CONTROL DEL PROYECTO - PRIMERA ETAPA – OBRAS INICIALES – PRIMERA FASE de fecha 9 de setiembre de 2016 (Anexo A002), que consigna la conformidad del Concesionario al recibir la totalidad de las parcelas Huaruma y Huaruma Laymiña, correspondientes al área señalada en el apartado 1.1.1. de la Carta 358, la cual fue ratificada por el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓNsuscrito el mismo día.

1. A la fecha, la Antena Repetidora del Campamento Avanzada se encuentra instalada y cuenta con un cerco perimétrico de protección, así como con un sistema de conducción eléctrico que desciende hasta el campamento de estructura de Descarga Chalhuanca, como se puede apreciar en el ACTA DE CONSTATACIÓN NOTARIAL de fecha 10 de julio del 2023.[[15]](#footnote-15)

**Terreno Plataforma de Chalhuanca.**

1. El Concesionario en la pág. 7 (en el apartado 1.1.1) de su Carta 358 señala “Incumplimiento en la entrega del terreno que corresponde a la plataforma de Chalhuanca, con un total de 1.353 Ha.

Se trata del área totalidad de las parcelas Condoraje – Parcela 12, para el desarrollo de la Ventana de Andamayo[[16]](#footnote-16), que fue entregada oportunamente por el Concedente, como consta en el ACTA DE ENTREGA DEL CONTROL DEL PROYECTO - PRIMERA ETAPA – OBRAS INICIALES – PRIMERA FASE de fecha 9 de setiembre de 2016, la cual fue ratificada por el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓNsuscrito el mismo día.

1. Por su parte, el Concedente a través del OFICIO N 428-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 10 de abril de 2023, remitió información complementaria al Concesionario relativa a la Primera Entrega de Control de Proyecto del 2016, sobre la consolidación del saneamiento legal de los terrenos involucrados en las obras de la Primera Fase.

**Totalidad del Terreno Carretera de Acceso al Proyecto - Eje 8.**

1. El Concesionario en la pág. 7 (en el apartado 1.1.1) de su Carta 358 señala “Incumplimiento en la entrega de la totalidad del terreno que corresponde a la carretera de acceso al Proyecto- Eje 8, con un total de 28 Km.

Se trata del área para el desarrollo de las Obras Preliminares[[17]](#footnote-17) **las que involucran la totalidad de parcelas consignadas como pertenecientes al Anexo de Tarucamarca** que fue entregada oportunamente por el Concedente, como consta en el ACTA DE ENTREGA DEL CONTROL DEL PROYECTO - PRIMERA ETAPA – OBRAS INICIALES – PRIMERA FASE de fecha 9 de setiembre de 2016,que consigna la conformidad del Concesionario al recibir la totalidad de las parcelas del Anexo Tarucamarca, la cual fue ratificada por el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓNsuscrito el mismo día .

1. Asimismo, consta en el INFORME TRIMESTRAL DEL SEXTO DESEMBOLSO de octubre de 2022, presentado por el Supervisor Especializado, que el Concesionario ejecutó las obras del Eje 8 en el Periodo Inicial, las cuales corresponden al ET 1 AA.

Consta, además, que mediante Carta MS2-CAS-AUT-CAR-063 de fecha 18 de diciembre de 2017, el Concesionario notificó al Concedente el haber concluido las obras que corresponden al Periodo Inicial y mediante Carta MS2-CPS-SEM-CAR-662 de fecha 23 de enero de 2018, le informó que las obras programadas del ET 1AA fueron debidamente culminadas y pagadas.

1. Por su parte, el Concedente a través del Oficio N 428-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 10 de abril de 2023, remitió información complementaria al Concesionario relativa a la Primera Entrega de Control de Proyecto del 2016, sobre la consolidación del saneamiento legal de los terrenos involucrados en las obras de la Primera Fase.
2. Mediante ACTA DE CONSTATACIÓN NOTARIAL de fecha 11 de abril de 2023, se verificó la disponibilidad de la vía de acceso a la Plataforma de Chalhuanca
3. Adicionalmente, el Concedente remitió mediante OFICIO N° 613-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 11 de mayo de 2023, las cuatro partidas registrales a nombre del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, con lo que se garantiza el reconocimiento de la vía de acceso.

**Terrenos de la Zona de Embalse ya Aliviadero Condoroma**

**Cantera Pusa Pusa (Áreas 1 Y 2).**

1. Las áreas 1 y 2 requeridas por el Concesionario se encuentran comprendidas dentro del Embalse de Angostura[[18]](#footnote-18). En este caso no hay incumplimiento de entrega porque el Concedente aún se encontraba dentro de los 21 meses de plazo dispuesto por la Adenda 13.

Cabe indicar que las áreas reclamadas por el Concesionario, se encuentran dentro de las parcelas 31 y 35 que no corresponde entregar, debido a que dichas áreas forman parte de la zona inundable, la cual no forma parte de la Primera Entrega de Control del año 2016 ni de la Segunda Entrega del año 2023, sino de la que sería una “tercera entrega”, conforme lo establecido en el Apéndice 2 del Anexo 1 de la Adenda 13, donde se consigna que *“La entrega al Concesionario de los terrenos que serán inundados por el embalse Angostura se efectivizará dentro de los 21 meses contados desde la fecha de suscripción de la Adenda Nro. 13 al TUO del Contrato”.*

1. El Concedente, medianteOficio N° 613-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIEde fecha 11 de mayo del 2023 remitió al Concesionario documentación acreditando que los terrenos se encuentran a nombre del Estado peruano.

**Cantera Quilca (Área 3)**

1. Se trata del área para el desarrollo del Embalse de Angostura,que fue entregada oportunamente por el Concedente, como consta en el ACTA DE ENTREGA DE CONTROL DEL PROYECTO – PRIMERA ETAPA OBRAS INICIALES PRIMERA FASE, de fecha 9 de setiembre de 2016, que consigna la conformidad del Concesionario al recibir las 8.67 Ha. de área de cantera efectiva (Anexo Pusa Pusa – distrito de Caylloma), la cual fue ratificada al suscribir el ACUERDO DE LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN en la misma fecha.
2. Consta, además, que mediante Carta MS2-CAS-AUT-CAR-063 de fecha 18 de diciembre del 2017, el Concesionario notificó al Concedente el haber concluido las obras que corresponden al Periodo Inicial y que mediante Carta MS2-CPS-SEM-CAR-662 de fecha 23 de enero del 2018, le informó que las obras programadas del ET 1AA fueron debidamente culminadas y pagadas.
3. Mediante Oficio N° 428-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIEde fecha 10 de abril de 2023, se remitió al Concesionario información complementaria relativa a la Primera Entrega de Control de Proyecto del 2016, acerca del saneamiento legal de los terrenos involucrados en las obras de la Primera Fase. En esta actualización de información se ha adjuntado la Partida Registral de manera independiente de estas 8.67 Ha., ya que en el 2016 solo se entregó con Contrato de Arrendamiento.

**Cantera Pusa Pusa (Área 4)**

1. Se trata del área para el desarrollo del Embalse de Angostura**,** cuya entrega se realizó mediante OFICIO N° 613-2023 GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 11 de mayo del 2023. Dicha entrega comprendió las canteras identificadas expresamente en el ET 1B. [[19]](#footnote-19)

En ese sentido, la imputación efectuada por el Concesionario correspondiente al área señalada en el apartado 1.1.1. de su carta 358, carece de sustento porque conforme a lo establecido en la cláusula 5.4.3 del TUO del Contrato, que precisa que el ET 1B debe contener investigaciones geológicas, geotécnicas, geofísicas y geodésicas, además de la identificación de las canteras, especificaciones que el Concesionario omitió realizar en el área 4 (Ampliación de la Cantera Pusa Pusa).

1. Cabe advertir que el Concesionario no presentó solicitud de ampliación de cantera, debidamente justificada, conforme lo prescribe la cláusula 5.4.3 del TUO del Contrato. La obligación del Concedente radica en entregar los terrenos debidamente identificados, con el sustento técnico necesario.
2. El Concedente, medianteOficio N° 613-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIEde fecha 11 de mayo del 2023, entregó documentación al Concesionario acreditando que los terrenos se encuentran a nombre del Estado Peruano.

**Terrenos Necesarios para la Ejecución de las Obras de Refacción del Aliviadero de la Presa de Condoroma (Cantera, Aliviadero, Carretera).**

1. Cabe precisar que el TUO de Contrato establece que la represa de Condoroma es una “Obra existente”[[20]](#footnote-20) y que la Refacción del Aliviadero de Condoroma está considerada como un “Complemento a la Construcción de las Obras Nuevas de la Primera Fase”[[21]](#footnote-21). Por tanto, el área referida por el Concesionario no forma parte de la Entrega del Control del Proyecto.

No obstante, el Concedente demostrando su buena fe ha procedido a realizar la inmatriculación del área comprometida con la cantera de Condoroma, obtenido el reconocimiento de la carretera de acceso a la presa como vía nacional ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y registrado el terreno para la presa a favor de AUTODEMA.

**Terrenos Para Obras Nuevas De La Segunda Fase** (ET 2[[22]](#footnote-22)),

1. Mediante OFICIO N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 9 de setiembre de 2022, se comunica al Concesionario que *“como resultado de la revisión del informe de Levantamiento de Observaciones subsistentes al Expediente N° 2, remitido por la supervisión especializada mediante el documento de la referencia, no se puede emitir la aprobación al mencionado expediente, debido a la subsistencia de observaciones no absueltas por el Concesionario. En consecuencia, el Expediente Técnico N° 2 no reúne las condiciones técnicas especificadas en el TUO del Contrato de Concesión y la Adenda 13 para ser aprobado”*. Consecuentemente, el ET 2 NO SE ENCUENTRA APROBADO.

En ese sentido, mientras no se apruebe el ET 2 no se tendrán definidas las áreas necesarias para la construcción de las OBRAS NUEVAS DE LA SEGUNDA FASE que comprende la **Bocatoma Lluclla, Derivación Lluclla Siguas, Sistema de Conducción, Sistema de Distribución, carreteras y las demás que correspondan**.

1. Sin perjuicio de lo indicado, respecto al **área para la construcción de la Bocatoma Lluclla**, recordamos al Concesionario que en su Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 *(*Plano MS2-ET2-CPR-PLA-INF-0003.01) de fecha 22 de junio de 2023; reconoce que el Concedente le ha entregado 9.22 Ha.; mediante Oficio N° 613-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 11 de mayo de 2023 y advertimos que el Concesionario mediante la misma comunicación requiere 10.15 Ha para la construcción, que difiere de los 9.69 Ha. consignados en el Plano MS2-ET2-CPR-PLA-INF-0003.01 que la acompaña.
2. Respecto al **área para el camino de acceso a la Bocatoma**, advertimos que de conformidad con lo dispuesto en el Apéndice 2 del Anexo 1 del TUO del Contrato, modificado por la Adenda 13[[23]](#footnote-23), el Concedente ha facilitado al Concesionario una vía provisional, sin costo alguno, la cual se encuentra ubicada en la faja marginal aprobada mediante RESOLUCIÓN DIRECTORAL 606-2020-ANA-AAA.CO de fecha 13 de julio de 2020 , que le fue remitida mediante Oficio N° 435-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 10 de abril de 2023 [[24]](#footnote-24).
3. En línea con lo vertido, hacemos mención adicional del OFICIO N° 446-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 12 de abril de 2023 , mediante el cual se le remite al Concesionario la RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0272-2023-ANA-AAA.CO, de fecha 10 de abril de 2023, que autoriza la realización de obras mínimas en el marco del proyecto “Limpieza y Descolmatación, Conformación de Plataforma con material propio del cauce del rio Siguas, Sector Lluclla, distrito de Santa Isabel de Siguas, provincia de Arequipa, región Arequipa”, a favor de AUTODEMA, teniendo como objetivo que la conformación de plataforma sirva de vía de acceso temporal para la ejecución de la Bocatoma Lluclla; con lo que se acredita que el Concedente si tiene el permiso para ejecutar una plataforma que sirva de vía de acceso temporal para la ejecución de la Bocatoma de Lluclla; para que en una segunda etapa se pueda obtener la resolución por la cual se autorice la ejecución de obras de defensa ribereña, de tal manera que está vía de acceso provisional se convierta en definitiva.
4. Respecto al **área para la construcción de la Derivación Lluclla Siguas**, recordamos al Concesionario que en su CARTA MS2-CAS-GRA-CAR-358 *(*PLANO MS2-ET2-CPR-PLA-INF-0003.01) de fecha 22 de junio de 2023,reconoce que el Concedente le ha entregado 1,152.63 Ha. mediante OFICIO N° 436-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 10 de abril de 2023 (Anexo A015) y advertimos que el Concesionario mediante la misma comunicación requiere 124.05 Ha para la construcción, que difiere de los 1,286.37 Ha. consignados en el PLANO MS2-ET2-CPR-PLA-INF-0003.01 que la acompaña (Anexo A035).

**No Existe Incumplimiento** **En La Entrega Del Control Del Proyecto**

1. El Concedente dentro del plazo concedido en el emplazamiento del Concesionario, ha efectuado las siguientes nuevas CONSTATACIONES NOTARIALES con vuelo de vehículo aéreo no tripulado (Dron):

ACTA DE CONSTACION NOTARIAL de fecha 26 de julio de 2023, que deja en evidencia la libre disponibilidad de los terrenos entregados en el 2016 al Concesionario y los anexos de Tarucamarca y Pusa Pusa entregados en el 2023, que acredita que se ha cumplido al 100% la Entrega del Control del Proyecto en la Primera Fase.

ACTA DE CONSTACION NOTARIAL de fecha 1 de agosto de 2023 que deja en evidencia la existencia de una trocha carrozable funcional, esto es, una vía de acceso provisional a la Bocatoma de Lluclla, que acredita que se ha cumplido con la Entrega del Control del Proyecto respecto a lo que estamos obligados en la Segunda Fase.

1. **En conclusión**, NO EXISTE INCUMPLIMIENTO en la Entrega del Control del Proyecto, NI INCUMPLIMIENTO GRAVE de la Cláusula 15.1 (III.1) literal (b) del TUO del Contrato, porque:

El Concedente ha efectuado la entrega oportuna del 100% las áreas de la Primera Fase, Etapas I y II.

El Concedente ha culminado con el saneamiento legal de todos los predios que corresponden a la Primera Fase, Etapas I y II.

El Concesionario ha podido ejecutar las Obras Iniciales y las Obras Nuevas de la Primera Fase, por haber contado con los terrenos entregados por el Concedente.

El Concesionario no ha podido obtener la aprobación del ET 2 de acuerdo con el procedimiento previsto en el TUO del Contrato y no ha llevado el diferendo de carácter técnico para que se dilucide mediante Arbitraje de Conciencia.

Al no haberse aprobado el ET 2, no se cuenta con las precisiones necesarias sobre las áreas que requiere el Concesionario para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase.

Los pedidos de polígonos adyacentes por parte del Concesionario, posteriores a la Primera Entrega del Control del Proyecto en el año 2016, son adicionales y no primordiales. Aun así, a la fecha y de manera antelada, el Concedente en señal de buena fe ha cumplido con la Entrega del Control del Proyecto en la Segunda Fase en más del 99%.

Menos del 1% no constituye incumplimiento por parte del Concedente en la Entrega de Control de Proyecto, ya que corresponde a la Segunda Fase, la misma que forma parte del ET2 el cual no se encuentra aprobado tal como se ha acreditado.

1. **SOBRE LA FALTA DE REVISIÓN DE LAS VALORIZACIONES QUE IMPUTA EL CONCESIONARIO EN SU CARTA MS2-CAS-GRA-CAR- 358**

**Imputaciones del Concesionario: MS2-CAS-GRA-CRA- 358.**

1. El Concesionario manifiesta que *“(…) a la fecha, se encuentran pendientes de aprobación por parte de Supervisión Especializada, de acuerdo a lo previsto en las cláusulas 4.1.3 y siguientes del Contrato, las valorizaciones de enero de 2018 a mayo de 2023...”*[[25]](#footnote-25)

El Concesionario señalaademás que *“(…) a la fecha, continua sin valorarse la obra ejecutada en los meses finales del año 2017 y 2018 correspondiente al Expediente Técnico 1B que forma parte del Periodo Constructivo Principal y que conforme al “Acta de Definición de Procedimientos Operativos relacionados a los Desembolsos de Cofinanciamiento” de fecha 25 de agosto de 2017 y la “Adenda Operativa” de fecha 20 de septiembre de 2017[[26]](#footnote-26), debieron ser valorados y pagados luego de iniciado el Periodo Constructivo Principal (14 de julio del 2022).”[[27]](#footnote-27)*

1. Asimismo, señala que el Concedente no habría cumplido con efectuar los desembolsos trimestrales del Cofinanciamiento de acuerdo a lo previsto en la Cláusula 4 del TUO del Contrato, configurando el supuesto de caducidad por causa imputable al Concedente establecido en el literal e) del apartado III.1 del numeral 15.1 de la Cláusula 15 del TUO del Contrato.

1. También indica que la aprobación del Supervisor Especializado es un paso previo y esencial para que le pueda ser desembolsado el monto correspondiente del Cofinanciamiento comprometido en el Contrato de Concesión. De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.26 del TUO del Contrato, el Cofinanciamiento será desembolsado en relación a la elaboración de los Expedientes Técnicos, los Estudios de Impacto Ambiental y el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, así como a las Obras Nuevas de la Primera Fase y el proceso de revisión y aprobación de los Expedientes Técnicos por el Supervisor.
2. Que a la fecha no se ha revisado ni aprobado ninguna de las valorizaciones entregadas por entre enero de 2018 y mayo de 2023, y sostiene, además, que la resolución del Contrato de Supervisión Especializada constituye en sí misma prueba del incumplimiento del Concedente.[[28]](#footnote-28)
3. En su emplazamiento, el Concesionario requiere al Concedente, BAJO APERCIBIMIENTO de dar por resuelto el Contrato de Concesión, cumplir con contratar al Supervisor Especializado e instruirle que revise y emita informe sobre las valorizaciones antes indicadas, a fin de que se proceda con el desembolso del Cofinanciamiento, que según la valorización ordinaria de mayo de 2023 asciende a US$ 205´202,453.67.[[29]](#footnote-29)

**Argumentos del Concedente**

1. Respecto a la primera imputación[[30]](#footnote-30), de que las valorizaciones presentadas no han sido revisadas no se ajusta a la verdad, debido a que las valorizaciones presentadas el Concesionario han sido revisadas por el Supervisor Especializado hasta que estuvo vigente su contrato[[31]](#footnote-31) y luego han continuado siendo revisadas por el Concedente en su calidad de Supervisor, en ambos casos se ha emitido una respuesta, aceptado o rechazando esas valorizaciones.
2. Cabe señalar que, desde enero del 2018, el Concesionario paralizó la obra a partir del 1 de enero de 2018 (Carta MS2-CPS-AUT-CAR-286 de fecha 23 de enero de 2018). No obstante, las obras se paralizaron de manera efectiva desde el 22 de diciembre del 2017 y que el Concesionario tuvo en su custodia los Cuadernos de Obra desde el 20 de diciembre de 2017, conforme lo informa el Supervisor Especializado en la Carta J3D151-CRT-N° 060-2018/SE-CD/SF1-OBR de fecha 24 de enero de 2018.
3. Durante la paralización de las obras, el Supervisor Especializado continuó revisando las valorizaciones presentadas por el Concesionario, algunas de ellas fueron observadas porque se verificó que la obras estuvieron paralizadas desde el 22 de diciembre del 2017, por decisión unilateral del Concesionario.
4. El Supervisor Especializado indicó que no es aplicable las reuniones de verificación de metrados, debido a que no existe ejecución de obra y por lo tanto ningún avance que verificar, adicionalmente, porque incluye “valorizaciones extraordinarias” (paralización de Obra, paros de trabajos locales y trabajos adicionales) que no están previstas en el Contrato de Concesión, tal como lo expresa el Supervisor Especializado en su Carta J3D151-CRT-N° 179-2018/SE-CO/OCA-INF de fecha 04 de mayo de 2018, mediante la cual informa que se ha revisado la documentación denominada: valorización N° 32 del ET 1AA, valorización N° 14 del ET 1AB y valorización N° 08 del ET 1B correspondiente al mes de abril 2018.

Esta misma posición fue reiterada por el Supervisor Especializado en la Carta J3D151-CRT-N° 203-2022/SE-CD/OCA-CSE de fecha 15 de diciembre de 2022 (Anexo 055), en la que reitera lo señalado e indica que “…*las actividades pretendidas por el Concesionario en estas valorizaciones de reclamación, no tiene ningún sustento contractual ni legal, pues las mismas no están previstas en el TUO del Contrato de Concesión, ni en la Propuesta Técnica, ni en el Expediente Técnico del Concesionario, tampoco han sido aprobadas por el Concedente, ni presentan, en detalle, un sustento legal que les permita considerar que, en un contrato de APP, se puede solicitar, sin las aprobaciones respectivas, estos reclamos pretendidos por el Concesionario*”; y que “…*no puede aprobar valorizaciones de avances de obra que no cumplan las condiciones establecidas en el TUO del Contrato de Concesión y cuya ejecución de obras no hayan sido autorizadas, ni supervisadas por el Concedente ni por la Supervisión Especializada*

1. Por lo señalado queda acreditado que no existe ningún incumplimiento en la revisión y/o aprobación de las valorizaciones realizadas por el Concesionario de enero del año 2018 a mayo del 2023.
2. Respecto a la imputación a que se refiere el numeral 50 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358, relacionadas con valorización de la obra ejecutada en los meses finales del año 2017 y 2018, cabe señalar a pesar del propósito del Concedente de efectuarlas, se han visto seriamente dificultadas debido a que el Concesionario, incumplió con su obligación de comunicar de manera oportuna al Supervisor Especializado , el reinicio de ejecución de obras, en merito a lo establecido en la Cláusula 1.113 y 25.1 del TUO del Contrato de Concesión.
3. Adicionalmente, porque el Concesionario no se presentó a las reuniones convocadas para tratar el tema de las Obras Ejecutadas sin Supervisión Especializada en el 2018, excusándose, en que ese tema estaba bajo en trato directo iniciado ante SICRECI, asimismo, porque el Concesionario no brinda facilidades para evaluar los trabajos en el Túnel Trasandino, tal como los señala el Supervisor Especializado (Carta J3D151-CRT-N° 200-2022/SE-CD/OCA-CSE de fecha 14 de diciembre del 2022 (Anexo 056).
4. De manera tal respecto de las valorizaciones de las obras ejecutadas en los meses finales del año 2017 y 2018, las cuales fueron realizadas sin Supervisión, tal situación se produjo debido a que el Concesionario:
5. Incumplió con su obligación de Comunicar de manera oportuna al Supervisor Especializado el reinicio de la ejecución de obras, en virtud a lo establecido en la 1.113 y 25.1 del Contrato de Concesión
6. No se presentó a las reuniones convocadas para tratar el tema de las obras ejecutadas sin Supervisión en el año 2018, sosteniendo que el tema era parte del trato directo iniciado ante SICRECI; y
7. No brindó facilidades para evaluar los trabajos en el Túnel Trasandino, tal como lo señala el Supervisor Especializado en la Carta J3D151- CRT-N° 200-2022/SE-CD/OCA-CSE de fecha 14 de diciembre de 2022.
8. Asimismo, mediante Carta**J3D151-CRT-N° 230-2018/SE-CO/OCA-ING** de fecha 03 de julio de 20187), el Supervisor Especializado informó, entre otros aspectos que**:**
9. Las fisuras observadas en las dovelas instaladas[[32]](#footnote-32), así como las deficiencias en el proceso productivo de las mismas y de las filtraciones presentadas en el tramo excavado del túnel Trasandino.
10. El avance en la excavación es de aproximadamente 142 metros. Sin embargo, **dicha ejecución de obra no ha contado con la supervisión por parte del Supervisor Especializado**, y por lo tanto, no se garantiza la calidad de dichas obras e imposibilita reconocer el avance de las mismas.
11. El Concesionario ha culminado con el montaje de la faja transportadora, actividad de la cual no tuvo oportuno conocimiento el Supervisor Especializado.
12. Mediante Carta J3D151-CRT-N° 339-2018/SE-CO/OCA-INF de fecha 05 de diciembre de 2018, el Supervisor Especializado informa que no es posible revisar y/o controlar la recepción de dovelas en Chalhuanca, debido a que no se contó con personal permanente en obra.
13. Con Carta J3D151-CRT-N° 061-2022/SE-CD/OCA-CSE de fecha 16 de agosto de 2022, el Supervisor Especializado informa que se efectuó una inspección a la zona de Obras de la Primera Fase el 12 de agosto de 2022 en los frentes de obra: campamento provisional (exterior), ejes viales, túnel de desvío, portal de entrada del Túnel Pucará, terraplén Andamayo, Plataforma Chalhuanca, en dicho informe concluyo en lo siguiente:
14. Hubo restricciones para ingresar al campamento provisional y Túnel Trasandino
15. El Concesionario no está ejecutando obras del Proyecto, lo que pone en riesgo el cumplimiento de las metas físicas previstas para el quinto trimestre (Anexo 20)
16. Mediante Carta J3D151-CRT-N° 086-2022/SE-CD/SF1-OBR de fecha 05 de setiembre de 2022, el Supervisor Especializado informa que se efectuó una inspección a la zona de Obras de la Primera Fase el 25 y 26 de agosto y el 02 de setiembre del 2022, llegando las siguientes conclusiones:
17. Hubo restricciones para ingresar al campamento provisional, sólo se permitió el ingreso a los módulos destinados a oficinas de Supervisión.
18. Se apreció trabajos de rehabilitación de instalaciones sanitarias, eléctricas y de calefacción del campamento – actividades menores.
19. No se pudo realizar la evaluación total del Túnel Trasandino por no contar con condiciones mínimas (ventilación forzada, iluminación)
20. El Concesionario no está ejecutando obras del Proyecto, lo que pone en riesgo el cumplimiento de las metas físicas previstas para el quinto trimestre (Anexo 20)
21. Por lo expuesto, queda acreditado que, las obras ejecutadas por el Concesionario a fines del 2017 y en los primeros meses del 2018, no fueron supervisadas y por tanto no fueron valorizadas, debido a que no fueron informadas de manera oportuna al Supervisor Especializado y por esta razón, éste, no puede dar fe sobre la calidad de dichas obras, adicionalmente, como se aprecia el Supervisor Especializado posteriormente ha tenido limitaciones para realizar su labor, debido a las restricciones impuestas por el Concesionario.
22. El Concesionario, pese a haber sido convocado para tratar sobre esas obras no supervisadas, no concurrió a dichas reuniones, esgrimiendo como pretexto que, dicho tema está en trato directo ante SICRECI, lo que demuestra que, la responsabilidad de la no supervisión y la imposibilidad de aceptar la valorización de dichas obras, recae en el propio Concesionario.
23. En relación a la imputación que la falta de revisión y aprobación de las valorizaciones impide el reconocimiento de las Obras Ejecutadas por el Concesionario, afectando el pago a favor del Concesionario del Cofinanciamiento, cabe mencionar que el propósito de supervisar y valorar obras no supervisadas, se han visto seriamente dificultadas debido a que el Supervisor Especializado no fue oportunamente informado por el Concesionario sobre la reanudación de obras, durante todo el lapso donde el Concesionario decidió unilateralmente paralizar las obras.
24. Adicionalmente, que el Concesionario no ha brindado las facilidades para realizar esa supervisión, que con lleve a revisar adecuadamente la valorización correspondiente, asimismo, que tampoco ha aceptado reunirse con el Supervisor Especializado, para tratar ese tema.
25. De otro lado cabe indicar que el Concedente cumplió con realizar todos los desembolsos de Cofinanciamiento tal como puede verificarse en los Informes sobre el Quinto y Sexto Desembolso de Cofinanciamiento y luego de suscrita la Adenda 13 el Concedente cumplió con realizar el quinto desembolso de cofinanciamiento por ***US S 48'733,982.13 incluido IGV, el 11 de agosto del 2022[[33]](#footnote-33), en cumplimiento de lo establecido al respecto en la Adenda 13.***
26. El Informe de Sexto Desembolso, evidencia que el Concesionario no ha cumplido con ejecutar el monto señalado anteriormente quedando un saldo no ejecutado en obras de US$ de 21´763,275.62 y por esa razón no corresponde entregar ningún monto en el sexto desembolso, lo que evidencia que contrariamente a lo que sostiene el Concesionario, este cuenta con recursos que no está usando en obra.

