

## **INFORME LEGAL**

**De** : **Ontier Perú**

**Para** : **Autoridad Autónoma de Majes – AUTODEMA**

**Asunto** : **Absolución de consultas adicionales referentes a respuesta del Concesionario a Solicitud de Arbitraje del Concedente y pedido del Concesionario de inicio de Trato Directo ante el SICRECI**

**Fecha** : **Lima, 02 de noviembre de 2023**

---

Por medio de la presente nos dirigimos a ustedes en cumplimiento de la Orden de Servicio N° 01004 de fecha 3 de octubre de 2023 y a fin de alcanzarles nuestras respuestas a las consultas adicionales referentes a la respuesta de la Concesionaria Angustura Sigwas S.A. (en adelante, el “Concesionario”) a la Solicitud de Arbitraje presentada por el Gobierno Regional de Arequipa (en adelante, el “Concedente”) y al pedido de inicio de Trato Directo presentado por el Concesionario ante el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (en adelante, “SICRECI”), como antesala a la realización de un arbitraje internacional en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión de la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura y de Infraestructura para Irrigación de las Pampas de Sigwas (en adelante, “Contrato de Concesión”).

### **I. OBJETO Y ALCANCE.**

En primer término, indicamos que el presente Informe Legal trata sobre las siguientes cuestiones:

- (i) Acciones que corresponde realizar al Concedente respecto de la recepción de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 mediante la cual el Concesionario somete a trato directo resolución contractual invocada por el Concesionario; así como de la resolución contractual invocada por el Concedente al SICRECI;
- (ii) La posible firmeza de la caducidad decretada por el Concedente en cuanto al Contrato de Concesión y acciones a iniciar para un pronunciamiento definitivo y mandatorio para el Concesionario;
- (iii) Plazo con el que cuenta SICRECI para declararse competente o no ante la invocación de un trato directo por parte del Concesionario; y,
- (iv) Posibilidad de someter a controversia la caducidad del Contrato de Concesión decretada por el Concesionario;
- (v) Consecuencias de declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión.

Con el propósito de llevar a cabo su revisión y análisis, precisamos que hemos tenido a la vista los siguientes documentos:

- Texto Único del Contrato de Concesión, aprobado por la Adenda 12 (“TUO del Contrato”).
- Adenda 13 al Contrato de Concesión (“Adenda 13”).
- Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 de fecha 22 de junio de 2023.
- Oficio N° 469-2023-GRA/GR de fecha 9 de agosto de 2023.
- Oficio N° 471-2023-GRA/GR de fecha 9 de agosto de 2023.
- Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360 de fecha 17 de agosto de 2023.
- Solicitud de Arbitraje de fecha 29 de agosto de 2023.
- Oficio N° 511-2023-GRA/GR de fecha 31 de agosto de 2023.
- Notificación de la Solicitud de Arbitraje de fecha 5 de setiembre de 2023.
- Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 de fecha 20 de setiembre de 2023.
- Oficio N° 569-2023-GRA/GR de fecha 22 de setiembre de 2023.
- Oficio N° 570-2023-GRA/GR de fecha 22 de setiembre de 2023.
- Respuesta del Concesionario a la Solicitud de Arbitraje, notificada con fecha 25 de setiembre de 2023.
- Carta MS2-CAS-GRA-CAR-361 de fecha 02 de octubre del 2023.

## **II. ANALISIS.**

### **II.1 Cuestiones formuladas por AUTODEMA.**

Seguidamente, procedemos a desarrollar cada uno de los puntos previamente mencionados:

- 1. Acciones que corresponde realizar al Concedente respecto de la recepción de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 mediante la cual el Concesionario somete a trato directo resolución contractual invocada por el Concesionario; así como de la resolución contractual invocada por el Concedente al SICRECI.**
- 1.1. ¿El concedente debe dar respuesta al Concesionario a la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010? ¿De ser así en qué términos?**
  - 1.1.1. No, en la medida que el SICRECI se ha avocado (de manera indebida) a la controversia suscitada entre el Concedente y el Concesionario referente a un supuesto incumplimiento de parte del Concedente del Contrato de Concesión; razón por la cual cualquier comunicación de

pedido de no continuación del procedimiento de trato directo deberá de ser dirigida al mismo SICRECI.

**1.2. ¿Corresponde al Concedente presentar algún escrito u oposición ante el SICRECI respecto de su competencia en el marco de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 para que el procedimiento de trato directo iniciado por el Concesionario no continúe? ¿De ser así en que términos?**

1.2.1. Primero, cabe precisar que la Ley N° 28933 – Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión (en adelante, la “Ley del SICRECI”) ni su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 125-2008-EF (en adelante, el “Reglamento de la Ley del SICRECI”), regulan de manera expresa la posibilidad de que el emplazado con determinada solicitud de trato directo formule una oposición u objeción a la competencia del SICRECI para avocarse a una controversia. No obstante, nada impide que el Concedente formule una oposición u objeción a la competencia del SICRECI.

1.2.2. En este contexto, consideramos conveniente presentar ante al SICRECI una objeción formal a su competencia para conocer la controversia suscitada con el Concesionario, en la medida que **(i)** dicha controversia ya se encuentra sometida a la jurisdicción arbitral; y, **(ii)** la naturaleza de la controversia bajo referencia no es una relacionada a la posible infracción del Estado peruano respecto a las garantías o derechos que debe brindar a la inversión extranjera en el marco de determinado tratado o acuerdo internacional.

1.2.3. Respecto a que 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).

1.2.4. 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 17 de agosto del 2023. Habiéndose avocado 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).

- 1.2.5. 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. 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).

- 1.2.6. Precisamente, sobre la no interferencia o no avocamiento de otra autoridad a una controversia sometida a la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional peruano<sup>1</sup> 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).

- 1.2.7. Sobre el particular, nos remitimos al artículo 3° de la Ley de Arbitraje a efectos de ratificar 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*

(...).

---

<sup>1</sup> Sentencia recaída en el Exp. N°6167-2005-PHC/TC. Fundamento 14.

2. *El tribunal arbitral tiene plena independencia y **no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones**.*
3. *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.*
4. ***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". (Énfasis agregado).*

1.2.8. De acuerdo a los artículos 4° y 7° de la Ley del SICRECI, el mismo se encuentra conformado 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**. A continuación, nos remitimos a cada uno de los aludidos dispositivos legales:

*“Artículo 4.- Conformen el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión: el Coordinador, la Comisión Especial y todas las Entidades Públicas que suscriban acuerdos señalados en el literal a) del párrafo 3.1. del artículo 3 o que representen al Estado peruano en la suscripción de tratados señalados en el literal b) del párrafo 3.1 del artículo 3”.*

*“Artículo 7.-*

*7.1 La Comisión Especial estará adscrita al Ministerio de economía y Finanzas y tendrá por objeto la representación del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión, **tanto en su etapa previa de trato directo**, cuanto en la propia etapa arbitral o de conciliación, sin perjuicio de lo establecido en el literal c) del artículo 8. Para los efectos del artículo 12, la selección estará a cargo de la Comisión Especial y la contratación será realizada por el Ministerio de Economía y Finanzas.*

*7.2. La Comisión Especial entrará en funciones a partir de la convocatoria de su Presidente con motivo del surgimiento de cada controversia que se presente y sesionará las veces que sea necesario hasta que se hubiere llegado a un acuerdo con el inversionista en la etapa de trato directo o hasta la solución de la controversia por arbitraje o conciliación.*

*7.3. La Comisión Especial estará integrada por los siguientes miembros permanentes:*

- a) *Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, quien la presidirá.*
- b) *Un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores.*

- c) *Un representante del Ministerio de Justicia.*
- d) *Un representante de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN.*

*Adicionalmente, integraran la Comisión Especial de los siguientes miembros no permanentes:*

- e) *Un representante del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, para los casos de controversias surgidas en aplicación de los tratados a los que se refiere el literal b) del párrafo 3.1. del artículo 3.*
- f) *Un representante de cada Entidad Pública involucrada en una controversia.*  
(...). (Énfasis agregado).

1.2.9. 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 (17 de agosto del 2023).

1.2.10. A mayor abundamiento, resulta de mucha importancia señalar que en la objeción que se fuera a formular ante el SICRECI, se deberá de indicar que fue desestimada la Objeción planteada por el Concesionario a la competencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima para conocer la controversia que nos incumbe, en base a que es el Tribunal Arbitral que se instale quien deberá de resolver tal objeción; ratificándose de ese modo que el supuesto incumplimiento en el que incurrió el Concedente en cuanto al Contrato de Concesión, ya se encuentra sometido a la jurisdicción arbitral. Precisamente, en la parte resolutive de la resolución que resuelve la objeción deducida por el Concesionario<sup>2</sup> se establece lo siguiente:

*“Por lo expuesto, el Consejo declara que la oposición al arbitraje formulada por la Concesionaria Angostura Sigvas 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”.*

1.2.11. 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:

---

<sup>2</sup> 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 a 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**”. (Énfasis agregado).*

- 1.2.12. Que 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.**
- 1.2.13. Precisamente, sobre las controversias en materia de inversión a las que el SICRECI puede avocarse, Rodrigo Urrutía<sup>3</sup> 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).*

---

<sup>3</sup> 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/controversias-entre-inversionistas-y-estados-parte-2/>.

- 1.2.14. En este mismo camino, Conexión Esan (Portal de negocios de ESAN Graduate School of Business)<sup>4</sup> 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. <<Al no poder recurrir a algún mecanismo de arbitraje, empleaban estrategias como la diplomacia game board. Esta consistía en presionar, con medidas económicas o militares, a los gobiernos de los países receptores de la inversión>>, 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. <<Estas sentencias han ido dando sentido, estableciendo reglas de juego. Por ejemplo, **al fijar cuáles son los estándares mínimos de protección**, y cuál es la línea de conducta que hay ante los estados por parte de las empresas>>, señala el experto.*

*Igualmente, los laudos arbitrales establecen cómo los países deben recibir y conducirse con los inversionistas extranjeros. <<Esto no significa que el gobierno del país receptor quede atado de brazos, pues **tampoco puede renunciar a su capacidad de regulación y de supervisión dentro de su territorio**>>, 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**”. (Énfasis agregado).*

- 1.2.15. 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

<sup>4</sup> CONEXIÓN ESAN. El arbitraje de inversiones: Un híbrido que toma cada vez mayor fuerza. Lima, 28 de setiembre del 2017. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/el-arbitraje-de-inversiones-un-hibrido-que-toma-cada-vez-mayor-fuerza>.

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.