**Sobre el supuesto incumplimiento por no haber contratado a un nuevo Supervisor,**

1. Respecto a la falta de Supervisión aludida por en el Emplazamiento del Concesionario, precisamos que la Concesión nunca ha quedado sin esta, tanto es así que mediante Oficio N° 1858-2022-GRA- PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 28 de diciembre de 2022, se comunicó al Concesionario que el Concedente, en calidad de contratante, optó por resolver el Contrato del Supervisión Especializada y que conforme a lo establecido en la cláusula 1.113 del Contrato de Concesión el Proyecto Especial Majes Siguas a cargo de AUTODEMA asume las funciones de Supervisor mientras no se seleccione a un nuevo Supervisor Especializado a través de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – “PROINVERSION” o se defina si el anterior continua si así lo estima el Tribunal Arbitral a cargo del caso N° 0693-2022-CCL.
2. Respecto a la Supervisión, precisamos, la Concesión nunca ha quedado sin Supervisión, tanto es así que con el Oficio N° 1858-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 28 de diciembre de 2022, se comunica al Concesionario que el Gobierno Regional de Arequipa, en su calidad de Contratante, optó por resolver el Contrato del Supervisor Especializado y que conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión (cláusula 1.113) el Proyecto Especial Majes Siguas asume las funciones de supervisor en tanto se seleccione a una nueva Supervisión Especializada.
3. Por lo señalado, es conveniente rechazar cualquier pretensión de imputación de negligencia o dolo por parte del Concesionario respecto a supuestos incumplimientos graves de obligaciones señaladas en las cláusulas 15.1(iii.1)(e) o 15.1(iii.1)(g) pues queda evidenciado, que la falta de valorización en estricto obedece al actuar del Concesionario en clara contravención al TUO del Contrato de Concesión que, pese a tener conocimiento de lo establecido en dicho cuerpo legal, efectuó obras sin la presencia del Supervisor Especializado imposibilitando la constatación pertinente y necesaria para el reconocimiento y valorización de dichas obras, asimismo no concurrió a reuniones que se le solicitó para conversar sobre la revisión de obras no supervisadas, esgrimiendo como pretexto que, dicho tema estaba en trato directo ante SICRECI, lo que demuestra que la responsabilidad de la no supervisión y la imposibilidad de aceptar la valorización de dichas obras, recae íntegramente en el propio Concesionario.
4. En ese escenario la pretensión del Concesionario de dar por aprobadas las valorizaciones ante la falta de revisión en plazo por el Supervisor Especializado carece de sustento contractual habida cuenta que en ninguna parte del TUO del Contrato se establece que el efecto de dicha falta revisión seria la aprobación automática.
5. Debe tenerse presente, además, que, dado que las Obras se encuentran paralizadas desde el 12 de diciembre de 2022, al no estar aprobado el Expediente Técnico 2, el no contar con un Supervisor Especializado no califica como incumplimiento de una obligación sustancial, ni constituye causal de caducidad.

**Conclusiones Valorizaciones**

1. No existe incumplimiento por parte del Concedente de revisar las valorizaciones, adicionalmente que no se han afectado de manera injustificada los recursos que se deben de desembolsar al Concesionario, es decir no existe “Incumplimiento injustificado de las obligaciones de desembolso y/o pago previstas en la Cláusula 4, a que se refiere la Cláusula 15.1 (III:1), (e) del Contrato[[34]](#footnote-34), por tanto, no configura causal de caducidad.
2. Dado que las obras de la Primera Fase y de la Segunda Fase se encuentran paralizadas desde el 12 de diciembre, por mandato de la Adenda 13, al no estar aprobado el Expediente Técnico N° 2, tampoco califica como una obligación sustancial y por tampoco constituye causal de caducidad.
3. **SOBRE EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE COMPROMISOS Y OBLIGACIONES SUSTANCIALES QUE IMPIDEN AL CONCESIONARIO EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES BAJO EL CONTRATO:**
4. En la Carta N° 358, el Concesionario señala diversos incumplimientos de los compromisos y obligaciones contractuales del Concedente, que según su dicho, le impedirían cumplir con los que este tiene según el Contrato de Concesión e invoca el literal g. del acápite III.1 de la Cláusula 15.1 del TUO del Contrato, para señalar que los incumplimientos “en conjunto” constituyen causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión.

El Concesionario sostiene que estos incumplimientos se habrían *“venido sucediendo desde la firma del Contrato y se han producido incluso con posterioridad a la firma de la Adenda 13”.* Concretamente, enuncia los siguientes supuestos de incumplimiento:

|  |  |
| --- | --- |
| **Señalamiento** | **Detalle** |
| No cumplir con el procedimiento de aprobación del Expediente Técnico N° 2 de acuerdo a lo acordado en la Adenda 13. | Procedimiento de aprobación del Expediente Técnico N° 2 de acuerdo a lo acordado en la Adenda 13. |
| No entrega de la Garantía Soberana en respaldo del RPI y el RIA y no suscribir la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso. | Suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso |
| Entrega de la Garantía Soberana en respaldo del RPI y el RIA |
| Otros incumplimientos que considerados en conjunto constituyen causa de terminación anticipada del Contrato de Concesión. | Modificación a los ET 1AB Y 1B. |
| Actualización del Estudio de Impacto Ambiental de la Fase 1. |
| Programar e iniciar las defensas ribereñas en el camino a la  Bocatoma. |
| Programar e iniciar la  implementación del sistema de protección de quebradas. |
| Programar, iniciar y ejecutar el programa de puesta a punto de las Obras Existentes. |
| Negativa de presentar el ITS para la Fase 2. |
| Entregar al Concesionario la póliza de obras civiles terminadas en relación a las Obras Existentes y mantenerla vigente. |

**VII.1 NO APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TECNICO N° 2**

**Argumentos del Concesionario (Carta 358)**

1. El Concesionario señala que el Concedente no ha cumplido con aprobar el ET 2 de acuerdo con lo previsto en literal c. del numeral 5.5.2 del TUO del Contrato y que:
2. Las observaciones del Supervisor Especializado no se ajustan a los términos previstos en el procedimiento definido en el Anexo 13 que modificó el TUO del Contrato; y,
3. El ET 2 estaría aprobado porque *“AUTODEMA al asumir provisionalmente la Supervisión, emitió una opinión técnica donde recomienda la aprobación del Expediente Técnico N° 2, precisamente porque no existen observaciones válidas de formularse bajo lo acordado en la cláusula 5.5.2 (c) del Contrato”*[[35]](#footnote-35)

El procedimiento para la evaluación y eventual aprobación del Expediente Técnico N° 2 se resume de la manera siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| **Actividad** | **Plazo contractual** |
| Presentación del Expediente Técnico N° 2. | Sesenta (60) días calendario de suscrita la Adenda 13. |
| Requerir en una sola oportunidad la presentación de información adicional o formular observaciones. | Dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de  presentación del referido expediente (Expediente Técnico N° 2). |
| Entregar al Supervisor la información  adicional solicitada o la absolución de las observaciones. | Dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a su requerimiento. |
| Supervisor deberá emitir su pronunciamiento respecto a la aprobación del Expediente Técnico N° 2. | En los diez (10) días calendario siguientes de recibida la información  adicional o la absolución de la(s) observación(es). |
| En caso surgiera algún aspecto por aclarar o precisar, o subsistiera algún  aspecto por aclarar o precisar (Expediente Técnico N° 2). | Absolución en un plazo máximo de diez (10) días calendario luego de notificadas por el Supervisor. |
| Supervisor deberá emitir su pronunciamiento respecto a la aprobación del Expediente Técnico N° 2. | Dentro los diez (10) días calendario siguientes de absueltas las observaciones por el Concesionario. |
| Aprobación del Expediente Técnico N° 2 por el Concedente por intermedio del  Supervisor. | Sesenta (60) días calendario desde la presentación del Expediente  Técnico N° 2. |

1. Como es de conocimiento del Concesionario, lo que sucedió en la aplicación del procedimiento descrito en el párrafo precedente fue lo siguiente:
2. El Supervisor Especializado llevó a cabo la revisión del Expediente Técnico 2, identificando trecientos cincuenta y ocho (358) observaciones según lo indica la Carta J3D151-CRT-N° 048-2022-SE-CD/SF2-ING de fecha 29 de julio de 2022, las cuales debían ser levantadas por el Concesionario. De las que le fueron formuladas, el Concesionario solo levantó sesenta y dos (62), subsistiendo doscientos noventa y seis (296) observaciones;
3. Producto del segundo levantamiento de observaciones, el Supervisor Especializado informó que se habían levantado ciento siete (107), es decir un total de ciento sesenta y nueve (169), restando ciento ochenta y nueve (189) observaciones sin absolver; y,
4. Como resultado de las reuniones del 14, 15 y 16 de septiembre se llegaron a levantar diez (10) observaciones adicionales, quedando ciento setenta y nueve (179) pendientes de absolución por el Concesionario.
5. En virtud a lo informado por el Supervisor Especializado, el Concedente comunicó la no aprobación del Expediente Técnico N° 2 al Concesionario, mediante OFICIO N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 9 de setiembre de 2022, con el tenor siguiente: *“…no podemos emitir la aprobación al mencionado expediente, debido a la subsistencia de observaciones no absueltas por su representada. En consecuencia, el Expediente Técnico N° 2 no reúne las condiciones técnicas especificadas en el TUO del Contrato de Concesión y la Adenda N° 13 para ser aprobado (…)”*
6. En representación del Concedente, AUTODEMA reiteró las siguientes comunicaciones al Concesionario en sentido desaprobatorio del Expediente Técnico N° 2:
7. Oficio N° 1270-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 5 de octubre de 2022;
8. Oficio N° 1399-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022;
9. Oficio N° 1400-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022;
10. Oficio N° 044-2023-GRA-PEMS-GE de fecha 16 de marzo de 2023;
11. Oficio N° 151-2023-GRA/GR de fecha 13 de marzo de 2023;
12. Oficio N° 537-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 26 de abril de 2023; y,
13. Oficio N° 669-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 18 de mayo de 2023.
14. Sin perjuicio de ello, los días 13,14,15 y 16 de setiembre del 2022, AUTODEMA y el Concesionario suscribieron las siguientes Actas:
15. Reunión de trabajo de fecha 13 de septiembre del 2022;
16. Reunión sobre observaciones al Expediente Técnico N° 2 del Proyecto Majes Siguas II Etapa de fecha 14 de septiembre del 2022;
17. Reunión sobre Observaciones al Expediente Técnico N° 2 del Proyecto Majes Siguas II Etapa, de fecha 15 de septiembre del 2022; y,
18. Reunión sobre Observaciones al Expediente Técnico 2 del Proyecto Majes Siguas II Etapa, de fecha 16 de septiembre del 2022.
19. Cabe advertir que el procedimiento de aprobación del Expediente Técnico N° 2 contempla que ante la existencia de una controversia técnica el Concesionario pueda recurrir al Arbitraje de Conciencia como forma de *solución.* El Concesionario no ha activado este mecanismo, por el contrario, ha optado por algo que carece de sustento contractual, afirmando absurdamente que el Expediente Técnico N° 2 ha sido aprobado fácticamente porque lo que subsisten son solo “comentarios” de la Supervisión y no observaciones, esto a través de la CARTA N° MS2-CAS-GRA-CAR-306 de fecha 28 de septiembre de 2022.
20. Luego, con el mismo sentido absurdo, el Concesionario ha pretendido usar un documento de trabajo interno de AUTODEMA, que nunca le ha sido remitido, como una supuesta “aprobación” del Expediente Técnico N° 2 por falta de un tercero a cargo de la Supervisión, debido a que el Concedente resolvió el Contrato de Supervisión Especializada en diciembre de 2022.
21. Como es evidente, a la fecha el Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado de acuerdo con lo establecido en el TUO del Contrato, por ello no existe incumplimiento contractual de parte del Concedente, relacionado con su aprobación, por el contrario, la no aprobación de este instrumento fundamental para el desarrollo de las Obras Nuevas de la Segunda Fase denota que el Concesionario está en una posición de incumplimiento que afecta la continuidad del Contrato de Concesión

**La no aprobación del expediente técnico ha quedado consentida**

1. El Expediente Técnico N° 2 NO HA SIDO APROBADO por el Concedente debido a que el Concesionario no levantó las 189 observaciones efectuadas por la Supervisión Especializada dentro del plazo fijado en el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.2.2 del TUO del contrato.
2. El Concedente no ha dado pie a que se configure el supuesto del séptimo párrafo del literal c) de la cláusula 5.2.2, debido a que el Supervisor Especializado, se pronunció dentro de los plazos indicados, en el procedimiento establecido en la Adenda 13, en la cual no EXISTE “APROBACION TACITA” del Expediente Técnico 2.
3. El Arbitraje de Conciencia es el mecanismo de solución de Controversias que las cláusulas 16.2 y 16.3 del TUO del Contrato han establecido para resolver divergencias de carácter técnico entre las partes, como las que se originó en torno de la decisión del Concedente de NO APROBACIÓN del Expediente Técnico N° 2, luego de evaluar la propuesta presentada por el Concesionario de acuerdo con el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato.
4. El procedimiento dispone que, si el Expediente técnico N° 2 no es aprobado por la Supervisión Especializada dentro del plazo fijado para tal efecto, se considera automáticamente que existe una Controversia Técnica, que debe ser resuelta mediante arbitraje de conciencia. Así mismo, las Partes no pueden contestar la naturaleza técnica de dicha controversia.
5. De manera, el procedimiento previsto en el TUO del contrato fue correctamente aplicado y que en este , dentro de los plazos fijados, participó el Concesionario en los pasos dados por el Supervisor, así mismo, la evaluación de la propuesta técnica fue efectuada con la rigurosidad técnica a la luz de los Parámetros y términos referidos en los Anexos 17, 17.A y 17b y los niveles de Servicio del Contrato de Concesión, y que si eso lo discutía el Concesionario debió de hacerlo mediante un arbitraje de conciencia
6. EL Concesionario ha consentido la decisión del Concedente de no aprobación del Expediente Técnico 2, al no activar el arbitraje de Conciencia, previsto en las cláusulas 16.2 y 16.3 del TUO del Contrato, para dilucidad una posible controversia Técnica respecto de su propuesta por la supervisión especializada

**A manera de conclusiones**

1. Los argumentos, planteados por el Concesionario en el Trato Directo ante SICRECI iniciado en noviembre del año 2022 y en la carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 mediante la cual activa el procedimiento de caducidad y en trato directo nuevamente iniciado en setiembre del 2023, respecto al Expediente Técnico 2, son los mismos, por tanto, al ya estar siendo tratados ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, no corresponde que sean tratados simultáneamente ante el SICRECI.
2. El Concedente ha seguido de manera estricta el procedimiento de aprobación del Expediente Técnico 2, el mismo que en el caso que este no se haya aprobado señala que se configura una controversia de tipo técnico, a ser resuelto mediante un Arbitraje de Conciencia.
3. De acuerdo con lo establecido en la Cláusula 5,5 del TUO del Contrato referida a las obligaciones del Concedente durante los Períodos Inicial y Constructivo Principal, corresponde al Concedente revisar y aprobar los Expedientes Técnicos, lo que lo realiza por intermedio del Supervisor, no le corresponde el Concesionario dicha obligación, por tanto, realizar interpretaciones de parte y considerar que el Expediente Técnico 2 se encuentra aprobado.
4. El Concesionario pretende que se dé por aprobado el Expediente Técnico 2, tal como fue presentado por el Concesionario, pretensión que en la práctica eliminaría todo el procedimiento establecido para su aprobación del Expediente Técnico N° 2 en la Adenda 13, además, vulneraria la cláusula 5.5 del TUO del Contrato, que establece que es obligación y función del Concedente de revisar y aprobar los Expedientes Técnicos.
5. El Concesionario no ha activado el Arbitraje de Conciencia, en el cual correspondía tratar la controversia sobre la no aprobación del Expediente Técnico N° 2, por tanto, esta ha quedado consentida, no teniendo ningún sustento contractual, la absurda afirmación que el ET 2 ha sido aprobado fácticamente, porque lo que subsisten son solo “comentarios” de la Supervisión. (CARTA MS2-CAS-GRA-CAR-306 de fecha 28 de septiembre de 2022).
6. El Expediente Técnico N° 2 NO HA SIDO APROBADO por el Concedente debido a que el Concesionario no levantó las 189 observaciones efectuadas por la supervisión especializada dentro del plazo fijado en el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.2.2 del TUO del Contrato.

**VII.2 SOBRE LA NO ENTREGA DE LA GARANTÍA SOBERANA Y LA NO SUSCRIPCIÓN DE LA ADENDA 2 AL CONTRATO DE FIDEICOMISO:**

1. El Concesionario manifiesta que el Concedente no ha cumplido con el compromiso de otorgar la Garantía Soberana para respaldar los pagos del RPI, la RIA y el IGV, aun cuando tiene la obligación de hacerlo según la Adenda 13. Por ello, en el numeral 77 de Carta N° 358 nos requiere subsanar el incumplimiento y otorgar la Garantía Soberana para respaldar los indicados pagos.
2. Asimismo, el Concesionario nos imputa no haber cumplido con suscribir la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso de acuerdo con lo previsto en la cláusula 4 de la Adenda 13 del TUO del Contrato, por lo que lo requiere para subsanar y suscribir de inmediato dicho documento.
3. Sobre los referidos señalamientos, el Concedente remitió las siguientes comunicaciones al Concesionario:
4. Oficio N° 1447-2015-GRA/GR de fecha 22 de diciembre del 2015, por la cual el Concedente solicitó a PROINVERSION iniciar el trámite para la formalización de la Garantía Soberana;
5. Oficio N° 262-2017-GRA/PEMS-GE-OPP de fecha 12 de junio del 2017, por el cual AUTODEMA, en representación del Concedente, solicitó la actualización del Informe de PROINVERSION, a fin de tramitar ante la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas la emisión de la Garantía Soberana, en la medida que corresponde a un nuevo ejercicio presupuestal;
6. Oficio N° 637-2018-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 5 de junio de 2018, por el cual AUTODEMA, en representación del Concedente, solicita a PROINVERSION actualizar al ejercicio 2018 el informe correspondiente y tramitar la Garantía Soberana ante la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas; y,
7. Oficio N° 990-2020-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 20 de octubre de 2020, por el cual AUTODEMA, en representación del Concedente, solicita a PROINVERSION actualizar al ejercicio 2020 el informe correspondiente y tramitar la Garantía Soberana ante la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas.
8. Del mismo modo, el Concedente hizo el esfuerzo necesario para cumplir con el propósito, adoptando el Acuerdo Regional N° 047-2020-GRA/CR- AREQUIPA de fecha 28 de agosto de 2020, que aprobó presentar la iniciativa legislativa que luego se convirtió en la Ley N° 31063 que hace explícita referencia al Proyecto Majes Siguas II Etapa y respalda la Garantía Soberana (inclusión de la RIA según la Adenda 13). Y luego de la suscripción de la Adenda 13, remitió las siguientes comunicaciones:
9. Oficio N°517-2022-GRA/GR de fecha 28 de setiembre de 2022, por el cual el Concedente solicitó a PROINVERSION iniciar el trámite de otorgamiento de la Garantía Soberana cumpliendo el compromiso del Concedente para los pagos del RPI y RIA más IGV;
10. Oficio N°121-2022/PROINVERSION/DE de fecha 10 de octubre de 2022, por el cual el Director Ejecutivo de PROINVERSION remitió la solicitud de inicio del procedimiento de otorgamiento de la Garantía Soberana ante el Ministerio de Economía y Finanzas;
11. Correo electrónico de fecha 7 diciembre del 2022, enviado por la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, remitiendo a las Parte el proyecto de Contrato de Garantía Soberana a ser aprobado y suscrito por estas con intervención del Ministerio de Economía y Finanzas;
12. Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-317 de fecha 16 de diciembre del 2022, por la cual el Concesionario remitió sus comentarios al proyecto de Contrato de Garantía Soberana, tanto al Concedente como a la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas;
13. Oficio N°115-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE, de fecha 31 de enero del 2023, por la cual AUTODEMA, en representación del Concedente, solicitó el estado actual del trámite para el otorgamiento de la Garantía Soberana, lo que fue reiterado por el Oficio N° 217-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 2 de marzo del 2023.
14. Mediante Carta N° MS2-CAS-AUT-CAR-232 de fecha 10 de marzo del 2023, el Concesionario manifestó estar a la espera de una nueva versión de la Adenda al Contrato de Fideicomiso y de la revisión de los cambios propuestos por este al Contrato de Garantía Soberana, señalando además que la dilación en la suscripción de dichos documentos podría ocasionar retrasos en la acreditación del Cierre Financiero por causales que no les serían imputables.
15. Ante lo manifestado, AUTODEMA en representación del Concedente, mediante Oficio N° 287-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 16 de marzo de 2023, comunicó al Concesionario que el TUO del Contrato no establece plazos, condiciones ni obligaciones ligadas al otorgamiento de la Garantía Soberana y que es erróneo y de mala fe pretender ligar esta obligación (y la de Adenda 2 al Fideicomiso) con la obtención del Cierre Financiero por el Concesionario, cuando esto no está puntualmente establecido en el TUO del Contrato.
16. El TUO del Contrato, modificado por la Adenda 13, establece que los pagos del RPI corresponden a pagos futuros que el Concedente deberá de efectuar durante el Periodo de Operación del Proyecto por 16 años, y los pagos de la RIA en el quincuagésimo cuarto (54) y sexagésimo sexto (66) mes, posteriores al inicio del Periodo Constructivo Principal, fechas en las cuales el Concedente asume el compromiso de tener vigente la Garantía Soberana que respaldará los mencionados pagos, en tal sentido lo manifestado por el Concesionario respecto a que la falta de la Garantía Soberana es un pretexto para dilatar la acreditación de la obtención del Cierre Financiero.
17. Asimismo, es pertinente indicar que la cláusula 4 de la Adenda 13 establece que en el proyecto de Adenda al Contrato de Fideicomiso propuesto por el Concesionario, debe incluir la creación de una Cuenta Especial para efectuar el pago de la RIA, por lo que la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso es condicionante para que posteriormente se emita el otorgamiento de la Garantía Soberana, dado que en el Contrato de Garantía Soberana se establecen las condiciones respecto a los pagos del RPI y la RIA en los términos que se establezcan en el Fideicomiso.
18. En tal sentido, la demora en el otorgamiento de la Garantía Soberana es imputable al Concesionario, más aún cuando el Ministerio de Economía y Finanzas indicó que no se puede avanzar con la revisión del Contrato de Garantía Soberana sin antes consensuar el texto de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso, debido a que en los proyectos de Adenda presentados por el Concesionario pretende incluir a terceros (acreedores) que también serían incluidos también en el Contrato de Garantía Soberana.
19. La demora se ha debido a los retrasos ocurridos como consecuencia directa de la conducta intransigente del Concesionario, al presentar una propuesta de Adenda al Fideicomiso que replantea el Contrato vigente, ocasionando que se generen diversas versiones y revisiones de las mismas, a raíz de sus comentarios, en mayoría ajenos al marco normativo aplicable, lo que irremediablemente ha conllevado a la extensión del plazo establecido en el TUO del Contrato para la suscripción de la misma, pues cada una de las partes involucradas (Ministerio de Economía y Finanzas, Banco de la Nación y Gobierno Regional de Arequipa), han tenido que realizar sus propias evaluaciones.
20. La Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso debe establecer el procedimiento y uso de los recursos de la Garantía Soberana, a través de la “Cuenta Especial Garantía Soberana”, por lo que resulta relevante lograr su previa suscripción, a efectos de que quede plenamente establecida la finalidad del uso de la Garantía Soberana, en la eventualidad que surgiera alguna contingencia que amerite su activación para el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concedente.
21. La situación antes expuesta, es de total conocimiento del Concesionario como parte activa del proceso de revisión de la Adenda al Fideicomiso, conforme se evidencia de los correos en los que remite nuevas versiones, lo que consecuentemente, como se advierte líneas arriba, ha ocasionado no tener al día de hoy suscrito el Contrato de Garantía Soberana.
22. Sin perjuicio de lo vertido, cabe precisar que las gestiones para la lograr la suscripción de dicha garantía, continúan su trámite ante el Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que corresponde a las Partes, realizar los esfuerzos necesarios para lograr la suscripción tanto de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso como del Contrato de Garantía Soberana, dejando constancia expresa de la voluntad del Concedente de continuar coadyuvando con ese propósito.
23. Adicionalmente, en línea con lo expuesto, detallamos las gestiones realizadas por el Concedente a fin de lograr la suscripción de la Adenda al Contrato de Fideicomiso:
    1. Oficio N° 115-2023-GRA/PEMS-GDPMSEII de fecha 31 de enero del 2023, por el que se solicita información a la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, sobre el estado del trámite para la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso y Garantía Soberana; el mismo que fue reiterado mediante el Oficio N°217-2023-GRA/PEMS-GDPMSIIE de fecha 2 de marzo del 2023;
    2. Correo electrónico de fecha 23 de marzo del 2023 la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas remitió la versión integral del texto de Adenda. Posteriormente, mediante Carta MS2-CAS-GRA-CAR-334 de fecha 24 de marzo de 2023, el Concesionario remitió nuevos comentarios a la propuesta de Adenda; y,
    3. Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-338 de fecha 12 de abril de 2023, el Concesionario, remite otros nuevos comentarios al borrador de Adenda; a lo cual, mediante Oficio N° 566-2023-GRA/PEMS-GE- GDPMSIIE de fecha 3 de mayo del 2023, AUTODEMA remitió los comentarios a la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas.
24. Sobre la versión del texto de la Adenda, se realizaron reuniones de trabajo con el Ministerio de Economía y Finanzas y Banco de la Nación con el objeto de revisar y consensuar la propuesta de Adenda, siendo que mediante Carta MS2-CAS-GRA-CAR-350 de fecha 14 de julio de 2023 y Carta MS2-CAS-GRA-CAR 357 de fecha 20 de junio de 2023, el Concesionario remitió nuevos comentarios al borrador del texto de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso.
25. Con fechas 26 y 28 de junio, así como el 4, 6 y 7 de julio de 2023 se realizaron reuniones de trabajo y coordinación entre AUTODEMA, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Banco de la Nación con la finalidad de concluir los temas pendientes para la revisión a la versión remitida con los nuevos comentarios del Concesionario y llegar a tener una versión final del texto de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso, el cual se encuentra pendiente de ser remitido al Concesionario por parte de la DGETP – MEF.
26. Por lo expuesto, queda claro que la no suscripción de la Adenda al Contrato de Fideicomiso no genera impedimento alguno para que el Concesionario cumpla con sus obligaciones contractuales como el Cierre Financiero, más aún si a través de la Adenda vigente se han realizado sin impedimento alguno, los pagos de los primeros cinco (05) desembolsos del Cofinanciamiento establecidos en el Contrato de Concesión, lo que evidencia que no existe perjuicio alguno del concesionario imputable al Concedente, ni incumplimiento grave de parte de este.

**VII.2 OTROS INCUMPLIMIENTOS QUE “EN CONJUNTO” CONSTITUYEN CAUSA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**:

1. El Concesionario atribuye al Concedente la responsabilidad por los hechos y circunstancias que han dilatado la ejecución del Contrato de Concesión y sostiene que este se mantiene en permanente incumplimiento de sus compromisos y obligaciones contractuales con posterioridad a la suscripción de la Adenda 13.
2. En ese sentido, imputa al Concedente:
3. No haber aprobado la modificación de los Expedientes Técnicos 1 AB y 1 B para cambiar el método constructivo del túnel Pucara;
4. No haber actualizado el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a la Fase 1;
5. No haber llevado a cabo las actividades necesarias para la construcción de las defensas ribereñas en el camino a la Bocatoma (Programación y ejecución);
6. No haber cumplido con iniciar los trabajos del programa de Puesta a Punto de las Obras Existentes;
7. No haber presentado ante el SENACE el Primer Informe Técnico Sustentatorio para la Fase 2, elaborado por el Concesionario y remitido mediante Carta MS2-CPS-AUT-CAR-441 de fecha 22 de marzo de 2023; y,
8. No haber cumplido con remitirle copia de la póliza de seguros que da cobertura a las Obras Existentes durante toda la vigencia de la Concesión.

**Sobre la modificación a los Expedientes Técnicos 1AB y 1B aprobados:**

1. Respecto al pedido del Concesionario de modificar los Expedientes Técnicos 1AB y 1 B aprobados, para cambiar el método constructivo del Túnel Pucara sin afectar los costos a cargo del Concedente ni los plazos de ejecución, debemos precisar que mediante Oficio No. 1819-2022-GRA-PEMS-GEGDPMSIIE de fecha 22 de diciembre de 2022, el Concedente manifestó que la propuesta de modificación no se podía entender como aprobada.
2. A fin de comprender el marco de la decisión del Concedente, debe tenerse en cuenta la siguiente secuencia de comunicaciones cursada por las Partes:
3. Mediante Carta N° MS2-CAS-AUT-CAR-164 de fecha 19 de setiembre del 2022, el Concesionario solicitó la modificación parcial en los Expedientes Técnicos 1AB y 1B aprobados (Túnel Pucará) presentando la propuesta de modificación;
4. Mediante Oficio N° 1178-2022-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 20 de setiembre del 2022, AUTODEMA en representación del Concedente, solicitó al Supervisor Especializado la revisión y evaluación a la modificación de los Expedientes Técnicos presentada por el Concesionario;
5. Mediante Carta J3D151-CRT-N° 112-2022/SE-CD/OCA-ING de fecha 28 de setiembre de 2022, el Supervisor Especializado manifestó que, aunque la modificación de Expedientes Técnicos aprobados está permitida por la cláusula 5.1 del TUO del Contrato, el procedimiento para la revisión y posible aprobación no está definido;
6. Mediante Oficio N° 1242-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 3 de octubre de 2022, AUTODEMA en representación del Concedente, comunicó al Concesionario que considera que el procedimiento debía ser el fijado en el literal b) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato (Aprobación del Expediente Técnico 1B), debido a que los expedientes corresponden a la Primera Fase;
7. Mediante Carta N° MS2-CAS-AUT-CAR-171 de fecha 5 de octubre de 2022, el Concesionario manifestó que no está de acuerdo con el procedimiento de aprobación para la modificación de los Expedientes Técnicos 1AB y 1B aprobados, sugiriendo se siga el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato (Aprobación del Expediente Técnico N° 2);
8. Mediante Carta N° MS2-CAS-AUT-CAR-190 de fecha 18 de noviembre del 2022, el Concesionario presentó su absolución de observaciones y entrega de información adicional a la propuesta de modificación de los ET 1AB y 1B aprobados (Túnel Pucará), señalando que se somete bajo protesta al procedimiento a que se refiere la cláusula 5.5.2.b) del TUO del Contrato; y,
9. Mediante Oficio N° 1819-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 22 de diciembre del 2022, AUTODEMA en representación del Concedente, comunicó al Concesionario que, aunque ambos habían tratado de establecer un procedimiento para modificar los Expedientes Técnicos 1AB y 1B aprobados, se devuelve la propuesta al Concesionario y se suspenden las tratativas hasta que las Partes consensuen una vía para evaluarla y aprobarla.
10. Siendo que el TUO del Contrato no prevé un procedimiento para el caso, no existe incumplimiento contractual de parte del Concedente, debido a que el literal c) de la cláusula 5.5.2 no contiene la obligación de aprobar la modificación de los Expedientes Técnicos aprobados.

**Sobre la actualización del EIA de la Primera Fase:**

1. El Concesionario señala que el Concedente ha omitido actualizar el Estudio de Impacto Ambiental de la Primera Fase – “EIA”, de conformidad con lo establecido en el artículo 30° del D.S. N° 019- 2009-MINAM, por ser el titular del Proyecto Majes Siguas II. Empero, según el análisis de la cláusula 17.1 y la cláusula 5.6 del TUO del Contrato, interpretamos que la responsabilidad de realizar los estudios definitivos y complementarios de impacto ambiental de la Represa Angostura y Gestión Ambiental es del Concesionario.
2. De acuerdo con la asignación de obligaciones en materia de autorizaciones ambientales del TUO del Contrato, resulta claro que la responsabilidad del Concedente se limita a aquellas autorizaciones asociadas a las Obras Iniciales de la Primera Fase – ET 1A, las que a la fecha ya han sido concluidas.
3. Sin perjuicio de ello, respecto del EIA de la Primera Fase, el Concedente ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones asumidas acorde a lo dispuesto en el TUO del Contrato, por lo que podemos afirmar en este punto que la obligación asumida por el Concedente ha sido largamente cumplida con la obtención de la aprobación del EIA Represa Angostura y Gestión Ambiental a Nivel Definitivo, que comprende a las Obras Nuevas de Primera Fase, cuyas autorizaciones, estudios definitivos y complementarios corresponde al Concesionario, conforme está establecido en el segundo párrafo de la cláusula 17.1 del TUO del Contrato.
4. La certificación del “Estudio de Impacto Ambiental de la Represa Angostura y Gestión Ambiental a Nivel Definitivo”, aprobada mediante Resolución de Dirección General N° 049-2010-AG-DVM-DGAA de fecha 16 de julio de 2010, se encuentra vigente. Sobre el particular, el Informe N°00949-2022-MINAM/VMGA/DGPIGA/DGEIA dice textualmente que “La Certificación Ambiental del Proyecto Especial Majes Siguas II Etapa, cuyo inicio de obras se realizó en el año 2015, no ha perdido vigencia”. Esta Certificación, contempla todas las etapas de ejecución física de la Primera Fase (Construcción, Operación, Mantenimiento y Cierre).
5. El Reglamento de Gestión Ambiental del Sector Agrario, aprobado mediante D.S. N° 019-2012-AG, no condiciona la actualización del EIA a su pérdida de vigencia, ni mucho menos condiciona la ejecución de obras en un proyecto de inversión.
6. Haciendo una revisión de lo estipulado en el TUO del Contrato, se puede interpretar que existe una obligación por parte del Concesionario para completar el EIA, realizar los estudios complementarios del EIA asociados a la ejecución de las Obras Nuevas de Primera Fase, bajo los términos aprobados en el Expediente Técnico 1B, así como la obtención de la aprobación de dichos estudios complementarios. Considerando las modificaciones incorporadas al proyecto y el plazo transcurrido desde la aprobación del EIA, dichos estudios complementarios involucran la aprobación de la actualización quinquenal y las ITS y/o modificaciones que demandan los cambios incorporados al proyecto.
7. Por otro lado y como bien conoce el Concesionario, AUTODEMA ha iniciado el proceso para la modificación del EIA Detallado a Nivel Definitivo del Proyecto, razón por la cual , corresponde, en adición a los cuatro ITS del EIA aprobados a la fecha, y en atención a los cambios efectuados en el proyecto y que no se encuentran incorporados en dichos ITS y que pueden generar nuevos o mayores impactos ambientales negativos, se hace necesaria la aprobación de la modificación del EIA, previamente a la implementación del proyecto modificado. Bajo este marco, es obligación del Concesionario la realización de los estudios y trámites asociados a la aprobación de la actualización y la modificación del EIA.
8. En cuanto a la obligación del Concedente, se debe precisar que, atendiendo a la especialidad de la cláusula 17.1, esta cláusula dispone que el trámite de aprobación de la ampliación y modificación del EIA, este debe ser efectuado a costo y cargo del Concesionario, lo que implica entre otros, el desarrollo de estudios, pago de las tasas asociadas al trámite y en general, el cumplimiento de requisitos aplicables a la solicitud; así como, la absolución de observaciones que pudiera formular la entidad competente.
9. Los expedientes deben ser presentados por el Concesionario al Concedente con el exclusivo propósito de que este a su vez, presente el estudio ante la entidad competente, para su aprobación y traslade las notificaciones emitidas por esta en el marco del trámite.
10. De acuerdo con ello, en el plano contractual, debe quedar claro que la titularidad del Concedente respecto del trámite administrativo no exonera al Concesionario de su obligación y responsabilidad respecto de la obtención de dichos instrumentos de gestión complementarios. En esa línea, se puede corroborar que, a la conclusión del Periodo Inicial, que se configuró al día siguiente de la firma de la Adenda 13 (en fecha 13 de julio de 2022), el Concesionario debió haber acreditado la aprobación de la modificación del EIA de acuerdo con ET 1B (correspondiente a las Obras Nuevas de Primera Fase), cuyo inicio de ejecución se previó a partir del Periodo Constructivo Principal. De acuerdo con ello y conforme al análisis realizado, el Concesionario habría incurrido en incumplimiento de su obligación prevista en la cláusula 3.1 concordado con las cláusulas 5.6, 17 y el Anexo 17 del Contrato de Concesión. Dicho incumplimiento existe incluso en caso de que el Concedente venga realizando acciones orientadas a la aprobación de la modificación del EIA, pese a que estas escapan a su ámbito de responsabilidad en el marco del Contrato de Concesión.
11. A diferencia de la obtención de la certificación ambiental, el marco normativo aplicable no establece expresamente que la aprobación de la modificación o actualización del EIA que sustentó la certificación ambiental constituya un requisito para la continuación del Proyecto (inicio de la ejecución de Obras Nuevas de Primera Fase), y no impone la obligación de autoridad alguna de prohibir la aprobación, autorización, permiso o habilitación de su ejecución, por lo que el Concesionario podría alegar que no son autorizaciones requeridas para la ejecución de las Obras.
12. No obstante, incluso en ese escenario, la obligación del Concesionario de realizar los estudios para la modificación del EIA (Estudio de Impacto Ambiental) y presentar los mismos para aprobación de la entidad competente, antes del inicio de las actividades constructivas (vinculadas con las Obras Nuevas), persiste por disposición expresa del numeral 12 del Anexo17 del Contrato de Concesión.
13. Sobre este último punto es relevante destacar que dicha obligación fue recogida en los mismos términos en el Anexo N° 9 de las Bases del Concurso: Términos de Referencia (sección: medidas de protección ambiental). En concordancia con la definición contractual (cláusula 1.119), los Términos de Referencia recogieron las condiciones y alcances que consideraron los postores (y el postor adjudicatario) para la elaboración de su Propuesta Técnica y Propuesta Económica presentadas en el marco del Concurso.
14. En este sentido, la inclusión de la actualización y modificación del EIA en el análisis detallado requerido por las Bases como parte de la Propuesta Técnica del Adjudicatario (y por tanto, la presunción de la existencia de una partida asociada a esta en la Propuesta Económica adjudicada), constituye un argumento adicional y definitivo que confirma que esta obligación fue asignada al Concesionario desde la fase del concurso.
15. A manera de conclusión sobre este punto, por lo expuesto en las líneas precedentes y conforme a la cláusula 17.1 y la cláusula 5.6 del TUO del Contrato, no existe incumplimiento del Concedente respecto a la realización de los estudios definitivos y complementarios de impacto ambiental de la Represa Angostura y Gestión Ambiental, porque esta es una obligación del Concesionario.

**Sobre la programación e inicio de las defensas ribereñas**

1. Respecto a la programación e inicio de las defensas ribereñas en el camino a la Bocatoma, el Concesionario señala que el Concedente ha omitido presentar el cronograma de actividades e iniciar los trabajos de defensas ribereñas, a fin de evitar retrasos, paralizaciones y daños, que afecten al Concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones en el Proyecto Majes Siguas II, lo que no es así, ya que el Concedente al amparo de lo establecido en el Anexo N° 1 Bienes de la Concesión, Apéndice 2 Obras Nuevas, punto 3 referido a Terrenos relacionados con las Obras Nuevas, del TUO del Contrato de Concesión, que señala **“***En tanto no se produzca la entrega, el Concedente facilitará sin costo para el Concesionario, el acceso a dichos terrenos, en caso así lo requiera el proceso constructivo*”. ha propuesto una alternativa que represente una solución para ambas partes en beneficio del Proyecto Especial Majes Siguas II; propuesta que concuerda con lo establecido en el Informe de Control Concurrente N° 30405-2022- CG/APP-SCC, expedido por la Contraloría General de la República.
2. Desde el punto de vista técnico, se puede observar que la propuesta de facilitar un acceso provisional al Concesionario, sin costo para el mismo, ubicado en la Faja Marginal aprobado mediante Resolución Directoral 606-2020-ANA-AAA.CO de fecha 13 de julio de 2020, expedida por la Autoridad Administrativa del Agua Caplina Ocoña, es una propuesta viable y permitida por la ley de la materia; y es en base a ello que se ha tramitado la autorización para la ejecución de obras mínimas del Proyecto “Limpieza y Descolmatación, Conformación de Plataforma con Material propio del Cauce del Río Siguas, Sector Lluclla, distrito de Santa Isabel provincia de Arequipa, región Arequipa”; autorización que ha sido otorgada mediante la Resolución Directoral N° 0272-2023-ANA-AAA.CO, expedida por la Autoridad Administrativa del Agua – Caplina Ocoña el 10 de abril de 2023; teniendo como objetivo que la conformación de plataforma sirva de vía de acceso temporal para la ejecución de la Bocatoma Lluclla Fase II del Proyecto Majes Siguas II Etapa; la misma que fue aclarada mediante Resolución Directoral N° 0340-2023-ANA-AAA.CO, expedida por la Autoridad Administrativa del Agua – Caplina Ocoña el 27 de abril de 2023.
3. Se debe indicar que los trabajos de ejecución de obras mínimas consistentes en las labores de limpieza y descolmatación del cauce del río Siguas y la conformación de una plataforma que sirva como vía de acceso temporal para la construcción de la Bocatoma de Lluclla son un primer paso para que se pueda solicitar la autorización para la construcción de defensas ribereñas; razón por la cual el Concedente viene realizando las gestiones necesarias para conseguir la autorización pertinente para la ejecución de Defensas Ribereñas ante la Autoridad Administrativa del Agua – Caplina Ocoña, de conformidad con lo establecido en Resolución Jefatural N° 007-2015- ANA, Reglamento de Procedimientos Administrativos para el otorgamiento de Derechos de Uso de Agua y Autorizaciones de Ejecución de Obras en Fuentes Naturales de Agua, encontrándose el Concedente en la fase de elaboración del Expediente Técnico de Defensas Ribereñas entre la Bocatoma de Pitay y la Bocatoma de Lluclla en el distrito de Santa Isabel de Siguas, provincia y departamento de Arequipa.
4. Sobre este punto, a manera de conclusión debemos afirmar categóricamente que se ha cumplido con el proporcionar una vía de acceso a la Bocatoma de Lluclla, así sea provisional el acceso se ha cumplido con la obligación planteada en el TUO del Contrato de Concesión, por lo que esta obligación no puede ser imputada al Concedente de manera alguna y menos tomando en cuenta la propuesta de solución al proceso de acceso a la Bocatoma se ha basado Informe de Control Concurrente N° 30405-2022-CG/APP- SCC, expedido por la Contraloría General de la República, por lo que no existiría sobre este punto algún tipo de incumplimiento, todo esto en concordancia al Anexo N° 1 apéndice 2: Obras Nuevas, numeral 3: Terrenos relacionados con las Obras Nuevas.

**Sobre la implementación del Sistema de Protección de Quebradas:**

1. El Concesionario indica que el Concedente no ha cumplido con invertir en un Sistema de Protección de Quebradas y construirlo, debido a que las quebradas existentes en el área del Proyecto pueden activarse como consecuencia del cambio climático. Según el Emplazamiento del Concesionario, a la fecha no se ha iniciado el programa de actividades para la construcción del Sistema e indica que el no contar con este incide en los costos del seguro de riesgo que debe contratar para proteger los Bienes de la Concesión.
2. Mediante Oficio N° 151-2023-GRA/GR de fecha 13 de marzo del 2023, el Concedente precisa que el TUO del Contrato no condiciona la obtención de pólizas de seguro a que el Concedente haya previamente realizado la obra de protección de quebradas u otra, por lo que el Concedente la ejecutará en el momento que considere pertinente, en la cota que técnicamente se defina y para proteger las infraestructuras que considere conveniente y no se sujetará a las conveniencias del Concesionario.
3. Cabe advertir, que el TUO del Contrato no señala un plazo para que se construya el Sistema de Protección de Quebradas, por tanto, no existe incumplimiento de una obligación sustancial del Concedente. La obra se ejecutará en el momento que el Concedente lo considere pertinente, en la cota que técnicamente se defina para proteger las infraestructuras que consideremos convenientes sin sujeción de la ejecución de dicha obra a las conveniencias o diseños propuestos por el Concesionario.

**Sobre el Programa de Puesta a Punto de las Obras Existentes:**

1. Respecto al Programa de Puesta a Punto de las Obras Existentes, el Concesionario señala que el Concedente no ha cumplido con iniciar los trabajos de acuerdo con lo previsto en la cláusula 5.9.6 del TUO del Contrato acerca de su definición y presentación.
2. En ese sentido, cabe precisar que mediante Oficio N° 1014-2023- GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 12 de julio del 2023, el Concedente remitió el Programa de Puesta a Punto de manera oportuna, dentro del plazo establecido en el TUO del Contrato y que mediante Carta MS2-CAS-AUT-CAR-263 de fecha 13 de julio del 2023, el Concesionario acusa recibo del Oficio, pero manifiesta que no es posible descargar el Anexo 3 que lo acompaña, por lo que lo considera como no presentado por el Concedente.
3. Mediante correo electrónico de fecha 13 de julio del 2023, AUTODEMA en representación del Concedente remite una segunda copia de los Anexos del Oficio, señalando además que el correo electrónico, sus adjuntos y el oficio deben considerarse como una sola unidad. Como respuesta, el Concesionario remite la Carta MS2-CAS- AUT-CAR-264 de fecha 14 de julio del 2023, confirmando haber recibido el mensaje de correo electrónico.
4. En consecuencia, no existe incumplimiento contractual de parte del Concedente relacionado con la presentación del programa de Puesta a Punto de las Obras Existentes.

**Sobre la presentación del ITS para adaptar el EIA de la Segunda Fase:**

1. Respecto a la presentación del Primer Informe Técnico Sustentatorio - “ITS”, el Concesionario indica que está impedido de cumplir con los plazos contractuales por la negativa del Concedente de presentar ante el Servicio nacional de Certificación Ambiental – “SENACE”, el trámite de adaptación al cambio tecnológico y optimizaciones del Estudio de Impacto Ambiental de la Segunda Fase - “EIA”, en su condición de titular del Proyecto Majes Siguas II Etapa.
2. Sobre el particular, puntualizamos que no existe incumplimiento contractual de parte del Concedente, porque la modificación del EIA está condicionada a la previa aprobación del Expediente Técnico N° 2 y como lo hemos puntualizado líneas arriba, este no ha sido aprobado hasta la fecha.
3. Mediante Oficio N° 1270-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 5 de octubre de 2022 y Oficio N° 923-2023-GES-PEMS-GE- GDPMSIIE de fecha 27 de junio de 2023, el Concedente advierte al Concesionario de las consecuencias de realizar actividades de la Segunda Fase según su entendimiento unilateral y fuera del marco contractual, puesto que como se le ha indicado reiteradamente el Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado.