- 1.2.16. Para finalizar, resulta de mucha importancia recordar que el SICRECI no se constituye en una entidad pública *per se*, sino en un sistema de coordinación y respuesta del Estado en el marco de determinado pedido de trato directo como antesala a un arbitraje internacional de inversión; no deviniendo, por lo tanto, la tramitación del respectivo pedido de trato directo, en un procedimiento administrativo; razón por la cual un posible pronunciamiento por parte del SICRECI no se encuentra sujeto a algún tipo de silencio administrativo.
- 1.2.17. En esta línea, consideramos conveniente remitirnos a los artículos 6° y 7° de la Ley del SICRECI, al artículo 21° de su reglamento, y a la cláusula 16.1. del Contrato de Concesión. Veamos:

#### **Ley del SICRECI**

*“Artículo 6.- Se designa al Ministerio de Economía y Finanzas como Coordinador del Sistema de Coordinación y Representación del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, cuyas funciones: (...).*

*c) **Recibir la notificación** o alerta de inicio del mecanismo de solución de controversias y **de la etapa de trato directo** según corresponda, e **inmediatamente correr traslado de dicha comunicación** al Presidente de la Comisión Especial y **a las Entidades Públicas involucradas en una controversia, cuando éstas no hayan sido notificadas**”. (Énfasis agregado).*

*“Artículo 7.-*

*7.1. La Comisión Especial estará adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas y **tendrá por objeto la representación del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión, tanto en su etapa previa de trato directo**, cuanto en la propia etapa arbitral o de conciliación, (...).*

*7.2. La Comisión Especial entrará en funciones a partir de la convocatoria de su Presidente con motivo del surgimiento de cada controversia que se presente y sesionará las veces que sea necesario hasta que se hubiera llegado a un acuerdo con el inversionista en la etapa de trato directo o hasta la solución de la controversia por arbitraje o conciliación”. (Énfasis agregado).*

#### **Reglamento de la Ley del SICRECI**

“Artículo 21.- Para efectos de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 13 de la Ley, **se computará como inicio del** periodo de negociación o **trato directo la fecha en que el Coordinador del Sistema fue notificado oficialmente por el inversionista de su solicitud de iniciar negociaciones o trato directo.** (...)”. (Énfasis agregado).

### **Artículo 16.1. del Contrato de Concesión**

#### **“16.1. Trato directo**

*Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbre con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del TUO del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por **trato directo** entre las Partes.*

(...).

*Tratándose del arbitraje internacional, **el periodo de negociación o trato directo será no menor a seis (6) meses.** Dicho plazo **se computará a partir de la fecha en la que la Parte que invoca la cláusula notifique su solicitud de iniciar el trato directo al Ministerio de Economía y Finanzas** en su calidad de Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, **sin perjuicio de notificar dicha solicitud a la otra Parte**, en virtud de lo establecido en la Ley N°28933 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°125-2008-EF y normas modificatorias”. (Énfasis agregado).*

1.2.18. De acuerdo a lo regulado por los precitados dispositivos normativos y la cláusula 16.1. del Contrato de Concesión, la Comisión Especial del SICRECI contaría con un plazo de seis (6) meses para llegar a un acuerdo con el Concesionario respecto a la controversia que éste último ha sometido al SICRECI vía trato directo; siendo que el plazo en mención empezó a computarse con fecha 20 de setiembre del 2023, fecha en que se produjo la notificación de la Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 al SICRECI y al Concedente. Al respecto, es en dicho plazo de seis (6) meses que el Concedente deberá de objetar la competencia del SICRECI para avocarse a la presente controversia, en base a los fundamentos previamente expuestos.

**2. Posible firmeza de caducidad decretada por el Concedente en cuanto al Contrato de Concesión y acciones a iniciar para la obtención de un pronunciamiento definitivo y mandatorio para el Concesionario.**

**2.1. ¿Se debe contestar a la Cartas MS2-CAS-GRA-CAR-360 y MS2-CAS-GRA-CAR-361?**

2.1.1. A través de Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360 de fecha 01 de setiembre del 2023, el Concesionario declaró la caducidad del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente. Al respecto, como bien hemos indicado en el primer entregable del encargo, como efecto de la decisión

del Concedente de impugnar, dentro del plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, la imputación de incumplimiento ante la jurisdicción arbitral, y de acuerdo a una interpretación *a contrario* o *contrario sensu* del referido dispositivo contractual, no se configuró la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión pretendida por el Concesionario; y, por ende, tampoco su caducidad.

- 2.1.2. A continuación, nos remitimos al mismo literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión. Veamos:

*“III.2 Procedimiento*

*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 la forma establecida en la Cláusula 16; el Concesionario podrá considerar configurada la causal de terminación anticipada y comunicará ese hecho al Concedente”.** (Énfasis agregado).*

- 2.1.3. 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. En este sentido, de una 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.
- 2.1.4. Recordemos que mediante Oficio N°471-2023-GRA/GR de fecha 09 de agosto del 2023, dentro del plazo de treinta (30) días regulado en el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión y otorgado a su vez por el Concesionario por medio de Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 del 22 de junio del 2023, el Concedente le propuso al Concesionario solucionar cualquier diferencia que tuvieran con respecto al Contrato de Concesión vía trato directo; sin embargo, a través de Carta MS2-CAS-GRA-CAR-359 de fecha 17 de agosto del 2023, el Concesionario rechazó la propuesta de trato directo del Concedente.
- 2.1.5. Es a partir de la fecha de recepción de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-359 que empezó a computarse el plazo de quince (15) días adicionales que regula el referido dispositivo contractual; siendo que la solicitud arbitral

efectuado por el Concedente fue presentada con fecha 17 de agosto del 2023, no configurándose, por ende, la causal de terminación anticipada que el Concesionario pretendía.

2.1.6. Siendo esto así, la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360 de fecha 01 de setiembre del 2023, a través de la cual el Concesionario declaró la caducidad del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente; no debe de surtir efecto alguno. Lo mismo ocurre con la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-361 de fecha 02 de octubre del 2023, por medio de la cual el Concesionario rechaza la caducidad decretada por el Concedente en cuanto al Contrato de Concesión, en base a que éste último habría supuestamente caducado en virtud de la Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360 de fecha 01 de setiembre del 2023 remitida por el Concesionario.