**Sobre la entrega de la Póliza de Obras Civiles Terminadas en relación a las Obras Existentes y mantenerla vigente:**

1. Respecto a la entrega de una copia de la póliza de obras civiles terminadas en relación a las obras existentes al Concesionario y mantenerla vigente durante el plazo de la Concesión, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 19.8 del TUO del Contrato, no existe incumplimiento contractual de parte del Concedente, toda vez que esta fue remitida a través del Oficio N° 934-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 26 de junio de 2023. La Póliza Multirriesgo N° 1301-543026, vigente para el periodo 2022 – 2023, cubre el riesgo de asunción de los costos que implique recuperar o reparar las obras existentes en caso se produjese un daño.

**Sobre la inexistencia de una situación que impide al Concesionario cumplir con sus obligaciones contractuales:**

1. El Concesionario considera que cada uno de los señalamientos de incumplimiento formulados en esta parte se refieren a compromisos “sustanciales” del Concedente, por lo que en caso no se corrija la situación al ser considerados “en conjunto” configuran la causal de caducidad establecida en el literal g. del literal III.1 del numeral 15.1 del TUO del Contrato.
2. En nuestro descargo y respuesta al Concesionario (Oficio N° 471- 2023-GRA-GR de fecha 9 de agosto de 2023), decimos, en el supuesto negado de que todas estas imputaciones fueran válidas, que su “consideración conjunta” no constituye incumplimiento grave del Concedente que pueda motivar la caducidad del Contrato de Concesión.
3. Concluyendo, en el Oficio N° 471 hemos desvirtuado uno a uno los señalamientos realizados por el Concesionario en los apartados III.1, III.2 y III.3 de la Carta N° 358, demostrando que no existen incumplimientos de nuestra parte que impidan que el Concesionario cumpla con sus obligaciones contractuales, ni hechos o circunstancias que ameriten la calificación de “incumplimiento grave” y por ende conduzcan al Contrato de Concesión a su caducidad.

**Inicio del procedimiento arbitral por el Concedente.**

1. Mediante Oficio N° 511-2023-GRA/GR de fecha 31 de agosto de 2023 (en adelante, “Oficio 511”), el Concedente comunicó al Concesionario que, dentro del plazo previsto en el procedimiento establecido en el literal a. del apartado III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato, a fin de evitar la configuración de causal de caducidad del Contrato de Concesión atribuible a su parte y en vista de su rechazo a la vía del trato directo como mecanismo para la resolución de la controversia existente, ha dado inicio el proceso arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el mismo que ha quedado registrado como Caso Arbitral N° 440-2023-CCL, respecto de los incumplimientos imputados con la Carta 358
2. **SUPUESTA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR CAUSA ATRIBUIBLE AL CONCEDENTE.**
3. Ignorando el inicio del procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio, por parte del Concedente, cuyo efecto jurídico es la suspensión del proceso de caducidad, mediante carta MS2-CAS-GRA-CAR-360 (Carta 360) de fecha 1 de setiembre del 2023 el Concesionario comunico al Concedente la terminación del Contrato de Concesión, por causa atribuible Concedente, la cual consideramos es invalida e ineficaz
4. No obstante, el Concesionario sostiene que la caducidad que declaró mediante su Carta 360 ha quedado firme, debido a que *“Al 31 de agosto de 2023 el Concedente debió (i) subsanar los incumplimientos imputados por la Concesionaria; o****, (****ii) iniciar el mecanismo de solución de controversias establecido en la cláusula 16 del Contrato de Concesión. Sin embargo, esto no sucedió.”[[36]](#footnote-36)* (Énfasis nuestro)
5. En la Carta 360 el Concesionario, señala que se ha configurado la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión por causa imputable del Concedente por los incumplimientos identificados en la Carta 358, dado que el Concedente no cumplió con subsanarlos dentro del plazo contractualmente establecido; en consecuencia, declaró la resolución del Contrato por causa imputable al Concedente, requiriendo al Concedente realizar la transferencia del Proyecto en este escenario (nombramiento de interventor, coordinación de entrega de bienes, valorización y pago de inversiones pendientes de cancelación y devolución de la garantía de fiel cumplimiento).
6. Por otro lado, el Concesionario atribuye al Concedente el impedimento del inicio de la etapa de operación del Contrato de Concesión; así como los enormes daños y perjuicios que la paralización de este ha causado al haber transcurrido trece años desde que fue suscrito.
7. Considerando las posibilidades planteadas en el literal a. del apartado III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato: (i) efectuar las subsanaciones a los señalamientos del Concesionario, que no era el caso porque mediante el Oficio N° 471-2023-GRA-GR (en adelante Oficio 471) rechazamos los supuestos incumplimientos, o (ii) iniciar el procedimiento arbitral en la forma establecida en la cláusula 16, decidimos someter a arbitraje las divergencias existentes entre las dos perspectivas planteadas por las partes respecto a la imputación de incumplimientos realizada mediante la Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-358 ( en adelante Carta 358) del Concesionario, a fin de cuestionar su intención de terminar anticipadamente la relación contractual por causa atribuible al Concedente, con la intervención de un neutral que valore los medios probatorios ofrecidos por ambas partes y determine fehacientemente la correcta interpretación del TUO del Contrato y la Adenda 13.
8. Advertimos que la cláusula del TUO del Contrato es clara y precisa al señalar el inicio de un procedimiento arbitral para suspender la configuración de la causal de caducidad. No se refiere al inicio del trato directo o de manera general a un “mecanismo de solución de controversias” como tendenciosamente señala el Concesionario**.**
9. El Concesionario distorsiona el texto del TUO del Contrato sobre las alternativas que ofrece el procedimiento ante la eventualidad de la caducidad: *“o, (b) el Concedente haya* ***iniciado el procedimiento arbitral*** *en la forma establecida en la Cláusula 16; (…)”* (énfasis nuestro). Asimismo, desconoce haber sido comunicado de la presentación de la Solicitud de Arbitraje por el Concedente mediante el Oficio N° 511-2023-GRA/GR de fecha 31 de agosto de 2023 (en adelante, “Oficio 511”) y haber sido formalmente notificado por el Centro de Arbitraje con fecha 5 de setiembre de 2023.
10. En concordancia con la regla establecida en el procedimiento del TUO del Contrato, el Concedente contaba con quince (15) días adicionales para decidir entre dos posibilidades: (i) subsanar los incumplimientos imputados, o (ii) impugnar la imputación efectuada ante la jurisdicción arbitral. Es así como el Concedente, dentro del plazo de quince (15) días antes mencionado, optó por la segunda posibilidad, presentando una Solicitud de Arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con fecha 29 de agosto de 2023, lo cual comunicó al Concesionario mediante Oficio N°511-2023-GRA/GR de fecha 31 de agosto de 2023.
11. Como efecto de la decisión del Concedente de impugnar la imputación de incumplimiento ante la jurisdicción arbitral, no se configuró la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión pretendida por el Concesionario, ya que de acuerdo a una interpretación *contrario sensu* del literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato tendríamos:
12. Primero, consideramos conveniente precisar que una interpretación *a contrario* o *contrario sensu* de determinada cláusula contractual consiste en advertir una consecuencia jurídica opuesta a lo afirmado o negado en la misma. Es decir, parte de la oposición entre dos hechos (el hecho que está regulado en la cláusula y el hecho que no) para concluir del uno (el hecho que no está regulado) lo contrario de lo que ya se sabe del otro (el hecho regulado).
13. En línea con lo anterior, y a modo de ejemplo, si en un contrato de trabajo se establece que todos los empleados contratados a tiempo completo tienen derecho a vacaciones anuales remuneradas; a contrario sensu, los trabajadores contratados por tiempo parcial no tendrán derecho a dicho beneficio. Precisamente, sobre la interpretación *a contrario* o *contrario sensu* de un contrato, Rodríguez-Toubes[[37]](#footnote-37) sostiene lo siguiente:

*“En esencia, argumentar a contrario sensu al interpretar una disposición jurídica que prescribe consecuencias jurídicas para cierto supuesto de hecho es, primero, inferir que un supuesto de hecho relacionado diferente tiene consecuencias jurídicas distintas implícitas; y, seguidamente, hacer explícitas esas consecuencias inferidas.*

*(…). Es el resultado de construir premisas y realizar inferencias, y se invoca como razón para fundamentar una solución. (…). La interpretación <<a contrario>> se emplea típicamente para interpretar textos legislativos, y en ellos se centra este trabajo; pero también se aplica a sentencias, contratos, o hechos”.*

1. Aplicando este importante concepto al caso en concreto, corresponde remitirnos nuevamente al literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, el cual, entre otros puntos, establece que *“El Concedente tendrá treinta (30) Días para presentar su propuesta de solución del incumplimiento existente y quince (15) Días adicionales para subsanar el supuesto que habría dado origen a la causal de terminación. (…). Vencido el plazo sin que (a) el Concedente haya efectuado la subsanación respectiva, o (b) el Concedente haya iniciado el procedimiento arbitral en la forma establecida en la Cláusula 16; el Concesionario podrá considerar configurada la causal de terminación anticipada y comunicará ese hecho al Concedente”.* (Énfasis nuestro).
2. Tal y como vemos, el precitado dispositivo contractual dispone que si el Concedente no acude a la vía arbitral dentro del plazo de quince (15) días adicionales que el mismo establece, se configura la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario.
3. Por lo tanto, de una interpretación contrario sensu o a contrario de la cláusula contractual bajo referencia, la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario no se configurará si el Concedente impugna la imputación de incumplimiento ante la vía arbitral antes del vencimiento del referido plazo de quince (15) días adicionales. Y esto último fue lo que ocurrió, no configurándose, por ende, la causal de terminación anticipada que el Concesionario pretendía.
4. Aun cuando el Concesionario fue informado por el Concedente del inicio del procedimiento arbitral, mediante el Oficio 511, el primero persistió en su intención declarando la terminación anticipada del Contrato de Concesión por causa imputable al segundo, a través de la Carta 360 de fecha 1 de setiembre de 2023; siendo así, **la declaración del Concesionario resulta inválida e ineficaz por ser contraria a lo expresamente dispuesto en la regla contractual.**
5. En efecto, si las partes acordaron que no se configuraría la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario si el Concedente impugna vía arbitraje la imputación de incumplimiento antes de que venza el plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión -lo cual al caso en concreto ocurrió-; no resulta posible que en un momento posterior el Concesionario proceda con declarar la caducidad o terminación anticipada del Contrato de Concesión. Y es que se trataría finalmente no sólo de una contravención a lo acordado por las partes, sino también a lo dispuesto artículo 1361° del Código Civil peruano[[38]](#footnote-38), cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.*

1. El precitado dispositivo normativo establece adicionalmente que lo que se haya expresado en cualquier contrato responde a la común intención de las partes, y que quien alegue que ello no es así le corresponde la carga de la prueba para generar convicción en una afirmación como la de ese tipo (negar lo declarado); especialmente, si la circunstancia en la cual se celebró el contrato que contiene la debida declaración se presta para indicar que en todo momento lo manifestado en el mismo fue lo querido por el declarante. El Concesionario tendría que acreditar con material probatorio, que no pactó junto al Concedente que no se configuraría la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario si el Concedente impugna vía arbitraje la imputación de incumplimiento antes de que venza el plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato. Tal y como sostiene el profesor italiano Emilio Betti[[39]](#footnote-39):

*“Objeto de interpretación (…) es también ya no la voluntad interna cuando permanezca oculta, sino la declaración o el comportamiento encuadrados en el marco de circunstancias que les confiere su significado y valor. (…). Así, al aplicar este concepto a los contratos y en general a los negocios bilaterales, objeto de interpretación en estos negocios son las declaraciones intercambiadas y los comportamientos recíprocamente habidos, considerados como reconocibles, encuadrados en el contexto de las circunstancias concomitantes (…)”.*

1. Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, no queda la menor duda que lo contenido en el Contrato de Concesión responde a la intención interna del Concesionario al momento de la suscripción del mismo, específicamente lo concerniente a que no se configuraría la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario si el Concedente impugna vía arbitraje la imputación de incumplimiento antes de que venza el plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión; lo cual reiteramos ocurrió (el Concedente acudió a la vía arbitral antes de que venciera el plazo en mención, con lo cual no se configuró la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario).
2. Pese a lo anteriormente expuesto, dentro de su perspectiva, el Concesionario continua insistiendo en la validez de la caducidad declarada sin considerar la decisión del Concedente de iniciar el arbitraje en sede nacional conforme a lo previsto en el procedimiento establecido en el TUO del Contrato, al requerir ante el SICRECI el inicio de un trato directo como antesala al arbitraje internacional que pretende seguir conforme a las reglas del CIADI, por lasupuesta afectación que le habría causado el Estado de la República del Perú, la cual estima en términos económicos asciende a US$ 421’590,392.44 (Cuatrocientos Veintiún Millones Quinientos Noventa Mil Trescientos Noventa y Dos y 44/100 Dólares Americanos) según la Carta 010.
3. Mientras para el Concesionario la situación del Contrato de Concesión es terminal y su pretensión puramente indemnizatoria, lo que implica que no quiere ejecutar el Proyecto Majes Siguas II Etapa tal como se había previsto en las modificaciones de la Adenda 13, que este promovió bajo el argumento de un “cambio tecnológico”, para el Concedente primero hay que dilucidar los aspectos jurídico contractuales relacionados con las posiciones esgrimidas en el señalamiento de la Carta 358 y la respuesta que efectuó mediante su Oficio 471 y, seguidamente, proseguir con la ejecución del Proyecto Majes Siguas II Etapa como se había previsto en el Contrato de Concesión.

**El Concedente planteó el Trato Directo como Propuesta de Solución**

1. No obstante, sin que lo que a continuación expresamos se interprete como contradictorio, precisamos que en el entendido de que el convenio arbitral contenido en el TUO del Contrato exige la realización de un trato directo, como paso previo al arbitraje, aunque resulte infructuoso, hemos cumplido con proponérselo a nuestra contraparte mediante el Oficio 471.
2. En dicho documento el Concedente confirmó su predisposición a continuar con la ejecución del Contrato de Concesión con el propósito de hacer realidad el Proyecto Majes Siguas II Etapa, y con la convicción de que la asiste la razón respecto a las imputaciones formuladas por su contraparte, le propuso a esta llevar adelante el trato directo como mecanismo de solución de la controversia originada por la imputación de incumplimientos que nos hizo el Concesionario. Por ello, citamos a continuación lo vertido en la parte final del referido documento:

***“VI. PROPUESTA DE SOLUCION.***

*En línea con lo vertido en la partes que anteceden, ratificando nuestra posición de INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES que conduzcan inevitablemente a las Partes a la caducidad del Contrato de Concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a. del numeral III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato, cumplimos con proponer solucionar cualquier diferencia retomando el TRATO DIRECTO, explorando posibilidades para la continuidad de la relación contractual en los términos que sean necesarios para asegurar la ejecución del Proyecto Majes Siguas II en el marco de una asociación público privada, de lo contrario y tal como prescribe el Contrato de Concesión y* ***en la eventualidad de que en los próximos 15 días no se pueda subsanar algún pendiente, nos veremos obligados en acudir a la vía del arbitraje para solucionar nuestras diferencias en torno al emplazamiento efectuado por el Concesionario según lo dispuesto en la cláusula 16 del TUO del Contrato****, (…)”* (Énfasis nuestro)

1. Como puede apreciarse en la cita textual, en ningún momento nos referimos a retomar el trato directo que el Concesionario inició anteriormente, el cual fue celebrado a través del SICRECI con los mismos señalamientos de incumplimiento del Concedente e igual amenaza de que si estos no eran subsanados a su satisfacción declararía la caducidad del Contrato de Concesión por causa atribuible a nuestra parte.
2. Nuestra propuesta fue efectuada en atención a lo que el procedimiento dispone en el literal a. del apartado III.2 de la cláusula 15.1: *“El Concedente tendrá treinta (30) Días para presentar su propuesta de solución de! Incumplimiento existente”*; es así, que ante nuestra declaración de inexistencia de incumplimientos les planteamos el trato directo, advirtiéndoles que ante *“(…) la eventualidad de que en los próximos 15 días no se pueda subsanar algún pendiente, nos veremos obligados en acudir a la vía del arbitraje para solucionar nuestras diferencias en torno al emplazamiento efectuado por el Concesionario según lo dispuesto en la cláusula 16 del TUO del Contrato, (…)”.*
3. Entonces, de entenderse que el Convenio Arbitral contenido en el TUO del Contrato contiene una “cláusula escalonada”, el Concedente cumplió con requerir el trato directo que la cláusula 16.1 estipula y que lo expresado en la Carta 359 del Concesionario es un rechazo para celebrarlo como antesala al procedimiento arbitral que hemos iniciado en sede nacional.
4. No obstante, que propusimos llevar a cabo el trato directo para buscar una solución a la problemática del Contrato de Concesión y ver de manera amistosa los argumentos esgrimidos por ambas partes respecto a los supuestos incumplimientos contractuales, a través de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-359, (en adelante carta 359)

**El Concesionario rechazó el Trato Directo.**

1. El Concesionario manifestó su rechazo a la propuesta de solución alcanzada por el Concedente en el Oficio 471, “en tanto no plantea ninguna solución a los incumplimientos imputados al Concedente y reproduce argumentos previamente refutados por el Concesionario”, desvirtuando el sentido de nuestro planteamiento señalo lo siguiente:

*“Finalmente, dejamos constancia que el trato directo iniciado mediante nuestra comunicación MS2-CAS-MEF-CAR-007 de fecha 08/11/2022 ya ha concluido, al haberse superado largamente el plazo contemplado en la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión sin que se hubiese producido un acuerdo sobre las controversias.* ***En efecto, el trato directo ya ha culminado de manera insatisfactoria respecto de nuestras reclamaciones.****”* (Énfasis nuestro)

1. Por otro lado, señala que el Oficio 471 que da respuesta a los incumplimientos imputados por el Concesionario mediante la Carta 358, reproduce argumentos que ya han sido refutados en múltiples comunicaciones.
2. Asimismo, advierte que en cumplimiento con la cláusula 15.1 (III.2) (a) del Contrato[[40]](#footnote-40), en caso al 31 de agosto de 2023 el Concedente no haya cumplido con subsanar el incumplimiento de sus obligaciones, habrá operado la caducidad del Contrato.
3. Finalmente, señalan que no es atendible el pedido del Concedente de resolver en trato directo las discrepancias pendientes, porque consideran que los tratos directos han sido infructuosos.
4. Ahora bien, el procedimiento prescrito en el TUO del Contrato nos remite directamente al inicio del procedimiento arbitral para interrumpir la caducidad del Contrato de Concesión. No se refiere al inicio de un trato directo o de manera general a un “mecanismo de solución de controversias” como tendenciosamente lo venia señalando el Concesionario en los escritos que presentó anteriormente. No obstante, lo indicado literalmente, le propusimos a nuestra contraparte mediante el Oficio N° 471 retomar el camino del diálogo para hallar una solución al problema suscitado, toda vez que no era la primera vez que el Concesionario activaba el mecanismo de caducidad invocando los mismos supuestos incumplimientos del Concedente enunciados en la Carta N° 358.[[41]](#footnote-41)
5. En dicho documento el Concedente confirmó su predisposición a continuar con la ejecución del Contrato de Concesión con el propósito de hacer realidad el Proyecto Majes Siguas II Etapa, con la convicción de que la asiste la razón respecto a las imputaciones formuladas por su contraparte; por ello, le propuso al Concesionario llevar adelante el trato directo como mecanismo de solución de la controversia originada por la imputación de incumplimientos que nos hizo el Concesionario.
6. En caso no se pudiera resolver los pendientes en los 15 días establecidos en el TUO del Contrato de Concesión para un trato directo, la única alternativa que el Concedente tiene es iniciar el procedimiento arbitral para que no se configure la caducidad. El intento fue infructuoso porque el Concesionario mediante la Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-359 de fecha 17 de agosto de 2023 (en adelante, “Carta N° 359”), rechazó el trato directo, desvirtuando el sentido de nuestro planteamiento al contestar lo siguiente:

*“Finalmente, dejamos constancia que el trato directo iniciado mediante nuestra comunicación MS2-CAS-MEF-CAR-007 de fecha 08/11/2022 ya ha concluido, al haberse superado largamente el plazo contemplado en la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión sin que se hubiese producido un acuerdo sobre las controversias. En efecto, el trato directo ya ha culminado de manera insatisfactoria respecto de nuestras reclamaciones.”* (Énfasis nuestro)

1. Por el momento no discutimos la afectación que tenemos por los incumplimientos contractuales del Concesionario, sino si los señalamientos realizados constituyen o no infracciones a las reglas contractuales de nuestra parte. Debido a que la inexistencia de incumplimientos del Concedente se la hemos hecho saber reiteradamente al Concesionario y que este insiste en que no es así para victimizarse y pretender un resarcimiento por el daño que le estaría produciendo nuestra posición respecto a la ejecución del Contrato de Concesión, consideramos necesario el pronunciamiento de un Tribunal Arbitral a las cuestiones de puro derecho que hemos planteado como pretensiones en la Solicitud de Arbitraje.
2. Cabe aclarar, que la determinación de la naturaleza de la controversia y la sede en donde esta debe ser examinada corresponde a quien quiere proponerla, en este caso, al Concedente; y para el efecto, el convenio arbitral contenido en el Contrato de Concesión describe dos escenarios respecto al arbitraje de derecho de: (i) el internacional, a través del CIADI o alternativamente el CNUDMI[[42]](#footnote-42), y (ii) el nacional, a través del Centro de Arbitraje. En razón a la naturaleza jurídica de la divergencia entre la perspectiva del Concesionario en su Carta 358 y nuestra respuesta a sus señalamientos efectuada por el Oficio 471, optamos por el arbitraje en sede nacional administrado por el Centro de Arbitraje.
3. Seguidamente, nos corresponde precisar si la indicación del literal a. del numeral III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato, acerca del inicio de un procedimiento arbitral de acuerdo con la cláusula 16, contempla la previa celebración de un trato directo o como literalmente lo precisa debe procederse de manera directa, como lo hizo el Concedente. Es decir, corresponde verificar si el referido dispositivo contractual se trata de una cláusula escalonada, entendiéndose a esta como aquella disposición que se incluye en un acuerdo o contrato, y que establece un proceso jerárquico o escalonado para la resolución de disputas antes de recurrir al arbitraje.
4. En La Oposición presentada por el Concesionario al arbitraje iniciado por el Concedente ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el Concesionario, más allá de reiterar los incumplimientos en los que supuestamente habríamos incurrido en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión, principalmente estuvo direccionada a cuestionar el inicio del arbitraje, en base a (i) una supuesta firmeza de la caducidad que decretó en cuanto al Contrato de Concesión; (ii) la falta de realización del trato directo como paso previo al proceso arbitral; y, (iii) una supuesta falta de competencia del Centro de Arbitraje para administrar el arbitraje que tiene como objeto la controversia que involucra a ambas partes.

**El Arbitraje iniciado no es contrario al Convenio Arbitral.**

1. El Concesionario formuló oposición al arbitraje iniciado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, porque según su criterio este sería *“(…) contrario a lo establecido en el mecanismo de solución de controversias acordado por las Partes”[[43]](#footnote-43),* ya que el diferendo que existe, según su interpretación, tiene una cuantía mayor a los US$ 30´000,000.00 (Treinta Millones y 00/100 dólares americanos) o no la tendría porque las partes no se han puesto de acuerdo respecto al monto.
2. Cabe precisar que las pretensiones que tenemos respecto a las controversias que son materia del arbitraje que hemos iniciado en sede nacional son de puro derecho y no tienen cuantía; se refieren a la verificación del cumplimiento del Contrato de Concesión por el Concedente, a fin de desvirtuar el señalamiento de incumplimientos efectuado por el Concesionario a la luz de los medios probatorios que ofreceremos con la presentación de la Demanda y validar nuestra posición respecto a aspectos sustanciales como la no aprobación del Expediente Técnico N° 2de acuerdo con el procedimiento establecido en el literal c. de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato (según la modificación efectuada por la Adenda 13).
3. Por ello, contradijimos la Oposición del Concesionario trayendo a colación lo previsto en el apartado (ii) del literal b) de la cláusula 16.2 del TUO del Contrato, que a la letra dice:

*“****b)******Arbitraje de Derecho.-***

*(…)*

*(ii) Las Controversias No Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a US$ 30'000,000.00 (Treinta Millones con 001100 Dólares), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. (…)”* (Énfasis nuestro)

1. Siendo evidente que el Contrato de Concesión contiene un Convenio Arbitral que incorpora expresamente al Centro de Arbitraje para la solución de controversias como las que hemos identificado y pretensiones como las que hemos planteado, cabe recordar lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 7 del Reglamento de Arbitraje:

*“2. Si el demandado presenta excepciones u objeciones que guardan relación con la existencia del convenio arbitral conforme al Reglamento, el Consejo decide que el arbitraje debe continuar administrado por el Centro,* ***solo si*** *aprecia, prima facie, la posible existencia de un convenio arbitral entre las partes que haga referencia al Reglamento o a la administración del Centro.”* (Énfasis nuestro)

1. En ese sentido, el Consejo Superior de Arbitraje mediante Resolución N° 155-2023/CSA-CACCL de fecha 25 de octubre del 2023, se ha pronunciado declarando INFUNDADA la oposición al arbitraje formulada por la Concesionaria Angostura Siguas S.A. y que el Caso Arbitral N° 440-2023-CCL debe de continuar bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y que será el tribunal arbitral que se constituya el que se pronuncie en definitiva sobre su competencia.