2.1.7. En este contexto, consideramos conveniente responder las Cartas MS2-CAS-GRA-CAR-360 y MS2-CAS-GRA-CAR-361, precisándole al Concesionario que la caducidad que decretó en cuanto al Contrato de Concesión no surtió efecto alguno, en la medida que el Concedente impugnó ante la vía arbitral la imputación de incumplimiento efectuada por el Concesionario dentro del plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, y que es en dicho fuero jurisdiccional en donde se determinará si se configuró o no el incumplimiento contractual que el Concesionario imputa al Concedente a fin de verificar si el Contrato de Concesión caducó en virtud de tal supuesto incumplimiento.

**2.2. ¿Qué acción corresponde realizar para que la caducidad del Contrato de Concesión decretada por el Concedente quede resuelta definitivamente y sea mandatorio para el Concesionario? ¿Es conveniente mantener este tema dentro del proceso arbitral iniciado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima?**

2.2.1. Primero, cabe precisar que las pretensiones esbozadas por el Concedente en su solicitud arbitral del 17 de agosto del 2023 no devienen en definitivas; siendo las pretensiones que se formulen en la demanda arbitral las que serán objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral. En este camino, es el caso que en la demanda arbitral que fuera a interponer el Concedente una vez se cuente con un Tribunal Arbitral instalado, se podrán incluir pretensiones dirigidas a establecer mediante Laudo Arbitral que la caducidad del Contrato de Concesión decretada por el Concedente deviene en válida y eficaz con respecto al Concesionario al incumplir este último con lo dispuesto por la cláusula 5.2. del Contrato de Concesión, al ejecutar las Obras Nuevas de la Segunda Fase sin contar con la aprobación del Expediente Técnico N°2.

2.2.2. En caso se obtenga un laudo arbitral en donde se establezca que el Contrato de Concesión dejó de tener vigencia en virtud de la caducidad decretada por el Concedente, dicho laudo arbitral debe de ser respetado y cumplido por el Concesionario, en la medida que numeral 2) del artículo 59° de la Ley de Arbitraje dispone que *“El laudo produce efectos de cosa juzgada”*.

2.2.3. Y es que los efectos de cosa juzgada hacen que un laudo arbitral sea legalmente vinculante y ejecutable de manera similar a una sentencia expedida por el Poder Judicial. Se trata, como vemos, de un pronunciamiento final que implica la imposibilidad de someter nuevamente a juicio lo controvertido. Precisamente, sobre los efectos de cosa juzgada de un laudo arbitral, Franco y Mata<sup>5</sup> sostienen lo siguiente:

*“En términos legales, y de forma general, el principio de <<cosa juzgada>> supone que un asunto que ha sido decidido definitivamente por un tribunal no puede ser litigado de nuevo entre las mismas partes. En otras palabras, una vez que se ha emitido una sentencia o un laudo final en un caso, **el asunto está resuelto y no se puede volver a plantear en un procedimiento legal posterior.** (...). Se acepta generalmente que el principio de cosa juzgada tiene un efecto negativo o preclusivo y un efecto positivo o concluyente.*

*(...).*

*El efecto negativo o preclusivo implica que una vez que un caso ha sido decidido por una sentencia válida y definitiva, no se puede volver a discutir el mismo asunto entre las mismas partes, siempre y cuando esa sentencia siga en pie. Este efecto negativo del principio de cosa juzgada se ha expresado con frecuencia en el axioma non bis in idem.*

*El efecto positivo o concluyente se basa en la idea de que lo que ha sido decidido definitivamente por un tribunal es vinculante para las partes de la decisión. Es cosa juzgada. En consecuencia, **mientras que el efecto positivo o concluyente de la cosa juzgada obliga a las partes a cumplir con la decisión del tribunal, su aspecto negativo o preclusivo impide la nueva litigación de asuntos ya decididos, incluyendo las defensas presentadas en el arbitraje anterior, en la medida en que hayan sido rechazados definitiva y concluyentemente por un laudo anterior**”. (Énfasis agregado).*

### 3. Posibilidad de someter a controversia la caducidad del Contrato de Concesión decretada por el Concesionario.

#### 3.1. ¿Debe la Entidad someter a controversia la caducidad efectuada por el Concesionario? ¿Se debe primero someter a trato directo o a procedimiento arbitral? ¿La controversia debe ser mediante las reglas y/o plazos de arbitraje nacional o arbitraje internacional?

3.1.1. Consideramos que la Entidad sí debe someter formalmente a controversia la caducidad efectuada por el Concesionario. Al respecto, conforme lo explicado en el numeral 5.2. precedente, las pretensiones esbozadas por el Concedente en su solicitud arbitral del 17 de agosto del 2023 no devienen en definitivas; siendo las pretensiones que se formulen en la demanda arbitral las que serán objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral.

<sup>5</sup> FRANCO, Manuel y MATA, Gustavo. El efecto de cosa juzgada del laudo en arbitraje internacional. Lima, 02 de mayo del 2023. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/arbitraje-internacional/art/efecto-cosa-juzgada-laudo-arbitraje-internacional>.

- 3.1.2. En tal sentido, es el caso que en la demanda arbitral que fuera a interponer el Concedente una vez se cuente con un Tribunal Arbitral instalado, se podrán incluir pretensiones dirigidas a establecer mediante Laudo Arbitral que la caducidad del Contrato de Concesión decretada por el Concesionario deviene en inválida e ineficaz por ser contraria a lo expresamente dispuesto en el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión. Al impugnar dentro del plazo de quince (15) días adicionales que regula el referido dispositivo contractual, la imputación de incumplimiento efectuada por el Concesionario se vio interrumpida; no configurándose la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión pretendida por el Concesionario; y, por ende, tampoco su caducidad.
- 3.1.3. Por otro lado, sobre si la caducidad efectuada por el Concesionario debe someterse primero a trato directo o a procedimiento arbitral, cabe precisar en primer lugar que la controversia referente a dicha caducidad **se trataría de una de puro derecho al no encontrarse cuantificable en dinero**. Sería una pretensión declarativa la que se formularía en cuanto a una invalidez e ineficacia de la caducidad bajo referencia.
- 3.1.4. Al tratarse de una controversia de puro derecho la que tenga como objeto una posible declaratoria de invalidez e ineficacia de la caducidad del Contrato de Concesión decretada por el Concesionario, la misma deberá ser resuelta a través de un **arbitraje de derecho 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**; a diferencia de las controversias que tengan una cuantía mayor a US\$ 30'000,000.00 (Treinta millones con 00/100 Dólares Americanos) o cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre la cuantía, en las que sí se exige **expresamente** como paso previo al arbitraje la mediación de un trato directo. Lo expuesto se sustenta en la cláusula decimosexta del Contrato de Concesión, cuyo texto es el siguiente:

**“16.1 Trato directo**

*Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del TUO del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes.*

**El plazo de trato directo para el caso del arbitraje nacional** será de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

(...).

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:

(i) Cuando las Controversias No Técnicas tengan a) un monto involucrado superior a US\$ 30'000,000.00 (Treinta Millones con 00/100 Dólares) o su equivalente en moneda nacional, o b) cuando las Partes no estén de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo dentro del plazo establecido en la Cláusula 16.1 **para el caso del arbitraje internacional**, pudiendo ampliarse por decisión conjunta de las Partes en los términos establecidos.

**En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo referido en el párrafo precedente**, las controversias suscitadas serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (el "CIADI"), establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativo N°26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. Alternativamente, las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuero distinto al del CIADI, si así lo estimaran conveniente.

(...).

(ii) Las Controversias No Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a US\$ 30'000,000.00 (Treinta Millones con 00/100 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.

Las Partes podrán someter las controversias a las reglas o procedimientos de otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima, para lo cual se requerirá acuerdo expreso que deberá constar por escrito.

(...)" (énfasis agregado).

3.1.5. A mayor abundamiento, en caso se considere que el Convenio Arbitral contiene una “cláusula escalonada” en lo que respecta a controversias de puro derecho, como lo sería aquella que tenga como objeto la declaratoria de caducidad efectuada por el Concesionario, no debemos pasar por alto que, mediante Oficio N°471-2023-GRA/GR de fecha 09 de agosto del 2023, dentro del plazo de treinta (30) días regulado en el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión y otorgado a su vez por el Concesionario por medio de Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 del 22 de junio del 2023, el Concedente le propuso al Concesionario solucionar cualquier diferencia que tuvieran con respecto al Contrato de Concesión vía trato directo; sin embargo, a través de Carta MS2-CAS-GRA-CAR-359 de fecha 17 de agosto del 2023, el Concesionario rechazó la propuesta de trato directo del Concedente, legitimando a este último a acudir a la jurisdicción arbitral.

3.1.6. Lo contenido en el Oficio N°471-2023-GRA/G es una clara muestra que de existir una “cláusula escalonada” en el Convenio Arbitral inserto en el Contrato de Concesión, el Concedente intentó llevar a cabo la celebración de un Trato Directo como paso o escalón previo al proceso arbitral que inició en contra del Concesionario; siendo la contraparte quien se negó a llevar a cabo el Trato Directo propuesto por el Concedente.

### **3.2. ¿En que plazo se configura el consentimiento de la Entidad a la caducidad efectuada por el Concesionario?**

3.2.1. Como bien hemos indicado en líneas precedentes, al impugnar el Concedente la imputación de incumplimiento efectuada por el Concesionario, dentro del plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, dicha imputación de incumplimiento se vio interrumpida; no configurándose la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión pretendida por el Concesionario; y, por ende, tampoco su caducidad.

3.2.2. Es decir, estaríamos ante un consentimiento de la Entidad a la caducidad efectuada por el Concesionario si es que el Concedente no hubiera impugnado la imputación de incumplimiento ante la jurisdicción arbitral dentro del plazo contractual antes indicado.

### **3.3. ¿El Contrato de Concesión sigue teniendo vigencia? ¿Desde qué fecha el contrato ha perdido vigencia? ¿Desde la caducidad efectuada por el Concesionario o la caducidad efectuada por la Entidad?**

3.3.1. Primero, cabe indicar que la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión trae como efecto la pérdida de vigencia del mismo, ya que la caducidad como tal se configura en una causal de extinción del respectivo contrato administrativo. Tal y como sostiene Aguilar Valdez<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> AGUILAR VALDEZ, Óscar. La extinción anticipada de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos. Págs. 132-134. Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. Lima, s.f. [file:///C:/Users/Kevin/Downloads/16319-Texto%20del%20art%C3%ADculo-64875-1-10-20170203%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Kevin/Downloads/16319-Texto%20del%20art%C3%ADculo-64875-1-10-20170203%20(1).pdf).

*“Como bien ha sido señalado, la caducidad **-entendida como causal de extinción de un contrato administrativo-** constituye una rémora de la teoría de los actos de autoridad, es decir, se trata de un instituto originariamente elaborado para la extinción de actos unilaterales que ulteriormente, fue extendido al régimen contractual.*

*(...). Se trata, así, de la sanción máxima -extinción del acto- impuesta como consecuencia de un incumplimiento del beneficiario a las condiciones de ejercicio de los derechos emergentes del acto.*

*(...). De esta forma, la caducidad constituye la sanción máxima en materia contractual, en la medida que **provoca la extinción del contrato por culpa del concesionario**”. (Énfasis agregado).*

3.3.2. Ahora bien, conforme se ha indicado en el numeral 6.2. anterior, la causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión pretendida por el Concesionario; y, por ende, la caducidad que decretó en cuanto a dicho instrumento contractual, no se configuró al impugnar el Concedente la imputación de incumplimiento efectuada por el Concesionario, dentro del plazo de quince (15) días adicionales que regula el literal a) del numeral III.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión.