**El Procedimiento remite directamente al Inicio del Arbitraje para evitar la Caducidad del Contrato de Concesión**

1. Pues bien, a continuación, nos remitimos al literal a. del numeral III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato: *“(…). Vencido el plazo sin que (a) el Concedente haya efectuado la subsanación respectiva, o* ***(****b) el Concedente haya iniciado el procedimiento arbitral en la forma establecida en la Cláusula 16; el Concesionario podrá considerar configurada la causal de terminación anticipada y comunicará a ese hecho al Concedente****.****”*
2. Conforme se logra apreciar, la cláusula contractual previamente reproducida no establece que para que el Concedente objete el incumplimiento contractual que el Concesionario le pueda imputar, acuda previamente a un trato directo para encontrar una solución a la controversia, sino que dispone que *“El Concedente haya iniciado el procedimiento arbitral en la forma establecida en la Cláusula 16; (…)”,* dependiendo la naturaleza de la controversia que se someterá a arbitraje para verificar si finalmente resulta obligatorio llevar a cabo el trato directo como requisito de procedibilidad.
3. En atención a lo anterior, y tomando además en consideración que la presente controversia gira en torno a si el Concedente ha incumplido determinadas prestaciones a su cargo en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión; con lo cual se ratifica que el arbitraje iniciado por el Concedente es en efecto uno de puro derecho y no cuantificable en dinero, razón por la que el mismo debe ser uno nacional y administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; y siendo que en un arbitraje de ese tipo no se debe de mediar un trato directo previo como requisito de procedibilidad, en tanto el Contrato de Concesión no lo exige, podemos observar que el Concedente, al iniciar de manera directa el arbitraje objeto de análisis, no ha actuado en contravención del convenio arbitral contenido en el Contrato de Concesión. Lo expuesto se justifica en lo contenido por el numeral ii) del literal b) de la cláusula 16.2° del Contrato de Concesión.
4. A mayor abundamiento, y a fin de ratificar que no existe cláusula escalonada alguna para empezar un arbitraje nacional ante el Centro de Arbitraje, deberemos tener presente que toda cláusula contractual, como lo es finalmente la cláusula 16 del Contrato de Concesión -que es la que regula los mecanismos de solución de conflictos que se presenten durante la ejecución del Contrato de Concesión-, merece ser interpretada de manera adecuada, no solo restringiéndose a lo textual o literalmente, sino de una forma sistemática, pues de ese modo recién podremos saber con exactitud cuál ha sido el sentido que dieron las partes del compromiso que se plasmó en la cláusula contractual -o subcláusula- objeto de interpretación; ello conforme a lo dispuesto en la cláusula 26.11, justamente referida a la interpretación del TUO del Contrato que establece que “ *el TUO del Contrato deberá interpretarse como una unidad y en ningún caso cada una de sus Cláusulas de manera independiente”* , la misma que se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 169° del Código Civil peruano. Veamos:

*“Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.*

1. La subcláusula referente a un arbitraje nacional ante el Centro de Arbitraje, no dispone el trato directo como paso previo para iniciar el referido arbitraje; a diferencia de la subcláusula a un arbitraje internacional ante el CIADI, que sí establece como requisito de procedibilidad el haber intentado previamente solucionar la controversia mediante un trato directo. Resulta válido concluir, entonces, que en todo caso deviene en una opción el trato directo como paso previo para iniciar un arbitraje nacional ante el Centro de Arbitraje.
2. En atención a lo anterior, y en vista de que no es obligatorio acudir al trato directo para empezar un arbitraje nacional ante el Centro de Arbitraje, se denota a todas luces que no existe una cláusula escalonada con respecto a dicho arbitraje nacional.
3. Sin perjuicio de lo explicado precedentemente, resulta de mucha importancia precisar que las cláusulas escalonadas en los contratos generan preocupaciones en torno al acceso a la justicia, especialmente cuando no se implementan de manera equitativa o cuando limitan la capacidad de una de las partes para recurrir a un Tribunal Arbitral de manera efectiva. Y es que el condicionar el ejercicio del derecho de acción[[44]](#footnote-44) al cumplimiento de determinada conducta como requisito de procedibilidad para acudir al fuero arbitral, no sería más que una limitación o afectación a dicho derecho fundamental.
4. Por lo tanto, el exigir el cumplimiento de una cláusula escalonada para acudir con posterioridad a ello a la jurisdicción arbitral, deviene en una situación de absoluta arbitrariedad, en tanto el numeral 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece que *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (…). 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”* (Énfasis nuestro)
5. Esta *posición va en línea con lo analizado anteriormente, puesto que, en la medida en que el arbitraje es una jurisdicción y constitucionalmente está garantizado el libre acceso a los órganos jurisdiccionales para resolver conflictos de intereses, todo tribunal arbitral estaría obligado a declararse competente, aún cuando las partes no hayan cumplido con los requisitos de cláusulas escalonadas”.* (Énfasis nuestro).

De igual modo, Cantuarias y Repetto[[45]](#footnote-45) opinan lo siguiente:

*“En el marco de una concepción jurisdiccional del arbitraje (como es la concepción que ha adoptado el Tribunal Constitucional peruano), las cláusulas escalonadas de solución de controversias no tendrían validez, debido a que impedirían el acceso a la jurisdicción”. (Énfasis nuestro).*

1. **CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR CAUSA ATRIBUIBLE AL CONCESIONARIO.**
2. Con el Oficio N° 469-2023-GRA/GR de fecha 9 de agosto de 2023 (en adelante, “Oficio N° 469”), el Concedente emplazó al Concesionario por “incumplimiento grave” de sus obligaciones contractuales y activó el procedimiento de terminación anticipada del Contrato de Concesión según lo dispuesto en la cláusula 5.2 del TUO del Contrato, bajo los siguientes términos:
3. La referida cláusula regula el inicio de la construcción de Obras Nuevas de Segunda Fase, de acuerdo con lo siguiente:

*“5.2. Inicio de la construcción de las Obras Nuevas. El Concesionario está obligado a iniciar la construcción de las Obras Nuevas de acuerdo con su Calendario de Trabajo y con la programación contenida en sus Calendarios de Obras de la Primera Fase y de la Segunda Fase, de acuerdo con el siguiente detalle:*

*Para el caso de las Obras Nuevas de la Primera Fase, estas se iniciarán una vez elaborados y aprobados los Expedientes Técnicos N° 1A y N° 1B en la forma establecida en las Cláusulas 1.49 y 1.50, y conforme a lo previsto en el Numeral 8 del Anexo 17.*

***Para el caso de las Obras Nuevas de la Segunda Fase, estas se iniciarán una vez concluido y aprobado el Expediente Técnico N° 2*** *en la forma establecida en la Cláusula 1.51, y se haya producido el Cierre Financiero de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 20.3.*

*En el acto de inicio de las Obras Nuevas, en las diferentes Fases y frentes de trabajo, se procederá a la apertura de los respectivos Cuadernos de Obra”* (Énfasis nuestro)

1. Mediante Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 9 de setiembre de 2022, trasladamos al Concesionario los resultados del “Informe de Revisión de Levantamiento de las Observaciones Subsistentes al Expediente Técnico N° 2” de fecha 9 de septiembre del 2022, elaborado por el Supervisor Especializado y le informamos la imposibilidad de emitir la aprobación al Expediente Técnico N° 2, dada la subsistencia de observaciones no resueltas, que determinan que este no reúna las condiciones técnicas especificadas en el Contrato de Concesión; y,
2. Las observaciones subsistentes fueron notificadas sucesivamente con el Oficio N° 805-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE, el Oficio N° 951-2022- GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE y el Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE- GDPMSIIE de fecha 9 de setiembre de 2022, sin que hayan sido absueltas con las comunicaciones remitidas en respuesta por el Concesionario, Carta MS2-CAS-AUT-CAR-147 de fecha 12 de agosto de 2022 y Carta MS2-CAS-AUT-CAR-152 de fecha 1 de setiembre de 2022, o mediante comunicaciones posteriores.
3. Para mayor ilustración, resumimos lo ocurrido dentro del procedimiento establecido por el TUO del Contrato:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Actividad** | **Responsable** | **Plazo** | **Documento** | **Fecha** | **Nota** |
| Presentación de propuesta de Expediente Técnica N° 2 | Concesionario | 60 días calendario contados desde la firma de la Adenda 13 | Carta MS2- CAS-GRA- CAR-296 | 15-jul- 2022 | Presentó su propuesta de Expediente Técnico N° 2 dentro del plazo establecido en el procedimiento |
| Remisión de propuesta de Expediente Técnico N° 2  al Supervisor Especializado | Concedente |  | Oficio N° 721-2022- GRA-PEMS- GE- GDPMSIIE | 15-jul- 2022 |  |
| Observaciones a la propuesta de Expediente Técnico N° 2 presentada por el Concesionario | Supervisor Especializado | 15 días calendario desde la presentación | Carta J3D151- CRT-N° 048-  2022/SE- CD/SF2-ING | 29-jul- 2022 | 358  observaciones |
| Concedente | Oficio N° 805-2022- GRA-PEMS-  GE- GDPMSIIE | 29-jul- 2022 |
| Levantamiento de observaciones | Concesionario | 15 días calendario contados desde la comunicación | Carta MS2- CAS-AUT- CAR-147 | 12-ago- 2022 | Presentó información para levantar 62  observaciones de las 358 efectuadas por el Supervisor Especializado |
| Pronunciamiento del Supervisor Especializado | Concedente |  | Oficio N° 887-2022- GRA-PEMS- GE- GDPMSIIE | 12-ago- 2022 | Remisión a la Supervisión Especializada |
| Supervisor Especializado | 10 días calendario de recibida la comunicación de la absolución | Carta J3D151- CRT-N° 064- 2022/SE- CD/SF2-ING  (versión digital) J3D151- CRT-N° 065- 2022/SE- CD/SF2-ING  (versión física) | 22-ago- 2022 | Subsistencia de 296 observaciones |
| Remisión de información | Concedente |  | Oficio N° 951-2022- GRA-PEMS- GE- GDPMSIIE | 22-ago- 2022 |
| Aclaración | Concesionario | 10 días calendario contados desde el pronuncia  miento | Carta MS2- CAS-AUT- CAR-152 | 01-set- 2022 | Levantamiento de 107 observaciones |
| Pronunciamiento final | Concedente |  | Oficio N° 1028-2022- GRA-PEMS- GE- GDPMSIIE | 01-set- 2022 | Remisión a Supervisión Especializada |
|  | Supervisor Especializado | 10 días calendario desde la aclaración | Carta J3D151- CRT-N° 095- 2022/SE- CD/OCA- ING | 09-set- 2022 | Subsistencia de 189 observaciones |
|  | Concedente |  | Oficio N° 1088-2022- GRA-PEMS- GE- GDPMSIIE | 09-set- 2022 | **Comunica No Aprobación del Expediente Técnico N° 2** |
| **Arbitraje de Conciencia** | Concesionario |  |  | Ha transcurrido más de 1 año | Decisión de No Aprobación ha quedado consentida |

1. Considerando la subsistencia de observaciones a la propuesta de Expediente Técnico N° 2 presentada por el Concesionario, con Oficio N° 1400-2022-GRA- PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022, Oficio N° 1399-2022- GRA-PEMS-GE-GDPMSME de fecha 21 de octubre de 2022 y Oficio N° 669- 2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 18 de mayo de 2023, el Concedente reiteró la No Aprobación del Expediente Técnico N° 2.
2. Bajo este marco, la posición expresada por el Concesionario sobre una “aprobación tácita” del Expediente Técnico N° 2 *“por ausencia de observaciones del Concedente”* carece de sustento contractual. Mediante Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-306 de fecha 27 de setiembre de 2022, Carta N° MS2-CAS-AUT-CAR-179 de fecha 10 de noviembre de 2022, Carta N° MS2- CAS-AUT-CAR-206 de fecha 13 de diciembre de 2022, Carta N° MS2-CAS-AUT- CAR-207 de fecha 13 de diciembre de 2022, Carta N° MS2-CAS-AUT-CAR-239 de fecha 24 de marzo de 2023, entre otras, insiste en algo que resulta completamente inadmisible y contrario a las reglas establecidas en el literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato, que regula la aprobación del Expediente Técnico N° 2.
3. No obstante, a partir de la Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-306 de fecha 27 de setiembre de 2022, el Concesionario comunicó el inicio de actividades del supuestamente aprobado Expediente Técnico N° 2. Este ejecutó trabajos asociados a las obras de construcción de la Planta de Dovelas, componente que corresponde al referido Expediente (Obras Nuevas de la Segunda Fase) sin consentimiento del Concedente y sin participación de la Supervisión Especializada.
4. En ese sentido, se ha configurado el incumplimiento de la cláusula 5.2 del Contrato, que exige expresamente la previa conclusión y aprobación del Expediente Técnico N° 2 para el inicio de las Obras Nuevas de la Segunda Fase y por tanto, la causal de terminación anticipada del Contrato por causa imputable al Concesionario tipificada en el literal f) del numeral II.1.1 de la cláusula 15.1.
5. En adición, se han identificado diferentes incumplimientos de las obligaciones contractuales a cargo del Concesionario que, pese a no ser calificadas como graves por el Contrato de Concesión, han impactado negativamente en su ejecución y revelan el incumplimiento sistemático de las obligaciones asumidas por el Concesionario con la suscripción del Contrato y sus adendas. Dichos incumplimientos se detallan a continuación:
6. Incumplimiento de la obligación de actualización y obtención de la aprobación de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental Represa Angostura y Gestión Ambiental a Nivel Definitivo correspondiente a las Obras Nuevas de Primera Fase (instrumentos de gestión ambiental complementarios): obligación regulada en las cláusulas 3.1, 5.6, 17.1 y Anexo N° 17 (8.1, 12), según las cuales corresponde al Concesionario realizar o completar, según corresponda, la obtención de autorizaciones ambientales para la ejecución de Obras Nuevas, así como realizar los estudios complementarios de Impacto Ambiental de la Represa Angostura y la Gestión Ambiental;
7. Incumplimiento del pago del monto total del capital social del Concesionario, dentro del plazo establecido para el efecto: obligación regulada en la cláusula 27.2.3;
8. Incompatibilidad entre la actualización del Calendario de Trabajo y los Calendarios de Inversiones correspondientes a la Primera Fase con el Cronograma de Desembolso del Cofinanciamiento: obligación derivada de la modificación del Anexo 20 efectuada con la celebración de la Adenda 13;
9. Incumplimiento en la presentación del reglamento y manual de operación y mantenimiento de las obras existentes previamente al inicio del Periodo Constructivo Principal: obligación establecida en la cláusula 5.4.3 del Contrato concordada con el artículo 6 de la Resolución de Gerencia Ejecutiva N° 071-2017-GRA/PEMS-GE-OAJ que aprobó el Expediente Técnico N° 1B;
10. Incumplimiento en la presentación anual de los Estados Financieros Auditados, dentro del plazo otorgado para el efecto durante los ejercicios comprendidos en el periodo 2017-2022 (regularizados en el 2023): obligación contenida en la cláusula 5.11 del TUO del Contrato.
11. Si bien el inicio de ejecución de obras correspondientes al Expediente Técnico N° 1B durante el Periodo Constructivo Principal se encuentra sujeto al Cronograma de Trabajos del Concesionario en concordancia con la cláusula 5.2 del TUO del Contrato, la falta de inicio de ejecución de dichas obras por parte del Concesionario en el primer semestre del Periodo Constructivo Principal ha generado el incumplimiento de la meta física de ejecución de obra prevista para diciembre del 2022, lo que retrasa aún más la conclusión del proyecto, por causas imputables al Concesionario. Al respecto, es de destacar que, a dicha fecha, el Concesionario ni siquiera concluyó la acreditación de requisitos de ampliación de garantía exigidos por la cláusula 11.4 para el inicio de la ejecución de dichas obras previamente a la obtención del cierre financiero, específicamente, la realización del primer incremento del monto de garantía en 1.34% adicional.
12. Mediante Oficio N° 569-2023-GRA/GR de fecha 22 de setiembre de 2023 (en adelante, “Oficio N° 569”), el Concedente comunicó al Concesionario que se ha configurado de manera definitiva la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión por el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales precisadas en el Oficio N° 469, en tanto este no ha cumplido con la subsanación del incumplimiento grave dentro del plazo otorgado para el efecto. Consecuentemente, declaró la terminación anticipada del Contrato de Concesión de conformidad con el literal b) del numeral II.2 de la cláusula 15.1. En este escenario, precisó que si bien la falta de inicio de ejecución de obras en los casos en que se hayan observado los requisitos aplicables configura un incumplimiento de la cláusula 5.2, este no es el único supuesto reconocido por esta. En efecto, en tanto la cláusula condiciona dicho inicio a la conclusión y aprobación del Expediente Técnico correspondiente, la ejecución de obras sin la observancia de tal condición se encuentra también comprendida en la causal de incumplimiento grave (“Incumplimiento de lo establecido en la cláusula 5.2).
13. Por otro lado, el Concedente estableció que no se ha producido el supuesto adicional a la subsanación de incumplimientos habilitado por el literal b del numeral II.2 de la cláusula 15.1 del Contrato para revertir el procedimiento de caducidad, dado que el Concesionario tampoco ha iniciado un procedimiento arbitral para cuestionar la imputación del incumplimiento. Recordemos, que la cláusula no remite al Concesionario al inicio del procedimiento de solución de controversias, que comprende al trato directo, sino al procedimiento arbitral cuya determinación de tribunal arbitral, entre otros, se encuentra regulada en la cláusula 16.
14. A través de la N° Carta MS2-CAS-GRA-CAR-361 de fecha 2 de octubre de 2023 (en adelante, “Carta N° 361”), el Concesionario rechazó la declaración de caducidad del Concedente, alegando que el Contrato se encuentra caduco desde el 1 de setiembre de 2023 y rechazando la existencia de incumplimientos de su parte. Asimismo, sostiene que el pedido del trato directo (ante SICRECI) cumple con el supuesto establecido en la cláusula 15.1.(II.2). (b) del TUO del Contrato para interrumpir el procedimiento de caducidad.

1. **PEDIDO DEL CONCESIONARIO DE INICIO DE TRATO DIRECTO ANTE EL SICRECI**[[46]](#footnote-46)**.**
2. El Concesionario mediante Carta N° MS2-CAS-MEF-CAR-010 (en adelante, “Carta N° 010”) planteó el inicio del trato directo ante el SICRECI según lo establecido en la cláusula 15.1.(II.2). (b) del TUO del Contrato, a fin de revertir el procedimiento de caducidad y demandar al Estado peruano ante el CIADI para obtener una indemnización por los supuestos perjuicios que le han causado los incumplimientos de las obligaciones contractuales del Concedente.
3. La agenda del trato directo solicitado por el Concesionario contempla asuntos relacionados con la terminación anticipada del Contrato de Concesión formulada por este mediante la Carta N° 358 y tópicos que corresponden a la caducidad activada por el Concedente mediante el Oficio N° 469, que según su criterio deberían ser abordados bajo la premisa de que la caducidad del Contrato de Concesión se ha configurado el 1 de setiembre de 2023 porque el Concedente no subsanó los incumplimientos imputados dentro del plazo establecido, lo cual cuestionamos porque de acuerdo al Contrato de Concesión teníamos como opción iniciar el arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima, por lo que esa declaración de caducidad del Concesionario es invalida e ineficaz.
4. Las pretensiones del Concesionario ante el SICRECI son las siguientes:
5. Que se declare la validez y firmeza de la resolución del Contrato de Concesión por causa imputable del Concedente, porque el Concedente así lo ha consentido;
6. Que se declare la invalidez de la resolución del Contrato de Concesión invocada por el Concedente;
7. Que se determine la liquidación del Contrato (daños valuados en el monto de las obras ejecutadas); y,
8. Que se obligue al Concedente a reparar los demás daños sufridos por la Concesionaria que no quedan cubiertos por la liquidación, provocados tanto por los incumplimientos contractuales del Concedente como por la terminación del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente.
9. El Concesionario considera que se ha producido un daño resarcible por el Concedente y calcula el importe de la indemnización en US$ 421,590,392.44, que según su dicho buscará obtener mediante un arbitraje internacional administrado por el CIADI.
10. La Demandada busca una compensación económica, aun cuando han transcurrido 13 años desde que suscribimos el Contrato de Concesión y el Estado peruano le ha desembolsado US$ 162,84 millones, esto es, el 57.69% del Cofinanciamiento comprometido, y el gasto del Concesionario según la información brindada por este asciende a US$ 106.77 millones, por lo que existe una diferencia entre lo recibido y lo gastado de US$ 56.07 millones,monto por el cual el Concesionario debería dar una explicación.
11. De los US$ 106.77 millones reportados como gasto por el Concesionario, encontramos que solose ha utilizado en obra US$ 31.79 millones respecto a los US$ 282.28 millones del Cofinanciamiento comprometido por el Estado.Lo demás lo habría utilizado en movilizar la tuneladora US$ 36.69 millones y en campamentos y obras preliminares US$ 38.28 millones.
12. El avance en las Obras Principales (Presa Angostura y Derivación Angostura Colca) es mínimo y la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase es nula, debido a que el Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado porque el Concesionario no absolvió las observaciones efectuadas por la Supervisión Especializada.
13. El Concedente se ha mantenido firme en su posición de que en primer término se resuelva arbitraje iniciado ante la Cámara de Comercio de Lima, puesto que el Concesionario se mantiene en su posición de dar por terminado el Contrato de Concesión según lo manifestado en la Carta N° 360, que consideramos invalida e ineficaz porque se contrapone a una regla contractual, lo que tendrá que ser materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral.
14. El Concesionario, inicio su trato directo ante SICRECI mediante la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 de fecha 20 de setiembre de 2023 (en adelante, “Carta 010”)[[47]](#footnote-47), en el marco de la caducidad del Contrato de Concesión declarada por este mediante su Carta 360 de fecha 1 de setiembre de 2023.

Por ello, mediante Oficio N° 570-2023-GRA/GR de fecha 22 de setiembre de 2023 (en adelante, “Oficio 570”), manifestamos nuestra discrepancia con lo solicitado por el Concesionario y pusimos en conocimiento del SICRECI nuestro rechazo a la terminación anticipada del Contrato de Concesión declarada el Concesionario a través de su Carta 360, debido a que estando a lo dispuesto en el literal a. del apartado III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato, habíamos iniciado el arbitraje en sede nacional, lo que además le fue comunicado al Concesionario de manera oportuna a través del Oficio 511.

1. En nuestra comunicación, puntualizamos que el Concesionario no respondió satisfactoriamente al señalamiento de incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales que le hicimos mediante el Oficio 469, ni subsanó sus faltas dentro del plazo conferido, ni brindó una explicación que denote su buena fe para superar la problemática en la que se encuentra la Concesión por la no aprobación del Expediente Técnico N° 2, que ha originado la suspensión de las Obras de la Primera Fase y la inejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase, por lo que declaramos la terminación anticipada del Contrato de Concesión al amparo de lo previsto en el literal a. del apartado II.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato.
2. El pedido de trato directo ante el SICRECI se ha efectuado en el marco de la supuesta caducidad del Contrato de Concesión declarada por el Concesionario, que desde su interés obedece a que no hemos subsanado los incumplimientos contractuales que nos imputó en su Carta 358, ni recurrido al “mecanismo de solución de controversias” que, según su antojadiza referencia, nos habría correspondido invocar. Volvemos a reiterar que al haber iniciado el procedimiento arbitral con base a lo previsto en el literal de la cláusula 16.2 del TUO del Contrato no se ha configurado la causal de caducidad del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente.

**XI SITUACION DEL CASO ARBITRAL 440**

1. Con fecha 29 de agosto del 2023, el Gobierno Regional de Arequipa en su calidad de Concedente, debidamente representado por la Procuradora Pública Regional, considerando el rechazo del Trato Directo, expresado por el Concesionario en su carta 359; inició, el procedimiento arbitral a que se refiere la cláusula 15.1 (III.2.a) del TUO del Contrato, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el mismo que quedó registrado como Caso Arbitral 440-2023-CCL donde en forma preliminar se plantean nueve pretensiones principales y ocho pretensiones accesorias
2. Mediante Oficio N° 511-2023-GRA/GR de fecha 31 de agosto del 2023, notificado por conducto notarial, el Concedente comunico al Concesionario el inicio del procedimiento arbitral antes mencionado.
3. Con fecha 20 de setiembre del 2023, el Concesionario presenta al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima escrito de oposición a la solicitud de inicio Arbitraje, cuestiona la competencia de dicha instancia para conocer el arbitraje y considera que la disputa debe ser resuelto en un arbitraje internacional.