3.3.3. En ese sentido, se advierte que el Contrato de Concesión perdió vigencia desde la caducidad decretada por el Concedente y que data de fecha 22 de setiembre del 2023; y la que a su vez se efectuó en virtud del incumplimiento del Concesionario a lo dispuesto por la cláusula 5.2. del Contrato de Concesión, al ejecutar la contraparte las Obras Nuevas de la Segunda Fase sin contar con la aprobación del Expediente Técnico N°2. Al respecto, recordemos que la caducidad decretada por el Concedente habría quedado consentida al no proceder el Concesionario con la forma establecida en el numeral II.2. de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión.

#### **3.4. ¿La Entidad debe seguir cumpliendo con sus obligaciones contractuales una vez caducado el Contrato de Concesión? ¿Cuáles serían las acciones a tomar por la Entidad post Contrato de Concesión caducado?**

3.4.1. De acuerdo con lo establecido en la cláusula 15.3. del Contrato de Concesión, las obligaciones que la Entidad deberá de seguir cumpliendo luego de producida la caducidad del referido instrumento contractual son aquellas referentes a la sustitución del Concesionario y a la compensación por terminación anticipada que indica la cláusula 15.4 del Contrato de Concesión. Sobre el particular, nos remitimos primero a la referida cláusula 15.3. Veamos:

*“15.3 Consecuencia de la resolución del T.U.O. del Contrato. Queda expresamente entendido por las Partes que, ante cualquier evento que dé lugar a la terminación anticipada del TUO del Contrato, **permanecerán en vigencia todas las disposiciones relativas al procedimiento de sustitución del Concesionario previstas en esta Cláusula, así como aquellas estipulaciones relacionadas a la compensación por terminación anticipada fijadas en la Cláusula***

15.4, hasta que las obligaciones allí señaladas sean íntegramente ejecutadas, (...). (Énfasis agregado).

3.4.2. Empecemos con la obligación referente a la compensación por terminación anticipada que se encuentra contenida en la cláusula 15.4. del Contrato de Concesión, cuyo tenor es el siguiente:

*“15.4.1. En caso se produzca la resolución del TUO del Contrato por incumplimiento del Concedente o decisión unilateral del Concedente, para efectos de la valorización por Caducidad de la Concesión, se procederá de conformidad con el siguiente procedimiento:*

- *Si la Caducidad de la Concesión se produce antes del inicio de las Obras Nuevas de la Primera Fase, se calculará los gastos generales en que incurra el Concesionario, debidamente acreditados y reconocidos por el Supervisor, (...).*

*En caso no se haya aprobado los Expedientes Técnicos 1A, 1B y 2, se designará un perito para que determine el nivel de desarrollo y el importe de los gastos incurridos en la elaboración de los referidos expedientes técnicos, a ser reconocidos por el Concedente. (...).*

*15.4.2. En caso se produzca la resolución del TUO del Contrato por incumplimiento de cualquiera de las Partes o decisión unilateral del Concedente, para efectos de la valorización de Obras Nuevas de la Segunda Fase por Caducidad de la Concesión, se procederá de conformidad con el siguiente procedimiento:*

*A) Si la Caducidad de la Concesión se produce después del inicio de las Obras Nuevas de la Segunda Fase y hasta el final de la Concesión, se reconocerá:*

- *Se entiende que las Obras Nuevas de la Segunda Fase culminadas fueron certificadas oportunamente mediante las CAO y estos reconocen derecho de cobro sobre la RPI. (...).*

*En caso la Caducidad de la Concesión se produjese durante la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase y que parte de las obras no hayan alcanzado a ser consideradas en el último CAO emitido por corresponder al siguiente periodo trimestral en curso, se procederá a la emisión de un CAO complementario por el saldo de las obras ejecutadas hasta la fecha de la Caducidad de la Concesión.*

- *Se reconocerá el pago de la suma de los Certificados de Cofinanciamiento Compensatorio o de saldo no pagado, en caso no hayan sido cancelados según lo previsto en la Cláusula 4.*
- *Se reconocerá según el caso, el pago total o el saldo de (los) RPEG previsto en la Cláusula 16 y en el Anexo 6.*

*B) Si la Caducidad de la Concesión se produce en el Periodo de Operación, para efectos de reconocer las actividades de operación y mantenimiento se reconocerá el monto que pudiera estar pendiente por concepto de RPMO del mes en curso. Este monto se calculará en función de los días transcurridos en el mes”.*

3.4.3. Ahora bien, respecto a cuáles serían las acciones a tomar por la Entidad post Contrato de Concesión caducado, precisamente dichas acciones devienen en la sustitución del Concesionario, conforme a lo dispuesto por la cláusula 15.3. previamente reproducida. Este último dispositivo contractual nos remite a la cláusula 15.2. del Contrato de Concesión, en donde se dispone que luego de producida la caducidad, el Concedente deberá de convocar a un nuevo concurso público internacional para elegir al nuevo concesionario. Nos remitimos a la cláusula 15.2. del Contrato de Concesión:

*“15.2 Sustitución del Concesionario por efecto de la resolución del TUO del Contrato*