**El Concedente Absuelve traslado y formula réplica (Escrito N° 03)**

1. Mediante el Escrito N° 3 de fecha 16 de octubre del 2023, el Concedente absuelve la oposición planteada por el Concesionario y formula replica bajo los siguientes argumentos:

* El Inicio del arbitraje en sede nacional no puede ser considerado un incumplimiento del Contrato de Concesión; por tanto, el Concesionario debe participar en este para que se diluciden las divergencias que tenemos por nuestras distintas interpretaciones de los hechos y el TUO del Contrato y así podamos superar la situación y hacer los mayores esfuerzos para que el Proyecto Majes Siguas II Etapa sea ejecutado. El Concesionario no puede sustraerse al arbitraje nacional porque eso si constituirá un incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
* El arbitraje iniciado no es contrario al convenio arbitral, debido a que el Tribunal Arbitral es el único competente para determinar si el arbitraje iniciado debe ser administrado por el Centro de Arbitraje. No le corresponde ello al Consejo Superior, sino al Tribunal Arbitral que a la fecha no se encuentra conformado.
* Todas las pretensiones del Concedente, con excepción de la Novena Pretensión Principal, que usualmente se requiere como sanción a la parte vencida en el arbitraje, buscan obtener el pronunciamiento de un neutral acerca del cumplimiento del Contrato de Concesión; esto es, si quien tiene la razón respecto a la ejecución contractual es el Concesionario que imputa incumplimiento a su contraparte o si quien la tiene es el Concedente a través de sus respuestas formuladas en contrario.

1. El tribunal arbitral conforme lo establece el principio kompetens kompetens, tiene la capacidad para pronunciarse respecto a su propia competencia. Al respecto, resulta incuestionable que, en la experiencia peruana, sin importar cuál sea el tema cuya estimación le podría impedir a un Tribunal Arbitral entrar al fondo de determinada controversia, nuestro ordenamiento jurídico (y el mismo Reglamento de Arbitraje) le otorga al Tribunal Arbitral una especie de prioridad temporal frente a cualquier otro funcionario y/o autoridad, sea público o privado.
2. La presente controversia producida por la imputación de incumplimiento del Concesionario y la respuesta del Concedente desvirtuándola, reafirma que la misma debe resolverse mediante arbitraje en sede nacional, por cuanto lo que el Concedente quiere dilucidar son cuestiones de puro derecho, concernientes al cumplimiento de cada una de las obligaciones precisadas en el Contrato de Concesión, que su contraparte cuestiona para justificar la existencia de un daño resarcible.
3. Aun cuando el Concesionario fue informado por el Concedente del inicio del procedimiento arbitral, mediante el Oficio 511, el primero persistió en su intención declarando la terminación anticipada del Contrato de Concesión por causa imputable al segundo, a través de la Carta 360 de fecha 1 de setiembre de 2023; siendo así, la declaración del Concesionario resulta inválida e ineficaz por ser contraria a lo expresamente dispuesto en la regla contractual.
4. En efecto, si las partes acordaron en el Procedimiento de caducidad que no se configuraría la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario si el Concedente impugna vía arbitraje la imputación de incumplimiento antes de que venza el plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión -lo cual al caso en concreto ocurrió-; no resulta posible que en un momento posterior el Concesionario proceda con declarar la caducidad o terminación anticipada del Contrato de Concesión. Y es que se trataría finalmente no sólo de una contravención a lo acordado por las partes, sino también a lo dispuesto artículo 1361° del Código Civil peruano[[48]](#footnote-48), cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresa en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.*

1. Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, no queda la menor duda que lo contenido en el Contrato de Concesión responde a la intención interna del Concesionario al momento de la suscripción del mismo, específicamente lo concerniente a que no se configuraría la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario si el Concedente impugna vía arbitraje la imputación de incumplimiento antes de que venza el plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión; lo cual reiteramos ocurrió (el Concedente acudió a la vía arbitral antes de que venciera el plazo en mención, con lo cual no se configuró la causal de terminación anticipada invocada por el Concesionario).
2. Finalmente, el Concedente solicita al Concejo Superior del Centro de Arbitraje de la cámara de Comercio de Lima lo siguiente:

Que se dé por presentada la REPLICA a la Respuesta del Concesionario.

Que el Consejo Superior de Arbitraje se pronuncie por la continuidad del arbitraje bajo la administración del Centro de Arbitraje con sometimiento incondicional de las partes a sus normas.

Que se prosiga con la conformación del Tribunal Arbitral de acuerdo con los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento de Arbitraje.

Que cualquier excepción u objeción de nuestra contraparte, incluyendo la que cuestiona la competencia del Centro de Arbitraje, sea resuelta por el Tribunal Arbitral conforme a lo establecido en el numeral 1 del artículo 7 del Reglamento de Arbitraje.

A fin de que en su debida oportunidad el Tribunal Arbitral declare fundadas todas las pretensiones planteadas por el Concedente en el arbitraje iniciado.

1. Mediante carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 de fecha 20 de setiembre del 2023 el Concesionario inició Trato Directo ante SICRECI, (Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión), respecto de las controversias que se derivan de su carta 358 de activación de la caducidad y la respuesta otorgada por el Concedente mediante oficio 471, así como que el proceso de caducidad que inicio el Gobierno Regional de Arequipa mediante oficio 469 de fecha 29 de agosto de 2023, planteando como una de sus pretensiones que “se declare la invalidez de la resolución del Contrato de Concesión invocada por el Concedente” .
2. Mediante Oficio N° 569-2023-GRA-GR de fecha 22 de setiembre del 2023, el Concedente, comunicó la Caducidad de la Concesión por causa imputable al Concesionario, ello ante el incumplimiento de lo establecido en el literal b) de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato de Concesión por parte del Concesionario, esto es la subsanación de los incumplimientos imputados dentro del plazo otorgado o el inicio del procedimiento arbitral para cuestionar la imputación de incumplimiento efectuada por el Concedente.
3. Mediante la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-361 de fecha 2 de octubre de 2023, el Concesionario rechazó la declaración de caducidad del Concedente, alegando que el Contrato se encuentra caduco desde el 1 de setiembre de 2023 por incumplimientos imputables al Concedente y rechazando la existencia de incumplimientos de su parte. Asimismo, sostiene que el inicio del trato directo cumple con el supuesto establecido en el literal b del numeral II.2 de la cláusula 15.1 del Contrato para revertir el procedimiento de caducidad.
4. Mediante Escrito N° 03 de fecha 16 de octubre del 2023 el Concedente, a través de la Procuradora Publica Regional absuelve traslado y formula réplica a la oposición presentada por el Concesionario.
5. Con fecha 20 de octubre la Concesionaria Angostura, presenta sus argumentos a la réplica que presento el Concedente argumentando que: i) el Concedente no agotó el trato directo requerido para iniciar el arbitraje, ii) Concedente no respetó el plazo de trato directo de 15 días hábiles, ya que interpuso la solicitud de arbitraje antes de la culminación de dicho periodo iii) la controversia debe ser resuelta mediante arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversiones -CIADI, ya que la cuantía supera los 30´000,0000 iv) el CIADI es el competente para resolver la controversia cuando no haya acuerdo de las partes sobre la naturaleza de la controversia y la cuantía de la misma.
6. Mediante Resolución N° 155-CCL de fecha 25 de octubre del 2023 expedido por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el Caso Arbitral N°0440-2023-CC se declaró INFUNDADA la oposición presentada por el Concesionario y determino que dicho arbitraje debe continuar bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y que será el tribunal arbitral que se constituya el que se pronuncie en definitiva sobre su competencia.
7. Con fecha 27 de noviembre del 2023 mediante Oficio 844-2023-GRA/GR notificada notarialmente al Concesionario, el Concedente dio respuesta a la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360, señalando que oportunamente a través del Oficio N° 511-2023-GRA/GR de fecha 31 de agosto del 2023, se le dio respuesta, precisando que de conformidad con lo previsto en el literal a. del apartado III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato de Concesión, se ha interrumpido la caducidad del Contrato de Concesión planteada por la Concesionaria, mediante Carta MS2-CAS-GRA-CRA-358 de fecha 22 de junio del 2023, por haberse consolidado el inicio del Caso arbitral N° 440-2023-CCL,luego que el Consejo Superior de Arbitraje declarara infundada la oposición presentada por el Concesionario que presentaron, mediante resolución N° 155-2023-CSA-CA-CCL de fecha 25 de octubre del 2023.
8. Con fecha 29 de diciembre el Co-arbitro señor Diego Fernández Arroyo, comunica al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que junto con el Co-arbitro señor José Soto han decidido designar como Presidente del Tribunal Arbitral al señor José Rossell.
9. Con fecha 19 de enero de 2024, la Cámara de Comercio de Lima notificó la aceptación al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral presentada por el Dr. José Rosell, cabe indicar que el Concesionario considera que desde esa fecha el Tribunal ha quedado constituido.
10. Con fecha 25 de enero de 2024 el Concesionario presentó una solicitud de Bifurcación del presente arbitraje, con el fin de que el arbitraje tenga dos etapas, una primera dedicada a resolver las objeciones jurisdiccionales y de ser rechazadas, se abrirá una segunda etapa para resolver el fondo de la disputa.
11. Mediante Oficio 236-GRA/PPR de fecha el 5 de febrero la Procuradora Publica Regional informó a AUTODEMA, que el Tribunal Arbitral ha corrido traslado la solicitud de Bifurcación del Procedimiento presentado por la Concesionaria en el Caso Arbitral 440-2023-CCL, solicitando se le remita un proyecto de absolución antes del 16 de febrero del 2024, por ser el plazo de vencimiento.
12. Con fecha 6 de febrero del 2024 la Concesionaria presenta sus observaciones al borrador de Reglas Arbitrales, observando que el Tribunal no debe hacer alusión al Contrato de Concesión suscrito el 9 de diciembre del 2010, sino al TUO del Contrato suscrito el día 30 de abril del 2015. También le solicita que el Tribunal reconozca que la postura de la demandada que el arbitraje no debería de ser administrado por el Centro Arbitraje en los términos expuestos y que establezca que estos aspectos serán resueltos oportunamente por el Tribunal arbitral una vez oídas debidamente las Partes, motivo por la cual lo señalado en la presente sección no debe interpretarse como un consentimiento de la demandada a someterse a la Jurisdicción del Centro y de este Tribunal Arbitral.
13. Con fecha 20 de febrero de 2024 el Tribunal Arbitral notifica a la Procuradora Regional la Orden Procesal N° 1, la misma que contiene las Reglas Arbitrales y Procesales, en la cual tácitamente acepta el pedido de bifurcación presentado por el Concesionario con fecha 25 de enero del 2024, al establecer que el Laudo arbitral de Jurisdicción se emitirán dentro del plazo de 50 días hábiles, contados desde el cierre de las actuaciones de jurisdicción, precisando que el cierre de las actuaciones de Jurisdicción se efectuara una vez que el Tribunal Arbitral haya finalizado de deliberar sobre la Jurisdicción. Así mismo, establece que la demanda y la reconvención se presentan dentro de los días 20 días hábiles siguientes a la notificación del Laudo Arbitral de Jurisdicción, en el supuesto que el Tribunal Arbitral se declare competente en el Laudo de Jurisdicción.
14. Con fecha 23 de febrero de 2024, el Tribunal Arbitral, en relación a la aclaración solicitada por la Procuradora Regional el Tribunal Arbitral, respecto al numeral 29 de la Orden Procesal 1, reconoce que efectivamente existe un error en el párrafo 29 de dicha Orden Procesal, así como en los numerales 1 y 2 del Calendario Procesal, en donde se han invertido las referencias a la Demandante por la Demandada.
15. Con fecha 4 de marzo del 2024, el tribunal notifica la Orden Procesal N° 2, mediante la cual decide modificar el numeral 29 de la Orden Procesal 1, en los términos que señala, decide substituir el Anexo 1 de la Orden Procesal 1, por el calendario corregido que adjunta, Declara fundado el recurso de reconsideración presentado por la demandante, relacionado con la inscripción de los miembros del tribunal en el SEACE.

**XII LA PRESENTE CONTROVERSIA NO DEBE SER RESUELTA MEDIANTE ARBITRAJE INTERNACIONAL.**

**Las controversias son de puro derecho**

1. Según el literal b) de la cláusula 16.2 del TUO del Contrato, las Controversias No Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 57° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en un procedimiento basado en la legislación nacional.
2. Según el TUO del Contrato, el arbitraje puede ser nacional o internacional, teniendo en consideración la cuantía de la controversia, siendo el caso materia de análisis uno en el que esta no se puede cuantificar por ser de puro derecho, que pretende resolver en sede arbitral la divergencia existente respecto al cumplimiento o incumplimiento de determinadas obligaciones del Concedente en la ejecución del Contrato de Concesión y si como consecuencia de ello corresponde convalidar su posición o la de su contraparte.
3. En sentido distinto a nuestra posición sobre el arbitraje en sede nacional, el Concesionario busca escalar el conflicto hacia sede internacional, al pedir el trato directo ante el SICRECI (como ya lo hizo el año pasado), para luego, según su dicho, acudir ante el CIADI e intentar un resarcimiento económico por el supuesto daño causado por los incumplimientos del Concedente.
4. Como hemos advertido anteriormente, un arbitraje internacional como el que el Concesionario pretende, involucra además la declaración de la responsabilidad internacional del Estado infractor respecto a las garantías y seguridades que debe brindar a la inversión extranjera en el marco de determinado tratado internacional. Y es que las causas por las que se acude a un arbitraje internacional ante el CIADI deben estar relacionadas con la violación de acuerdos de inversión.
5. El Concesionario insiste en que la disputa existente debería ser resuelta en un arbitraje internacional administrado por el CIADI, para que de acuerdo a lo propuesto en la Carta N° MS2-CAS-MEF-CAR-007 de fecha 8 de noviembre de 2022 (en adelante, “Carta N° 007”), intente obtener una indemnización de US$ 421,590,392.44 por las afectaciones que dice ha tenido por los incumplimientos del Concedente, e indica que si el CIADI declarará que no es competente el arbitraje sería de cargo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – “CNUDMI”.
6. En cambio, nuestra posición se sustenta en la cláusula 16.2.(b)) del TUO del Contrato, cuyo texto es el siguiente:

*“b) Arbitraje de Derecho. -*

*Las Controversias No Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con el numeral 1 y 2 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable.*

*El arbitraje de derecho podrá ser nacional o internacional, de acuerdo a lo siguiente:*

*(…)*

*(ii) Las Controversias No Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a US$ 30'000,000.00 (Treinta Millones con 001100 Dólares), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero****,*** *serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.*

*(…)*

*El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los ciento veinte (120) Días posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral. El laudo podrá emitirse fuera de este plazo cuando el Tribunal Arbitral considere indispensable actuar medios probatorios como peritajes o inspecciones oculares fuera de la ciudad donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral”* (Énfasis nuestro)

1. Como lo señalamos anteriormente, hemos planteado el arbitraje en sede nacional por la naturaleza jurídico contractual de las pretensiones detalladas líneas arriba, las cuales no tienen carácter económico y si tienen algún impacto no será mayor al límite de US$ 30 millones o su equivalente en moneda nacional como prescribe el Contrato de Concesión.

**La cuantía de la Controversia no supera los US$ 30 millones.**

1. El Concesionario señala que no hemos sustentado porque la controversia no supera los US$ 30 millones. *En atención a lo vertido en el presente escrito acerca de nuestras reclamaciones preliminares,* el Tribunal Arbitral debe entender que nuestras pretensiones giran en torno a la divergencia existente entre la posición del Concesionario manifestada en la Carta N° 358 y la nuestra expresada en el Oficio N° 471 y que hay un trasfondo jurídico contractual por resolver como paso previo a cualquier otra reclamación económica que se pueda presentar en el futuro.
2. En el Memorial de Excepciones, el Concesionario adjunta un peritaje de parte elaborado por JS HELD, que hace hincapié en la perspectiva indemnizatoria de la demanda que este quiere incoar ante el CIADI, que dista del enfoque que tenemos con relación a las pretensiones planteadas por el Concedente, en su mayor parte correspondientes a verificaciones de cumplimiento, interpretaciones sobre el procedimiento a seguir para determinados objetivos como la aprobación del Expediente Técnico N° 2 que no se pueden cuantificar. El único punto de convergencia que encontramos con el arbitraje iniciado es aquel relacionado con las valorizaciones que no le han sido aprobadas y/o pagadas por circunstancias en las que fueron participes la Supervisión Especializada y el propio Concesionario, y que además fueron objeto de observaciones de nuestra parte basadas en el Contrato de Concesión.
3. JS HELD basa sus estimaciones en las valorizaciones presentadas por el Concesionario, en específico la última de agosto de 2023, en el supuesto que lo reportado por el Concesionario es lo que se le debe reconocer y pagar, sin embargo, las consideraciones contenidas en el TUO del Contrato de Concesión son distintas, como podemos apreciar a continuación:
4. La cláusula 1.102 del TUO del Contrato establece que las valorizaciones serán de aplicación para el Sistema de Reajuste de Precios por aplicación de fórmulas polinómicas y reconocidas en los Certificados de Cofinanciamiento Compensatorio;
5. El segundo guion de la cláusula 15.4.1 del TUO del Contrato establece la forma de proceder en caso la caducidad se produjera durante la ejecución de las Obras Nuevas de la Primera Fase y el Concesionario no hubiera ejecutado la totalidad de los recursos recibidos, situación que no corresponde, puesto que el Concesionario reclama montos mayores al Cofinanciamiento entregado;
6. La cláusula 15.4.2 y el numeral 2.2 del Anexo 18 del TUO del Contrato no son aplicables debido a que el Concesionario no contó con autorización para ejecutar las Obras Nuevas de la Segunda Fase, porque el Expediente Técnico N° 2 no está aprobado;
7. Los numerales 2.2.3 y 4.2.5 (e)) del Anexo 14 señalan expresamente que las valorizaciones presentadas son empleadas para efectos del Sistema de Reajuste de Precios;
8. La cláusula 1.94 del TUO del Contrato de Concesión establece que los Presupuestos de Obras de la Primera Fase y de la Segunda Fase se aplicarán en la programación y control del proceso de construcción de las obras respectivas y servirán de base para la aplicación del Sistema de Reajuste de Precios; y, en atención a ello, el Apéndice II: Procedimientos del Acta de definición de procedimientos operativos relacionados a los desembolsos de Cofinanciamiento de fecha 25 de agosto de 2017 las Partes acordaron que, para la determinación del cumplimiento de las metas de obra programadas, entre otros, se tomará en base los presupuestos contenidos en los Expedientes Técnicos aprobadosy en función a ello se establecerá el porcentaje de avance ejecutado para compararlo con el porcentaje programado en el Anexo 20 del TUO del Contrato de Concesión.
9. Por otro lado, el Cofinanciamiento acordado para el financiamiento de las Obras de la Primera Fase no puede ser modificado bajo motivo alguno (cláusula 4.A del TUO del Contrato) y que el monto sumado de presupuestos contenidos en los Expedientes Técnicos 1AA, 1AB y 1B (US$ 312.05 millones / numeral 120 del Informe Pericial), sobre los cuales el Concesionario presenta sus valorizaciones, excede el monto fijado para el Cofinanciamiento (US$ 282.28 millones / cláusula 1.26 del TUO.
10. Reiteramos lo dicho, en el arbitraje iniciado, el Concedente tiene interés en que se compruebe la inexistencia de los incumplimientos de sus obligaciones en el Contrato de Concesión, que le fueron señalados por el Concesionario en la Carta N° 358 para activar el mecanismo de terminación anticipada del Contrato de Concesión contemplado en la cláusula 15.1 (III.1) del TUO del Contrato, considerando la respuesta documentada que le dimos a nuestra contraparte a través del Oficio N° 471.

**Las pretensiones del Concedente no involucran cuantía**

1. Por ello, en línea con lo previsto en la cláusula 16.2.(ii) (b)) apartado (ii) del TUO del Contrato, describimos nuestras pretensiones con indicación de la cuantía que le corresponde:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **PRETENSIÓN** | **DECLARACIÓN** | **SUSTENTO** | **CUANTÍA** |
| **Primera Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación del Concedente establecida en el inciso 1.45 de la cláusula 1 del TUO del Contrato | Se efectuó la Entrega del Control del Proyecto para la ejecución de las Obras Iniciales de la Primera Fase | No tiene |
| **Segunda Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación del Concedente establecida en el inciso 1.45 de la cláusula 1 del TUO del Contrato | Se efectuó la Entrega del Control del Proyecto para la ejecución de las Obras Restantes de la Primera Fase | No tiene |
| **Tercera Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación del Concedente establecida en el inciso 1.45 de la cláusula 1 del TUO del Contrato | No se puede efectuar la Entrega del Control del Proyecto para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase, porque el Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado conforme al procedimiento establecido en el TUO del Contrato y el Anexo 13 | No tiene |
| **Cuarta Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de las obligaciones del Concedente establecida en el literal b) del numeral 4.1.1 del inciso 4.1 de la cláusula 4 del TUO del Contrato, respecto a las valorizaciones presentadas por el Concesionario (Expedientes Técnicos 1AA, 1AB y 1B) | Las valorizaciones no han sido aceptadas porque las obras se han ejecutado sin dar cuenta al Supervisor Especializado y sin participación de éste, contraviniendo lo dispuesto en el inciso 1.115 de la Cláusula 1 y el inciso 25.2 de la Cláusula 25 del TUO del Contrato | No tiene. |
| **Quinta Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de las obligaciones de desembolso y/o pago del Concedente, previstas en el literal b) del numeral 4.1.1 del inciso 4.1 de la cláusula 4 del TUO del Contrato, respecto a las valorizaciones presentadas por el Concesionario, relacionadas con las obras correspondientes al Expediente Técnico N° 2 | No se pueden pagar valorizaciones de obras cuyo Expediente Técnico no existe y que además se han realizado sin participación de la Supervisión Especializada, contraviniendo lo dispuesto en el literal c, del numeral 5.5.2, del inciso 5.2 de la cláusula 5 del TUO del Contrato modificado por la Adenda 13, y el inciso 1.115 de la Cláusula 1 y el inciso 25.2 de la Cláusula 25 del TUO del Contrato | No tiene. |
| **Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal** | El Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado conforme al procedimiento previsto en el literal c) del numeral 5.5.2 del inciso 5.2 de la cláusula 5 del TUO del Contrato, por cuanto el Concesionario no ha levantado la totalidad de las observaciones formuladas por la Supervisión Especializada |  | No tiene. |
| **Sexta Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de una obligación contractual del Concedente por no contar con un tercero cumpliendo el rol de Supervisor Especializado. | El Contrato de Concesión prevé que en caso de que la Supervisión Especializada no esté encargada a un tercero, esa función la cumplirá la Unidad Técnica de AUTODEMA (Autoridad Autónoma de Majes) | No tiene. |
| **Sétima Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de una obligación “sustancial” del Concedente, que constituye causal de caducidad del Contrato de Concesión, si el otorgamiento de la Garantía Soberana y la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso están en proceso | Que se determine si esa circunstancia, en la que participa el Concesionario le impide cumplir con el Cierre Financiero y sus demás obligaciones contractuales | No tiene. |
| **Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de las obligaciones contractuales del Concedente, enunciadas en el numeral 91 de la Carta 358 del Concesionario | En el supuesto negado de que los incumplimientos fueran ciertos, estos no corresponden a obligaciones “sustanciales”  En esa perspectiva, los incumplimientos “en conjunto” no configuran caducidad del Contrato de Concesión | No tiene. |
| **Primera Pretensión Accesoria A La Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la modificación de los Expedientes Técnicos 1AB Y 1B aprobados, por cuanto se ha seguido el procedimiento previsto en los literales a) y b) del numeral 5.5.2, del inciso 5.5 de la cláusula 5 del TUO del Contrato, modificado por la Adenda 13 |  | No tiene. |
| **Segunda Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la actualización del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a la Primera Fase, según lo previsto en la en el inciso 17.1 de la cláusula 17, e inciso 5.6 de la cláusula 5 del TUO del Contrato | El Estudio de Impacto Ambiental es obligación del Concesionario | No tiene |
| **Tercera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la programación e inicio de las defensas ribereñas en el camino a la Bocatoma de Lluclla | Se trata de obras complementarias para las que se ha propuesto una alternativa que concuerda con el Informe de Control Concurrente N° 30405-2022- CG/APP-SCC de la Contraloría General de la República  El Concedente, en línea con lo dispuesto en el TUO del Contrato, ha cumplido con proporcionar al Concesionario una vía de acceso a la Bocatoma de Lluclla | No tiene |
| **Cuarta Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la implementación del sistema de protección de quebradas | Las obras no son exigibles en los términos planteados por el Concesionario, ya que estas serán realizadas en el momento que el Concedente (estime) pertinente, en la cota que se defina técnicamente para proteger la infraestructura según lo estime conveniente, y, porque, además, el TUO del Contrato no señala un plazo para su ejecución porque en este se prevén los mecanismos necesarios para atender las eventualidades que puedan ocurrir durante la ejecución de las Obras y/o en el Periodo de Operación | No tiene |
| **Quinta Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la presentación del Programa de Puesta a Punto de las Obras Existentes | El Programa fue entregado oportunamente al Concesionario mediante Oficio N° 1014-2023-GRA-PEMS-GE- GDPMSIIE de fecha 12 de julio del 2023 | No tiene |
| **Sexta Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la tramitación de los ITS para adaptar el Estudio de Impacto Ambiental de la Segunda Fase, el cual está condicionado a la previa aprobación del Expediente Técnico 2, lo que no se ha producido hasta la fecha porque el Concesionario no cumplió con el procedimiento establecido en el literal c. del numeral 5.5.2 del inciso 5.2 de la cláusula 5 del TUO del Contrato (modificado por la Adenda 13). |  | No tiene |
| **Sétima Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal** | No existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la entrega y vigencia de la póliza de obras civiles terminadas en relación a las Obras Existentes | La póliza fue oportunamente remitida al Concesionario mediante Oficio N° 934-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 26 de junio de 2023 | No tiene |
| **Novena Pretensión Principal** | Que se ordene a la parte Demandada asumir el íntegro de los gastos que origine el presente arbitraje |  | Por determinar. |

1. Además, nos interesa que se verifique que la caducidad declarada por el Concesionario mediante Carta N° 360 es inválida e ineficaz, porque contraviene lo previsto en la cláusula 15.1.(III.2). (a,) del TUO del Contrato.
2. En sentido distinto a nuestra posición sobre el arbitraje, el Concesionario busca escalar el conflicto hacia sede internacional, al pedir el trato directo ante el SICRECI (como ya lo hizo el año pasado), para luego, según su dicho, acudir ante el CIADI e intentar un resarcimiento económico por el supuesto daño causado por los incumplimientos del Concedente.
3. Cabe advertir, que un arbitraje internacional como el que el Concesionario pretende, involucra además la declaración de la responsabilidad internacional del Estado infractor respecto a las garantías y seguridades que debe brindar a la inversión extranjera en el marco de determinado tratado internacional. Y es que las causas por las que se acude a un arbitraje internacional ante el CIADI deben estar relacionadas con la violación de acuerdos de inversión. Precisamente, sobre el proceso arbitral ante el CIADI, Bullard Gonzales[[49]](#footnote-49) opina lo siguiente:

*“En términos generales, el inversionista recurre al CIADI cuando cree o estima que se han vulnerado las garantías que el Estado le ha otorgado para hacer su inversión, en un contrato o en la ley del país”.* (Énfasis nuestro).