*Si la Caducidad de la Concesión ocurre por cualquiera de las causales contempladas en la Cláusula 15.1, se convocará a un nuevo concurso público internacional para seleccionar al nuevo concesionario. Dicho concesionario será seleccionado dentro de los doce (12) meses siguientes a la declaratoria de Caducidad de la Concesión; de conformidad con el siguiente procedimiento:*

*15.2.1. El Concedente nombrará temporalmente a una persona jurídica para que actúe como interventor, quien operará el Proyecto y cumplirá las obligaciones del Concesionario mientras se produce la sustitución de este por un nuevo concesionario, (...).*

*15.2.2. El Concedente deberá sustituir al Concesionario por el nuevo concesionario mediante concurso público internacional convocado por el Concedente o por quien éste designe, de acuerdo a lo siguiente:*

*15.2.2.1. Los postores para el concurso público al que se refiere esta Cláusula serán precalificados por el Concedente, o por quien éste designe, utilizando por lo menos los mismos Requisitos Técnicos y Financieros mínimos establecidos en las Bases, los cuales podrán ser reformulados a términos de operador en el caso la caducidad se produzca durante el Periodo de Operación. (...).”*

3.4.4. En línea con lo anterior, es el caso que la cláusula 15.2.3. del Contrato de Concesión regula la posibilidad de que luego de caducado este último, el Concedente contrate de manera temporal -y por el plazo máximo de un (1) año calendario- los servicios de un tercero para que éste continúe con las operaciones del Proyecto y así evitar la paralización del mismo, hasta la selección de un nuevo concesionario y la celebración de un nuevo contrato de concesión. Remitámonos a la referida cláusula contractual. Veamos:

*“15.2.3. En casos excepcionales en los cuales exista terminación del TUO del Contrato, a fin de evitar la paralización total o parcial del Proyecto, el Concedente podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas para la operación total o parcial del Proyecto por un plazo no superior a un (1) año calendario, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión con un nuevo concesionario”.*

**3.5. ¿Podría el Concesionario reclamar una indemnización por daños y perjuicios ante un eventual consentimiento de la caducidad que decretó? ¿Qué vía deberá utilizar el Concesionario para reclamar tales daños y perjuicios? ¿Judicial o arbitral?**

3.5.1. Para empezar, debe tenerse en consideración que, en una acción de responsabilidad civil como la presente, resulta necesario que quienes reclamen la indemnización correspondiente, acrediten la existencia de los que vendrían a denominarse los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil, los cuales consisten en (i) Antijuricidad; (ii) Daño; (iii) Nexo Causal; y, (iv) Factor Atribución. A continuación, pasamos a detallar la definición de cada uno de estos elementos:

- **Antijuricidad** → Al encontrarnos frente a una supuesta responsabilidad civil contractual por parte del Concedente, la antijuricidad en el presente caso se trataría de una antijuricidad típica. Sobre el particular, la antijuricidad típica puede consistir en el incumplimiento total; cumplimiento parcial; cumplimiento defectuoso; o, cumplimiento tardío de la obligación que se encontraba a cargo del deudor correspondiente.

*Por lo tanto, “sólo se puede hablar de responsabilidad obligacional (responsabilidad civil contractual), cuando el deudor cause daño al acreedor como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la prestación a su cargo”<sup>7</sup>.*

Aplicándose estos conceptos al caso en concreto, siguiendo la postura del Concesionario, el Concedente habría incurrido en una antijuricidad típica al incumplir con una serie de obligaciones a su cargo, las cuales consistían en (i) entrega del control del Proyecto correspondiente a la primera y segunda fase de la Etapa II; (ii) revisar y aprobar las Obras Nuevas ejecutadas, así como su obligación de contratar a la supervisión especializada; y, (iii) compromisos y obligaciones sustanciales que impiden al Concesionario el cumplimiento de sus obligaciones bajo el TUO del Contrato de Concesión<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Responsabilidad Civil Extracontractual. Págs. 92-93. Academia de la Magistratura. Proyecto de Autocapacitación Asistida “Redes de Unidades Académicas Judiciales y Fiscales. Lima, 2000.

<sup>8</sup> Sobre el particular, el Concesionario sostiene que el Concedente ha incumplido principalmente con (i) aprobar el Expediente Técnico N°2 según lo acordado en la Adenda N°13; y, (ii) otorgar la Garantía Soberana y de firmar la Adenda N°2 al Contrato de Fideicomiso.

- **Daño** → Se entiende por daño a *“toda lesión de derechos subjetivos que para el derecho sean merecedores de tutela legal”*<sup>9</sup>.

El daño puede ser (i) daño emergente, entendiéndose a este último como *“el empobrecimiento del patrimonio”*<sup>10</sup>; (ii) lucro cesante, que *“corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró”*<sup>11</sup>; o, (iii) daño moral, que implica un menoscabo a la esfera emocional del agraviado.

Dicho en otras palabras, el daño emergente consiste en la disminución del patrimonio del supuesto afectado con la conducta antijurídica denunciada, y el lucro cesante implica la ganancia neta que dejó de percibir dicho supuesto afectado también por la conducta antijurídica denunciada.

En el presente caso, el Concesionario sostiene que los daños derivados de los incumplimientos contractuales del Concedente y de la caducidad del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente ascienden a la suma de US\$ 421'590,392.44 (Cuatrocientos veintiún millones quinientos noventa mil trescientos noventa y dos con 44/100 Dólares Americanos). Al respecto, y a modo de ejemplo, los daños sufridos por el Concesionario devienen en Costes de desmovilización provocados por las suspensiones del Contrato de Concesión, sobrecostos financieros provocados como consecuencia del incumplimiento reiterado del Concedente de sus obligaciones de pago bajo el Contrato de Concesión, entre otros.