En este mismo camino, Rodríguez Pla[[50]](#footnote-50) sostiene lo siguiente:

*“El arbitraje de inversión o arbitraje de diferencias Estado-inversor (ISDS) puede definirse como un mecanismo de derecho internacional público que permite a un inversor que realiza una inversión en otro Estado distinto al de su nacionalidad y que se ha visto perjudicado por ello, instar un procedimiento contra dicho Estado extranjero.*

*Este mecanismo de resolución de disputas entre el inversor y el Estado extranjero se suele configurar mediante los llamados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Bilateral Investment Treaties (BIT) en inglés, o mediante acuerdos comerciales multilaterales. Estos tratados son mecanismos que se crean para que el inversor extranjero se encuentre protegido ante la posibilidad de cualquier abuso por parte del Estado extranjero, los cuales contemplan como vía de resolución de disputas el arbitraje internacional”.* (Énfasis nuestro).

1. De igual modo, Orlando Cabrera[[51]](#footnote-51) expone un caso con el cual se ratifica que sólo se someten al CIADI aquellas controversias relacionadas a una posible vulneración por parte de un Estado a la seguridad y protección que otorgó para una inversión extranjera en su territorio en el marco de determinado acuerdo internacional. Veamos:

*“Los hechos de este caso ocurrieron en un sitio de Santa Ana, Puno, el cual tiene sesenta y tres millones de onzas de plata, y se llevó a cabo según el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y Perú.*

*En el 2007, Bear Creek Mining o BCM, una empresa minera, adquirió la concesión minera y empezó trabajos de exploración y estudios de impacto ambiental y social. Durante este tiempo, hubo fricciones con las comunidades locales. Siendo así, en el 2008, hubo problemas severos porque el personal de BCM fue amenazado y atacado, y sus oficinas saqueadas e incendiadas. Esto podría ser una violación a la seguridad y la protección plena. (…).*

*En el 2011, hubo un decreto presidencial que suspendió el proyecto y canceló el derecho de la minera a explotar en cincuenta kilómetros la frontera bajo el argumento de que ya no estaba en el interés nacional. (…).*

*El tribunal resolvió que BCM tenía derechos protegidos conforme al tratado, pues tenía una concesión. Asimismo, decidió que ocurrió una expropiación indirecta porque las acciones del Gobierno tuvieron un impacto negativo en la inversión de BCM. También se concluyó que fue una expropiación ilegal porque Perú no le dio oportunidad a BCM de ser oída antes de revocar sus derechos mineros y no indemnizó.*

*El tribunal condenó a pagar costos hundidos porque la inversión no había iniciado como tal, estaba en una fase muy incipiente y consideró el futuro del proyecto especulativo e incierto. De este modo, se condenó a pagar 18,2 millones de dólares más intereses y costas de abogados”.*

1. Tal y como vemos, algunas razones para acudir a este tipo de arbitraje son:
2. Expropiación: Cuando un gobierno nacionaliza o confisca propiedades o activos de inversor extranjero sin una compensación adecuada o sin seguir los procedimientos establecidos en un Acuerdo de Inversión o Tratado Bilateral;
3. Trato injusto o discriminatorio: Si un inversor extranjero siente que no está recibiendo un trajo justo o igualitario por parte del gobierno anfitrión, lo que puede incluir discriminación en comparación con inversores locales o de otras nacionalidades;
4. Falta de protección y seguridad: Si el gobierno anfitrión no proporciona la protección y seguridad adecuadas a los inversores extranjeros, lo que puede incluir la falta de medidas para prevenir daños a la propiedad o la seguridad personal de los inversores; y,
5. Cambios en la legislación y regulaciones: Cuando se producen cambios en la legislación o las regulaciones del país anfitrión que afectan negativamente a la inversión extranjera de manera retroactiva o de otra forma injusta.
6. Pues bien, siendo que el CIADI tiene jurisdicción sobre disputas relacionadas con inversiones extranjeras y, en particular, con la violación de garantías y seguridades establecidas en tratados de inversión y acuerdos bilaterales; es el caso que, si una disputa no se refiere a la violación de garantías y seguridades de inversión, el CIADI podría declararse incompetente.

**El CIADI se limita a casos específicos relacionados con inversiones extranjeras y la protección de los derechos de los inversores en ese contexto.**

1. En atención a lo anterior, Medina Casas[[52]](#footnote-52) se remite a la Decisión de Jurisdicción del 06 de agosto del 2004 expedida en el marco del Caso CIADI ARB/03/11, precisando lo siguiente:

*“En este asunto el tribunal* ***se declaró incompetente*** *para conocer una operación relativa al* ***incumplimiento de un contrato de compraventa*** *acompañado de la prestación de ciertos servicios de asistencia técnica”.* (Énfasis nuestro).

1. Retomando estos importantes conceptos al caso en concreto, cabe preguntarse, ¿la controversia suscitada entre el Concedente y el Concesionario puede ser resuelta a través de un arbitraje ante el CIADI? Evidentemente que no, en la medida que la referida controversia versa sobre un posible incumplimiento del Concedente en cuanto al Contrato de Concesión (un aspecto puramente contractual), más no de posibles vulneraciones por parte del Estado peruano a las garantías y seguridades que debe de brindar a la inversión efectuada por el Concesionario en el marco del o los tratados internacionales que suscribió junto al Estado al que éste último pertenece.
2. Finalmente, reiteramos que la controversia producida por la imputación de incumplimiento del Concesionario y la respuesta del Concedente desvirtuándola, debe resolverse mediante arbitraje en sede nacional, por cuanto lo que el Concedente quiere dilucidar son cuestiones de puro derecho, concernientes al cumplimiento de cada una de las obligaciones precisadas en el Contrato de Concesión, que su contraparte cuestiona para justificar la existencia de un daño resarcible**.**

**Sobre el supuesto reconocimiento de la competencia del CIADI para resolver la presente Controversia.**

1. En la Respuesta del Concesionario también se afirma tendenciosamente que el Concedente “ha reconocido la competencia del CIADI para resolver la presente controversia”, haciendo referencia a ciertas declaraciones difundidas por los medios de comunicación, que pueden haber sido distorsionadas o en todo caso corresponden a opiniones que no obedecen a la formalidad con la que el Concedente se conduce respecto a la ejecución del Contrato de Concesión.
2. Asimismo, el Concesionario indica que en nuestro Oficio 471 reconocemos “que la presente controversia debe ser resuelta mediante un arbitraje internacional”, citando una parte de la propuesta de trato directo que le hicimos y enfatizando en un párrafo seguido, recortado adrede para darle el sentido que busca confundir a quien no tiene el texto y el contexto completo. Por ello, seguidamente transcribimos lo que realmente expresamos en nuestra comunicación:

“***VI. PROPUESTA DE SOLUCION*.**

*En línea con lo vertido en la partes que anteceden, ratificando nuestra posición de INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTOS GRAVES que conduzcan inevitablemente a las Partes a la caducidad del Contrato de Concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a. del numeral III.2 de la cláusula 15.1 del TUO del Contrato, cumplimos con proponer solucionar cualquier diferencia retomando el TRATO DIRECTO, explorando posibilidades para la continuidad de la relación contractual en los términos que sean necesarios para asegurar la ejecución del Proyecto Majes Siguas II en el marco de una asociación público privada, de lo contrario y tal como prescribe el Contrato de Concesión y en la eventualidad de que en los próximos 15 días no se pueda subsanar algún pendiente, nos veremos obligados en acudir a la vía del arbitraje para solucionar nuestras diferencias en torno al emplazamiento efectuado por el Concesionario según lo dispuesto en la cláusula 16 del TUO del Contrato****,*** *e incorporar en el arbitraje internacional, como corresponde al ejercicio de nuestro derecho de defensa, los señalamientos de incumplimiento de las obligaciones del Concesionario que determinan la terminación anticipada del Contrato de Concesión por su responsabilidad****.***

*(…)”* (Énfasis nuestro)

1. Nótese que el párrafo completo, alude al derecho de defensa del Concedente a la eventualidad de un arbitraje internacional iniciado por el Concesionario contra el Estado Peruano, no se refiere a que el Concedente va iniciar un arbitraje internacional, no lo podría hacer y no la hecho en el pasado, es mas no existe ningún precedente que el estado peruano haya iniciado arbitrajes internacionales contra empresas extranjeras, lo que se ha dado es que el proceso de su defensa ha desbaratado pretensiones de malos inversionistas extranjeros, en arbitrajes internacionales.
2. Ahora, en el supuesto negado que se entienda nuestro texto en el sentido que propone el Concesionario, esto no representa un “acuerdo” entre las partes relativo a que la presente controversia debe resolverse en sede internacional, menos aún una admisión a que dicha sede sea el CIADI pues el arbitraje sobre el diferendo que hemos iniciado no discute las garantías y seguridades que el Estado peruano ofrece al inversor extranjero respecto a sus derechos en una relación contractual como la que tenemos en virtud al Contrato de Concesión, sino cuestiones de puro derecho que consideramos deben ser dilucidadas previamente en sede nacional.

**XIII. COMPARACIÓN DE SOBRE LAS CONTROVERSIAS PLANTEADAS**

1. La totalidad de los presuntos incumplimientos del Concedente que el Concesionario señaló en la Cara MS2-CAS-GRA-CAR-358 y que, sumado a su ineficaz invocación de caducidad declarada mediante la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360, pretende someter a controversia ante SICRECI, desarrollados en el subtítulo IV Incumplimientos del Concedente amparados por esta motivación de trato directo (numerales del 20 al 131) de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010; son exactamente los mismos sobre los cuales el Concedente ha iniciado el procedimiento arbitral ante el Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Lima, en cumplimiento del literal a) del numeral III.2 de la Cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, como se aprecia en los Escritos N° 01 y N° 03 y en el siguiente cuadro comparativo.

| **Tema** | |  | **Solicitud de inicio de arbitraje: Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Lima** | | | | | | **Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010** | | | | | |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Principal** | **Sub tema** |  | **Numerales** | | **Argumentos** | | **Pretensiones** | | **Numerales** | | **Argumentos** | | **Pretensiones** | |
| I. Entrega de Control del Proyecto | Primera Fase |  | III.3.1 (2) (numeral 50) | | - Se cumplió con el 100% de áreas de la entrega de Control del Proyecto de la Primera Fase Etapas I (para Obras Iniciales - año 2006) y II (Obras restantes - año 2023) - Se ha culminado con el saneamiento legal de las áreas - El Concesionario ha podido ejecutar las Obras Iniciales y las Obras Nuevas de la Primera Fase, en los terrenos entregados | | **Primera Pretensión Principal:** Que se declare que el Concedente ha cumplido con la Entrega del Control del Proyecto para la ejecución de las Obras Iniciales de la Primera Fase y que, por tanto, no existe incumplimiento de la obligación establecida en la cláusula contenida en el inciso 1.45 de la Cláusula 1, del TUO del Contrato. **Segunda Pretensión Principal:** Que se declare que el Concedente ha cumplido con la Entrega del Control del Proyecto para la ejecución de las Obras Restantes de la Primera Fase y que, por tanto, no existe incumplimiento de la obligación establecida en la cláusula contenida en el inciso 1.45 de la cláusula 1 del TUO del Contrato. | | 1.3.1 (numerales 59 al 61) | | Concedente, además de presentar documentación defectuosa, no ha cumplido con la entrega de la documentación técnica y legal de: - Zona Pusa Pusa: parcelas 38 y 49 - Zona Tarucamarca: áreas 5, 6, 8, 9 y Eje 11 | |  | |
| Segunda Fase |  | III.3.1 (2) (numeral 51) | | - El Expediente Técnico N° 2 no ha sido aprobado, por tanto no se encuentran definidas las áreas necesarias - Hay diferencias en requerimientos de áreas para Bocatoma - Se facilitó una vía provisional en la faja marginal - Hay diferencias en requerimientos de áreas para Derivación  - No existe incumplimiento por parte del Concedente | | **Tercera Pretensión Principal:** Que se declare que no existe incumplimiento de la obligación de Entrega del Control del Proyecto para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase; conforme lo establecido en el inciso 1.45 de la cláusula 1 del TUO del Contrato, debido a que el Expediente Técnico 2 no ha sido aprobado conforme al procedimiento establecido en la Adenda 13 y el TUO del Contrato. | | 1.3.2 (numerales 62 al 65) | | Concedente, además de presentar documentación defectuosa, no ha cumplido con entregar documentación técnica y legal que acredite posesión sobre: - Área de Bocatoma: portal de entrada y canal de aproximación - Área para camino de acceso a Bocatoma - Proyección de túnel de Derivación | |  | |
| Requerimiento |  | III.3.1 (2) (numeral 54) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: (i) El Concedente ha efectuado la entrega oportuna del 100% las áreas de la Primera Fase, Etapas I y II; (ii) El Concedente ha culminado con el saneamiento legal de todos los predios que corresponden a la Primera Fase, Etapas I y II; (iii) El Concesionario ha podido ejecutar las Obras Iniciales y las Obras Nuevas de la Primera Fase, al haber contado con los terrenos entregados por el Concedente; (iv) El Concesionario no ha podido obtener la aprobación del Expediente Técnico 2 de acuerdo con el procedimiento previsto en el TUO del Contrato y no ha llevado el diferendo de carácter técnico para que se dilucide mediante Arbitraje de Conciencia; y, (v) Al no haberse aprobado el Expediente Técnico 2, no se cuenta con las precisiones necesarias sobre las áreas que requiere el Concesionario para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase. | |  | |  | |  | |  | |
| II. Revisar y aprobado las Obras Nuevas ejecutadas y Contratar a la Supervisión Especializada | Revisar y aprobar las Obras Nuevas ejecutadas |  | III.4.2 (numerales 63 al 74) | | - No existe incumplimiento en la revisión y/o aprobación de valorizaciones de enero 2018 a mayo 2023, toda vez que se ha emitido respuestas aceptando o rechazando las valorizaciones presentadas - Sobre el periodo 2017 y 2018, no existe incumplimiento del Concedente, debido a que el Concesionario incumplió en comunicar el reinicio de ejecución, no se presentó a las reuniones convocadas, no brindó facilidades para evaluar los trabajos en el túnel Trasandino y otras restricciones impuestas por el Concesionario | | **Cuarta Pretensión Principal:** Que se declare que no existe incumplimiento del Concedente respecto de las obligaciones de desembolso y/o pago, previstas en el literal b), del numeral 4.1.1 del inciso 4.1 cláusula 4 del TUO del Contrato, respecto a las valorizaciones presentadas por el Concesionario correspondientes a los meses de enero de 2018 a mayo de 2023, relacionadas con las obras que habrían sido ejecutadas por éste, en el marco de los Expedientes Técnicos 1AA, 1AB y 1B, debido a que se han ejecutado O sin dar cuenta al Supervisor Especializado y sin participación de éste, contraviniendo lo dispuesto en el inciso 1.115 de la Cláusula 1 y el inciso 25.2 de la Cláusula 25 del TUO del Contrato. **Quinta Pretensión Principal:** Que se declare que no existe incumplimiento de las obligaciones de desembolso y/o pago del Concedente, previstas en el literal b), del numeral 4.1.1 del inciso 4.1 de la cláusula 4 del TUO del Contrato, respecto a las valorizaciones presentadas por el Concesionario correspondientes a los meses de enero de 2018 a mayo de 2023, relacionadas con las obras que habrían sido ejecutadas por este sin haberse aprobado el Expediente Técnico 2 y sin participación de la Supervisión Especializada, contraviniendo lo dispuesto en el literal c, del numeral .5.2, del inciso 5.2 de la cláusula 5 del TUO del contrato modificado por la Adenda 13, y el inciso 1.115 de la Cláusula 1 y el inciso 25.2 de la Cláusula 25 del TUO del Contrato. | | 2.1 (numerales 67 al 92) | | - Concesionario viene presentando mensualmente valorizaciones de los Expedientes Técnicos 1AA, 1AB, 1B y 2 - Nunca se realizó una adecuada ni completa revisión de estas valorizaciones, ni por el Supervisor Especializado ni por el Supervisor interino - Se encuentra pendiente de aprobación valorizaciones de enero 2018 a mayo 2023 - Continúa sin valorarse la obra ejecutada en los años 2017 y 2018 - La negligencia, sino conducta dolosa, del Concedente (incumplimiento de cláusulas 15.1 (III.1)(e) o 15.1 (III.1)(g), conllevan a abonar al Concesionario las obras ejecutadas | |  | |
| Contratar a la Supervisión Especializada |  | III.4.2 (numeral 72) | | - La Concesión nunca ha quedado sin Supervisor, debido a que ante la resolución del Contrato de Supervisión, el PEMS - AUTODEMA asumió estas funciones. Por tanto no existe incumplimiento del Concedente | | **Sexta Pretensión Principal:** Que se declare que la facultad de Supervisión dispuesta en la cláusula 1.113 del TUO es la regla aplicable ante la eventualidad de no contar con un tercero cumpliendo el rol de Supervisor Especializado por la situación controversial derivada de la resolución del Contrato de Supervisión Especializada que este tenía con el Concedente, en concordancia con las cláusulas 1.114 y 1.115 del TUO del Contrato, y, que, por tanto, no existe incumplimiento de una obligación contractual del Concedente al respecto. | | 2.2 (numerales 93 al 95) | | - El Concedente decidió disolver el contrato de Supervisión Especializado - Desde esa fecha, el Concedente incumplió con su obligación de contratar una empresa especializada que asumiera el rol de Supervisión Especializada | |  | |
| III. Compromisos y obligaciones sustanciales | III.1 Aprobación del Expediente Técnico N° 2 |  | III.5.2 (numerales 81 al 88) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - Se ha seguido el procedimiento para la evaluación y eventual aprobación del ET2 - Con el Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE se comunica al Concesionario la no aprobación del ET2 debido a la subsistencia de observaciones no absueltas por él. Reiterado en diversas comunicaciones. - El Concesionario no ha activado el mecanismo de Arbitraje de Conciencia establecido en la cláusula 5.5.2 y se limita a afirmar absurdamente que el ET2 ha sido aprobado fácticamente - El informe técnico a que hace alusión, es un documento interno que nunca le fuera comunicado al Concesionario. | | **Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal:** Que se declare que el Expediente Técnico 2 no ha sido aprobado conforme al procedimiento previsto en el literal c, del numeral 5.5.2, del inciso 5.2 de la cláusula 5 del TUO del Contrato modificado por la Adenda 13, por cuanto el Concesionario no ha levantado la totalidad de las observaciones formuladas a su propuesta por la Supervisión. | | 3.1 (numerales 100 al 109) | | - Los comentarios y valoraciones del Supervisor no constituyen observaciones en los términos previstos en la cláusula 5.5.2 (c)  - De acuerdo a la cláusula 5.5.2 (c) ante la ausencia de observaciones, el ET2 se debe considerar aprobado - Un Equipo Especializado del PEMS, en suplencia del Supervisor Especializado, recomendó aprobar el ET2, es decir que emitió un informe favorable a la emisión de la resolución administrativa de aprobación del ET2 - La negativa de aprobar el ET2 se explica en la necesidad de encubrir la imposibilidad de cumplir con la Entrega de Control del Proyecto de la Segunda Fase | |  | |
| III.2 Otorgar Garantía Soberana y Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso | Garantía Soberana | III.5.3 (numerales 91 al 96) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - El Contrato de Concesión no establece plazos para el otorgamiento de la Garantía Soberana - El Concedente ha realizado las acciones pertinentes y oportunas para contar con la Garantía Soberana, sin embargo la dilación en su obtención se ha debido a los proyectos (inadmisibles) presentados por el Concesionario - La Garantía Soberana avala los pagos futuros de RPI y RIA, por cuanto no es exigible para la obtención del Cierre Financiero | | **Sétima Pretensión Principal:** Que se declare que no existe incumplimiento de una obligación “sustancial” del Concedente, que constituye causal de caducidad del Contrato de Concesión, si el otorgamiento de la Garantía Soberana y la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso están en proceso y se determine si esa circunstancia en la que participa el Concesionario le impide cumplir con el Cierre Financiero y sus demás obligaciones contractuales. | | 3.2.1 (numerales 110 al 114) | | - El Concedente no ha suscrito el Contrato de Garantía Soberana - Se pretende desvincular de esta obligación al señalar que el Contrato no establece plazos y que no es requisito para el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario - La Garantía Soberana es un documento esencial para el Cierre Financiero | |  | |
| Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso | III.5.3 (numerales 97 al 104) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - La no suscripción de la Adenda 2 al Fideicomiso no genera impedimento alguno para que el Concesionario cumpla con sus obligaciones contractuales. - El Concedente ha realizado las acciones pertinentes y oportunas para contar con la Garantía Soberana, sin embargo la dilación en su obtención se ha debido a los proyectos y distintas versiones (inadmisibles) presentados por el Concesionario; a lo que se suma las evaluaciones independientes que realizan los intervinientes GRA, MEF y Banco de la Nación | | 3.2.2 (numerales 115 al 119) | | - El Concedente no ha suscrito la Adenda 2 al Contrato de Fideicomiso (60 días luego de Adenda 13) - El Concedente (MEF - PEMS) vienen cambiando significativamente el texto propuesto - Lo que propone el Concedente (MEF-PEMS-GRA-BN) es totalmente distinto a otros Fideicomisos del Estado - La Adenda 2 al Fideicomiso y la Garantía Soberana son necesarios para el Cierre Financiero | |  | |
| III.3 Otros incumplimientos que en conjunto constituyen causal de terminación del Contrato | III.3 (i) Aprobación de Modificación del ET 1AB y 1B | III.5.4 (numerales 107 al 109) | | - No existe incumplimiento, debido a que el literal c) de la cláusula 5.5.2 no contiene la obligación de aprobar la modificación de los Expedientes Técnicos aprobados | | **Primera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal:** Que se determine que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la modificación de los Expedientes Técnicos 1AB Y 1B aprobados, por cuanto se ha seguido el procedimiento previsto en los literales a) y b) del numeral 5.5.2, del inciso 5.5 de la cláusula 5 del TUO del Contrato (modificado por la Adenda 13). | | 3.3.1 (numerales 121 al 123) | | - La propuesta de modificación no afectaba los costos a cargo del Concedente ni los plazos de ejecución - El Concedente impuso un procedimiento para aprobación - Al no existir observaciones debía entenderse como aprobado | |  | |
| III.3 (ii) Actualización de EIA Fase I | III.5.4 (numerales 111 al 124) | | - No existe incumplimiento del Concedente respecto de la realización de estudios definitivos y complementarios de impacto ambiental, debido a que esta es una obligación del Concesionario, conforme a la lectura sistemática de las cláusulas 3.1, 5.6, 17 y el Anexo 17 del Contrato de Concesión | | **Segunda Pretensión Acceso a la Octava Pretensión Principal:** Que se determine que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la actualización del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente a la Primera Fase, según lo previsto en la en el inciso 17.1 de la cláusula 17, e inciso 5.6 de la cláusula 5 del TUO del Contrato, por ser esta una obligación del Concesionario. | | 3.3.2 (numeral 124) | | - El Concedente ha omitido actualizar el EIA de la Fase I como titular del Proyecto (05 años) | |  | |
| III.3 (iii) Defensas Ribereñas Bocatoma Lluclla | III.5.4 (numerales 107 al 109) | | - El Concedente ha cumplido con la obligación planteada en el Contrato de Concesión, al proporcionar una vía de acceso a la Bocatoma de Lluclla | | **Tercera Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal:** Que se determine que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la programación e inicio de las defensas ribereñas en el camino a la Bocatoma, ya que se trata de obras complementarias para las que ha propuesto una alternativa que concuerda con el Informe de Control Concurrente N° 30405-2022- CG/APP-SCC de la Contraloría General de la República, y porque, además, el Concedente, en línea con lo dispuesto en el TUO del Contrato, ha cumplido con proporcionar al Concesionario una vía de acceso a la Bocatoma de Lluclla. | | 3.3.3 (numeral 125) | | - El Concedente ha omitido llevar a cabo las actividades para las defensas ribereñas - El Concedente debe obligarse a su ejecución, mediante un cronograma de actividades consistente con los cronogramas del Concesionario | |  | |
| III.3 (iv) Sistema de protección de quebradas | III.5.4 (numerales 111 al 112) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - El Contrato de Concesión no señala un plazo para construir el sistema de Protección de Quebradas - Esta obra se ejecutará en el momento que el Concedente lo considere pertinente, en la cota que técnicamente se defina para proteger las infraestructuras que considere convenientes, sin sujeción a la conveniencia o diseños propuestos por el Concesionario | | **Cuarta Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal:** Que se determine que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la implementación del sistema de protección de quebradas, porque las obras no son exigibles en los términos planteados por el Concesionario, ya que estas serán realizadas en el momento que el Concedente pertinente, en la cota que se defina técnicamente para proteger la infraestructura según lo estime conveniente, y, porque, además, el TUO del Contrato no señala un plazo para su ejecución porque en este se prevén los mecanismos necesarios para atender las eventualidades que puedan ocurrir durante la ejecución de las Obras y/o en el Periodo de Operación. | | 3.3.4 (numeral 126) | | - El Concedente se ha obligado a invertir en el Sistema de protección de quebradas  - El Concesionario proporcionó un diseño y una propuesta de programa de trabajos - A la fecha el Concedente no ha iniciado el programa de actividades para la construcción del sistema de protección de quebradas | |  | |
| III.3 (v) Programa de puesta a punto | III.5.4 (numerales 114 al 116) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - El Concedente remitió de manera oportuna el Programa de Puesta a Punto, dentro del plazo establecido en el Contrato de Concesión | | **Quinta Pretensión Accesoria a la Novena Pretensión Principal:** Que se declare que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la presentación del programa de Puesta a Punto de las Obras Existentes, por cuanto este fue entregado oportunamente al Concesionario mediante Oficio N° 1014-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 12 de julio del 2023. | | 3.3.5 (numeral 127) | | - El Concedente no ha cumplido con programar, iniciar y ejecutar los trabajos de puesta a punto - En estricto no se cuenta con el Programa de Puesta a Punto | |  | |
| III.4 (vi) Presentación de ITS de Fase II | III.5.4 (numerales 118 al 119) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - La modificación del EIA de la Fase 2 está condicionada a la aprobación del ET2, el cual no ha sido aprobado - Mediante el Oficio N° 1270-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE y posteriores reiteraciones, se advierte al Concesionario de las consecuencias de realizar actividades de la Fase 2 sin aprobación del ET2 | | **Sexta Pretensión Accesoria a la Novena Pretensión Principal:** Que se determine que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la tramitación de los ITS para adaptar el Estudio de Impacto Ambiental de la Segunda Fase, el cual está condicionado a la previa aprobación del Expediente Técnico 2, lo que no se ha producido hasta la fecha porque el Concesionario no cumplió con el procedimiento establecido en el literal c. del numeral 5.5.2 del inciso 5.2 de la cláusula 5 del TUO del Contrato (modificado por la Adenda 13). | | 3.3.6 (numerales 128 al 129) | | - El Concedente no ha presentado ante SENACE el ITS para la Fase 2 - Sin la aprobación del ITS no era posible iniciar la ejecución del Expediente Técnico N° 2 | |  | |
| III.5 (vii) pólizas de seguro | III.5.4 (numeral 120) | | No existe incumplimiento del Concedente debido a que: - Las pólizas de seguros de las Obras Existentes vigentes para el periodo 2022-2023 fueron remitidas al Concesionario con el Oficio N° 934-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE | | **Sétima Pretensión Accesoria a la Octava Pretensión Principal:** Que se determine que no existe incumplimiento de la obligación contractual del Concedente relacionada con la entrega y vigencia de la Póliza de obras civiles terminadas en relación a las Obras Existentes, por cuanto esta fue oportunamente remitida al Concesionario mediante Oficio N° 934-2023-GRA-PEMS-GEGDPMSIIE de fecha 26 de junio de 2023. | | 3.3.7 (numerales 130 al 131) | | - El Concedente no ha evidenciado haber cumplido con su obligación de la forma establecida en el Contrato - Sin perjuicio de la caducidad, el Concedente tiene la obligación de asumir bajo su cuenta y riesgo los costos de cualquier siniestro, mientras no exista una póliza vigente | |  | |
|  | | | III.5.5 (numerales 122 al 123) | | Inexistencia de una situación que impide al Concesionario cumplir con sus obligaciones contractuales - En el en el supuesto negado de que todas estas imputaciones fueran válidas, que su “consideración conjunta” no constituye incumplimiento grave del Concedente que pueda motivar la caducidad del Contrato de Concesión - Sin embargo todas las imputaciones de presuntos incumplimientos han sido desvirtuadas, por tanto no existen incumplimientos de parte del Concedente que impidan que el Concesionario cumpla con sus obligaciones contractuales, ni hechos o circunstancias que ameriten la calificación de “incumplimiento grave” y por ende conduzcan al Contrato de Concesión a su caducidad | | **Octava Pretensión Principal:** Que se declare que no existe incumplimiento de las obligaciones contractuales del Concedente, enunciadas en el numeral 91 del Emplazamiento del Concesionario y se determine si en el supuesto negado de que los incumplimientos fueran ciertos, estos corresponden a obligaciones “sustanciales” y si “en conjunto” configuran causal de caducidad del Contrato de Concesión. | |  | |  | |  | |
|  |  |  |  | |  | | **Novena Pretensión Principal.** Que se ordene a la parte Demandada asumir el íntegro de los gastos que origine el presente arbitraje. | |  | |  | |  | |
|  |  |  |  | |  | | **DECIMA PRETENSION PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral determine que la caducidad declarada por el Concesionario contraviniendo el procedimiento establecido en el literal a. del apartado III.2 de la cláusula 115.1 del TUO del Contrato es inválida e ineficaz. | | I (numeral 8 a) | |  | | Que se declare la validez y firmeza de la resolución del Contrato de Concesión por culpa del Concedente, porque el Concedente así lo ha consentido. | |
|  |  |  |  | |  | |  | | I (numeral 8 b) | |  | | Que se declare la invalidez de la resolución del Contrato de Concesión invocada por el Concedente. | |
|  |  |  |  | |  | |  | | I (numeral 8 c) | |  | | Que se determine la liquidación del Contrato (daños valuados en el monto de las obras ejecutadas). | |
|  |  |  |  | |  | |  | | I (numeral 8 d) | |  | | Que se obligue al Concedente a reparar los demás daños sufridos por la Concesionaria que no quedan cubiertos por la liquidación, provocados tanto por los incumplimientos contractuales del Concedente como por la terminación del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente. | |

.

1. Es preciso señalar que la pretensión dineraria que el Concesionario señala en el numeral VII de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010, son “derivados de los supuestos incumplimientos contractuales del Concedente y de la caducidad de la Concesión por causa imputable al Concedente”, es decir que dicha “cuantificación de daños” se basa en el supuesto negado que la caducidad invocada por el Concesionario haya quedado firme, sin embargo esta declaración de caducidad no ha operado o se ha interrumpido debido al inicio del procedimiento arbitral iniciado por el Concedente ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima signado con el Caso Arbitral N° 0440-2023-CCL y sobre el cual el Consejo Superior de la Cámara de Comercio de Lima declaró INFUNDADA la oposición de competencia presentada por el Concesionario, mediante la Resolución N° 155-2023/CSA-CA-CCL.
2. En tal sentido, en tanto el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima no emita su Laudo Arbitral respecto de las controversias llevadas a ese fuero (presuntos incumplimientos y caducidad por causa imputable al Concedente), no existe “cuantificación de daños” alguna que el Concesionario pueda reclamar

**XIV CONCLUSIÓN (POSICIÓN INSTITUCIONAL)**

1. La controversia suscitada con el Concesionario se encuentra sometida a la fecha al fuero arbitral; y, por tal motivo, el SICRECI deberá de no continuar con el procedimiento de trato directo que nos incumbe; nos remitimos primero al artículo 33° del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje”), y el cual estipula que “(…), las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”. (Énfasis agregado).
2. En plena aplicación de lo regulado por el precitado dispositivo legal, tenemos que la controversia suscitada con el Concesionario se sometió al fuero o jurisdicción arbitral desde la fecha de recepción de la solicitud arbitral presentada por el Concedente ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y la cual data del 29 de agosto del 2023.
3. Habiéndose abocado la jurisdicción arbitral a la controversia suscitada con el Concesionario a partir de la fecha antes indicada, ninguna otra autoridad puede avocarse o interferir en la tramitación de dicha controversia; y ello en virtud de lo regulado por el numeral 2) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú: “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (…). 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (…)”. (Énfasis agregado).
4. El precitado dispositivo constitucional resulta aplicable al caso en concreto, en la medida que la jurisdiccionalidad del arbitraje se encuentra plenamente reconocida a nivel constitucional.
5. Lo expuesto se sustenta en numeral 1) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Veamos: “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militad y la arbitral. (…)”. (Énfasis agregado).
6. Precisamente, sobre la no interferencia o no avocamiento de otra autoridad a una controversia sometida a la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado lo siguiente: “El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional. (…). Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (…), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria”. (Énfasis agregado).
7. Sobre el particular, el artículo 3° de la Ley de Arbitraje ratifica nuestra postura referente a que ninguna autoridad (sea una administrativa o judicial) puede avocarse a causas que ya han sido sometidas a la jurisdicción arbitral. Veamos:

“Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral (…). 1 Sentencia recaída en el Exp. N°6167-2005-PHC/TC. Fundamento.

1. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
2. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo. Ninguna autoridad ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.
3. Asimismo, los artículos 4° y 7° de la Ley del SICRECI, señala que la Comisión especial está conformada por diversos funcionarios y entidades de la administración pública; siendo el Ministerio de Economía y Finanzas – MEF quien funge como su coordinador y la Comisión Especial que la integra un ente adscrito a dicha cartera ministerial, cuya función es la de representar al Estado en las controversias internacionales de inversión, sea en la fase de trato directo o arbitral.
4. En este sentido, al estar conformado el SICRECI por autoridades administrativas -sobre todo si la Comisión Especial que la integra tiene como función la de representar al Estado en la etapa de trato directo de la respectiva controversia-; es que no puede avocarse a la controversia que nos incube al ya estar sometida la misma a la jurisdicción arbitral; máxime si la solicitud de trato directo ante el SICRECI formulada por el Concesionario data del 20 de setiembre del 2023, es decir, una fecha posterior a la fecha en la que el Concedente presentó su solicitud arbitral (29 de agosto del 2023).
5. Precisamente, en la parte resolutiva de la resolución que resuelve la objeción deducida por el Concesionario se establece lo siguiente: “Por lo expuesto, el Consejo declara que la oposición al arbitraje formulada por la Concesionaria Angostura Siguas S.A. es INFUNDADA y que el presente arbitraje debe continuar bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y que será el tribunal arbitral que se constituya el que se pronuncie en definitiva sobre su competencia”.
6. Finalmente, tenemos que el artículo 2° del Reglamento de la Ley del SICRECI dispone las controversias en las que el SICRECI es competente; y, por ende, puede avocarse. Nos remitimos al dispositivo en mención: Resolución N°155-2023/CSA-CA-CCL de fecha 25 de octubre del 2023 expedido por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en Caso Arbitral N°0440-2023-CCL. “Artículo 2.- Están comprendidos dentro del ámbito de lo dispuesto en el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, los contratos de concesión, contratos de compraventa o transferencia de acciones de empresas estatales, convenios de estabilidad jurídica, contratos de licencia o de servicio para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, contratos referidos la explotación de los recursos naturales, recursos mineros o energéticos, y en general todos aquellos acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas que confieran derechos o garantías a estos últimos respecto de su inversión, siempre que tales acuerdo contengan cláusulas que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias. El presente artículo y el artículo 3 de la Ley deben ser entendidos de manera irrestricta, comprendiendo todos aquellos acuerdos y tratados que remitan las controversias entre los inversionistas y el Estado a mecanismos internacionales de solución de controversias, en materia de inversión”.
7. Qué duda cabe, entonces, que el SICRECI será competente sólo para conocer aquellas controversias en las que el sujeto inversor considera o sostiene que el Estado ha violado o incumplido las garantías y seguridades que en su momento otorgó con el fin de proteger a la inversión extranjera en el marco de determinado tratado internacional; ya sea a través de acciones como expropiación sin compensación justa, trato injusto o discriminatorio, falta de protección y seguridad, y cambios en la legislación y regulaciones. Se tratan de controversias en las que el Estado habría vulnerado determinadas garantías de protección para la inversión extranjera.
8. Precisamente, sobre las controversias en materia de inversión a las que el SICRECI puede avocarse, Rodrigo Urrutía3 señala lo siguiente: “Los Tratados de Inversión suelen contener la promesa de los estados suscriptores de someterse a arbitraje en caso existiera alguna controversia respecto a la aplicación de las garantías contenidas en los tratados. Si bien los inversionistas extranjeros no suscriben los Tratados de Inversión, esto se valen de la promesa/oferta del estado de someterse a la competencia de un tribunal arbitral. En el arbitraje de inversión participa el inversionista extranjero (de un país distinto del estado receptor) y el estado receptor de la inversión. Los inversionistas extranjeros tienen el derecho de acudir a arbitrajes, en donde un tribunal arbitral determinará si el estado receptor vulneró o no las garantías/protecciones adoptadas por dicho estado en el Tratado de Inversión”. (Énfasis agregado). 3 URRUTIA, Rodrigo. Controversias entre inversionistas y Estado. Derecho de los inversionistas a someter a arbitraje los actos de los estados receptores de inversión. Lima, 26 de enero del 2023. <https://camposabogados.pe/controversiasentre-inversionistas-y-estados-parte-2/>.
9. En este mismo camino, Conexión ESAN (Portal de negocios de ESAN Graduate School of Business) ha indicado lo siguiente luego de una entrevista al profesor Guillermo Sánchez: “Antes de la existencia de esta figura, cuando surgía un conflicto, los estados solo protegían a sus inversores desde la vía diplomática. <>, describe Sánchez. Pese a que en los 60's surgió el interés por resolver estos conflictos de un modo menos agresivo, después de medio siglo no se ha establecido una sola legislación internacional que regule el arbitraje de inversiones. En medio de esta situación apareció el CIADI, del que el Perú es suscriptor. (…). El arbitraje de inversiones también se ha ido nutriendo a partir de los laudos arbitrales. <>, señala el experto. Igualmente, los laudos arbitrales establecen cómo los países deben recibir y conducirse con los inversionistas extranjeros. <>, aclara. Aquí encontramos una línea de conflicto: ¿dónde se detiene el estado y hasta dónde van los derechos del inversionista? Por ejemplo, en Argentina, el gobierno decidió detener la crisis económica y tomó algunas medidas que afectaron los capitales extranjeros. Esto generó una avalancha de procesos arbitrales contra dicho país. Los árbitros que deciden al respecto deben tomar en cuenta todos los pronunciamientos anteriores. Estos delimitan hasta dónde puede llegar un estado para resolver sus problemas internos, y hasta dónde llega el derecho del inversionista. En conclusión, su función es establecer los estándares mínimos de protección para cada quien".
10. Siendo que el SICRECI sólo puede avocarse a aquellas controversias en las que el Estado habría vulnerado las garantías de protección que debe de brindar a la inversión extranjera; se denota a todas luces que el SICRECI no resulta competente para conocer la controversia suscitada entre el Concedente y el Concesionario, pues la misma versa sobre un posible incumplimiento del Concedente en cuanto al Contrato de Concesión (un aspecto puramente contractual). Precisamos nuevamente que las controversias que pueden ser sometidas al SICRECI son aquellas en las que se discute una posible afectación a la inversión extranjera a través de determinadas medidas estatales (tales como expropiación, trato injusto o discriminatorio, falta de protección y seguridad; y, cambios en la legislación y regulaciones) que irían en contra de las garantías de protección otorgadas por el Estado receptor de la inversión; siendo evidentemente un supuesto incumplimiento al Contrato de Concesión, un tema ajeno al incumplimiento o violación de una garantía de protección de inversión extranjera.

1. Numeral 53 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 [↑](#footnote-ref-1)
2. Así lo reconoce el Concesionario en la página 4 de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-007, presentada ante SICRECI con fecha 8 de noviembre del año 2022 [↑](#footnote-ref-2)
3. Numeral 19 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-3)
4. Numeral 31 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-4)
5. Numeral 34 de la Carta MS2-CAS-GA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-5)
6. Énfasis añadido [↑](#footnote-ref-6)
7. Cabe señalar que los terrenos correspondientes a las Obras Iniciales de la Primera Fase son los identificados en el Apéndice 1 de dicha acta, es decir:

   a) Obras preliminares parciales y habilitación de accesos hasta la ventana de Andamayo

   b) Perforación y sostenimiento de 1500 ml del túnel Pucará y de 1500 ml del túnel trasandino a partir de la ventana de Andamayo;

   c) Obras preliminares, campamentos y túnel de desvío para la construcción de la Presa Angostura. [↑](#footnote-ref-7)
8. Literal a.1 del numeral 5.5.2 del TUO del Contrato*.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Anexo 17 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-9)
10. Literal a.1 del numeral 5.5.2 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-10)
11. Numeral 1 del Apéndice 2 del Anexo 1 del TUO del Contrato (Bienes de la Concesión). [↑](#footnote-ref-11)
12. Suscrita por el Notario Público Javier Rosas Silva. [↑](#footnote-ref-12)
13. “Obras Preliminares Parciales y Habilitación de Accesos”, conforme al primer guion del apartado a.1 del numeral 5.5.2 de la Cláusula 5 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-13)
14. Numeral 1 del Apéndice 2 del Anexo 1 del TUO del Contrato. . [↑](#footnote-ref-14)
15. Suscrita por el Notario Público Javier Rosas Silva. [↑](#footnote-ref-15)
16. “Ventana de Andamayo”, conforme al literal a.1 del numeral 5.5.2 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-16)
17. “Obras Preliminares Parciales y Habilitación de Accesos”, conforme al literal a.1 del numeral 5.5.2 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-17)
18. Numeral 1.45 del apéndice 2 del Anexo 1 y numeral 6 del Anexo 17 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-18)
19. Plano MS2-ET1-PRS-ANX-0005.01-REV0, Anexo 5 del TUO del Contrato, Estudio de materiales, ET 1B aprobado. [↑](#footnote-ref-19)
20. Numeral 1.75, Apéndice 1 del Anexo del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-20)
21. Numeral 6.1.3 del Anexo 17 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-21)
22. Numeral 1.51 del TUO del Contrato. [↑](#footnote-ref-22)
23. *“(…)* *en tanto no se produzca la entrega, el Concedente facilitará sin costo para el Concesionario, el acceso a dichos terrenos, en caso así lo requiera el proceso constructivo* (…)” [↑](#footnote-ref-23)
24. Que además contiene documentación técnico legal sobre la Entrega del Control del Proyecto de los terrenos correspondientes a las Obras Nuevas de la Segunda Fase. [↑](#footnote-ref-24)
25. Numeral 45 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-25)
26. La Adenda Operativa N°2 a la cual hace referencia la Concesionaria, mediante su carta 358, no existe, debido a que solo fue firmada por los representantes de la Concesionaria, pero no fue firmada por el representante del Concedente, por tanto, no es válida ni vinculante. [↑](#footnote-ref-26)
27. Numeral 50 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-27)
28. Numeral 47 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-28)
29. Numeral 55 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-29)
30. Numeral 45 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-30)
31. El contrato con el Supervisor Especializado fue resuelto con fecha 27 de diciembre del 2022. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cartas de la referencia 3) son las Cartas J3D151-CRT-N°118-2018/SE-CD/SF1-OBR y J3D151-CRT-N°119-2018/SE-CD/SF1-OBR del 22 de febrero de 2018 [↑](#footnote-ref-32)
33. Así lo reconoce el Concesionario en la página 4 de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-007, presentada ante SICRECI con fecha 8 de noviembre del año 2022 [↑](#footnote-ref-33)
34. Numeral 53 del documento de la referencia [↑](#footnote-ref-34)
35. Numeral 66 de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358. [↑](#footnote-ref-35)
36. Numeral 200 de la Respuesta del Concesionario. [↑](#footnote-ref-36)
37. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín. La interpretación a contrario de disposiciones jurídicas. Págs. 425-429. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2018. [↑](#footnote-ref-37)
38. De acuerdo al numeral 3) de la cláusula vigesimosexta del Contrato de Concesión, el mismo se interpretará y regirá conforme a las leyes de la República del Perú. [↑](#footnote-ref-38)
39. BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de la edición italiana por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. p. 347. Madrid, 1975. [↑](#footnote-ref-39)
40. Cláusula 15.1 (III.2) (a) Ante una supuesta causal de incumplimiento del Concedente, el Concesionario deberá enviarle una comunicación escrita, por conducto notarial, en la cual invoque la causal de incumplimiento y comunique su intención de dar por resuelto el TUO del Contrato. El Concedente tendrá treinta (30) Días para presentar su propuesta de solución del incumplimiento existente y quince (15) Días adicionales para subsanar el supuesto que habría dado origen a la causal de terminación. Dichos plazos empezarán a computarse a partir del Día siguiente de recibida la comunicación notarial por el Concedente. Vencido el plazo sin que (**a) el Concedente haya efectuado la subsanación respectiva, o (b) el Concedente haya iniciado el procedimiento arbitral en forma establecida en la Cláusula 16**; el Concesionario podrá considerar configurada la causal de terminación anticipada y comunicará ese hecho al Concedente. (Enfasis nuestro) [↑](#footnote-ref-40)
41. Ver Carta N° MS2-CAS-MEF-CAR-007 de fecha 8 de noviembre de 2022. [↑](#footnote-ref-41)
42. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (ver cláusula 16.2 del TUO del Contrato) [↑](#footnote-ref-42)
43. Numeral 28 de la Respuesta del Concesionario. [↑](#footnote-ref-43)
44. Entendiéndose al derecho de acción como aquel derecho que toda persona o entidad tiene de presentar una demanda o una acción legal ante un tribunal o autoridad competente para buscar un remedio o una solución a una disputa o conflicto. [↑](#footnote-ref-44)
45. Cantuarias, F., & Repetto, J. (2014). La Naturaleza Jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino. Forseti Revista de Derecho, (1), 97-110. [↑](#footnote-ref-45)
46. Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión. [↑](#footnote-ref-46)
47. Numeral 80 de la Respuesta del Concesionario. [↑](#footnote-ref-47)
48. De acuerdo al numeral 3) de la cláusula vigesimosexta del Contrato de Concesión, el mismo se interpretará y regirá conforme a las leyes de la República del Perú. [↑](#footnote-ref-48)
49. BULLARD GONZALES, Alfredo. Entrevista en Diario El Comercio. Caso Odebrecht: ¿Qué es el Ciadi y en que casos se recurre a este centro? Lima, febrero del 2020. <https://elcomercio.pe/economia/negocios/caso-odebrecht-que-es-el-ciadi-y-en-que-casos-se-recurre-a-este-centro-estado-gasoducto-sur-peruano-arbitraje-mef-banco-mundial-noticia/>. [↑](#footnote-ref-49)
50. RODRÍGUEZ PLA, Leire. Arbitraje internacional de inversiones: Las perspectivas de presente y futuro. Universidad Pública de Navarra. Pamplona, junio del 2022. [↑](#footnote-ref-50)
51. CABRERA, Orlando. Introducción al arbitraje de inversión. Ius Et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho N°54. Págs. 267-271. Lima, julio del 2022. [↑](#footnote-ref-51)
52. MEDINA CASAS, Héctor Mauricio. La jurisdicción del CIADI: Una evolución en el arreglo de controversias internacionales. Pontifica Universidad de la Javeriana. Pág. 722. Bogotá, s.f. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.anuariocdi.org/contemporaneo/3\_3\_la%20jurisdiccion.pdf. [↑](#footnote-ref-52)