- **Nexo Causal** → Sobre este punto, se ha señalado que el daño generado a determinado sujeto debe de ser consecuencia directa del accionar ilícito de otro sujeto (el autor del daño), Deberá de existir una relación de causalidad entre el sujeto que incurre en la conducta ilícita y el sujeto que fure el daño.

En el presente caso, el Concesionario tiene que demostrar que los daños que reclama son consecuencia directa de la supuesta conducta antijurídica en la que incurrió el Concedente con respecto al Contrato de Concesión y que consiste en el supuesto incumplimiento de una serie de sus obligaciones contractuales.

- **Factor Atribución** → En cuanto a este presupuesto, cabe precisar que *“en el análisis de los hechos no basta el daño para que la víctima o el acreedor puedan pedir una reparación civil, sino que ese daño debe conjugarse con el factor de responsabilidad subjetiva y/u objetiva que la ley reputa como idóneo para atribuirlo a una determina persona”*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> DIEZ – PICASO, Luis y Gullón, Antonio. En: “Sistema de Derecho Civil”. Volumen II. Pág. 599. Séptima Edición. Editorial Tecnos. Séptima Edición. Madrid, 1995.

<sup>10</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. La Indemnización de Daños y Perjuicios. Pág. 9-11. Lima, s.f.

<sup>11</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. Idem.

<sup>12</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. p. 119. Gaceta Jurídica. Lima, 2002.

En el contexto de la responsabilidad contractual, el factor de atribución objetiva se refiere a la evaluación imparcial y basada en hechos que se utiliza para determinar la responsabilidad por el incumplimiento de un contrato. A diferencia de la atribución subjetiva, que se basa en las percepciones y opiniones personales de las partes involucradas, la atribución objetiva se centra en los hechos y las pruebas objetivas relacionadas con el contrato y el incumplimiento.

Dicho en otras palabras, la responsabilidad subjetiva supone una culpa en cabeza del autor del daño, se mide el nivel de negligencia (culpa inexcusable) o posible intención de incumplir (dolo); mientras que la responsabilidad objetiva no supone culpa alguna, en consecuencia, el autor del daño puede ser condenado a indemnizar tal daño sólo por el hecho de haberlo causado; he ahí precisamente el carácter objetivo de este tipo de factor de atribución.

En el presente caso, el factor atribución pactado por las partes lo encontramos en la cláusula 12.1. del Contrato de Concesión.

- 3.5.2. Es así que, la ausencia o defecto de uno de los presupuestos previamente mencionados conllevaría a que el supuesto agente dañoso no se encuentre en lo absoluto en la obligación de indemnizar a quien haya padecido o alega el respectivo daño. Es decir, si no se acredita la reunión correcta del total de los referidos presupuestos, no se estaría incurriendo por tanto en la obligación de indemnizar.
- 3.5.3. Pues bien, consideramos conveniente remitirnos a la cláusula 12.1. del Contrato de Concesión, a efectos de verificar el factor atribución que las partes acordaron al momento de la celebración del Contrato de Concesión. Veamos:

*“12.1 Ausencia de responsabilidad del Concedente. El Concesionario reconoce y acuerda expresamente que, salvo en los casos de **culpa inexcusable, dolo o mala fe** del Concedente, éste no tendrá responsabilidad alguna frente al Concesionario, a los Inversionistas Estratégicos o cualquiera de sus cesionarios, agentes o acreedores, por cualquier pérdida, daño o demora de cualquier naturaleza, que resulte directa o indirectamente de cualquier acto, omisión, negligencia o incumplimiento que surja durante el curso de, en relación con, o como consecuencia del otorgamiento de la Concesión. (...)”.* (Énfasis agregado).

- 3.5.4. Tal y como vemos, las partes pactaron un factor de atribución subjetivo, pues se estableció que el Concedente sólo incurriría en responsabilidad en cuanto a un posible incumplimiento del Contrato de Concesión, en caso dicho incumplimiento responda a dolo o culpa inexcusable; siendo que estos devienen en supuestos de mala fe contractual.
- 3.5.5. Cabe indicar que el dolo se refiere a la intención deliberada de cometer un acto ilícito o causar daño a otra persona. En la responsabilidad civil

contractual, el dolo implica una conducta intencionada y maliciosa de incumplir la obligación correspondiente. Tal y como sostiene Raymundo Salvat<sup>13</sup>:

***“El dolo del deudor consiste en la inejecución voluntaria de la obligación con el propósito de perjudicar al acreedor”.*** (Énfasis agregado).

3.5.6. Por su parte, la culpa inexcusable en la responsabilidad civil contractual se refiere a una forma agravada de negligencia en el cumplimiento obligacional que va más allá de una simple falta de cuidado. Implica una violación grave de los estándares de diligencia razonable que se esperan de una persona en determinada relación jurídico-contractual. La culpa inexcusable no necesariamente implica una intención maliciosa, pero es considerada particularmente grave y no justificable.

3.5.7. Sobre la culpa inexcusable en la responsabilidad civil contractual, Osterling Parodi<sup>14</sup> señala lo siguiente:

***“La torpeza, en el caso de la culpa inexcusable, es de tal magnitud que se confunde con la malicia; la falta de atención es tan notoria que se confunde con la intención de no cumplir; la buena fe, en suma, se confunde con la mala fe.***

*Por ello parece más acertado el pensamiento de los hermanos Mazeaud, quienes señalan que asimilar la culpa grave al dolo tiene por finalidad evitar que <<el malvado se haga pasar por imbécil>>”.* (Énfasis agregado).

3.5.8. Retomando estos importantes conceptos a la presente controversia, es el caso que el artículo 1330° del Código Civil peruano<sup>15</sup> establece que ***“La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.*** (Énfasis agregado).

3.5.9. Por consiguiente, el Concesionario tendrá que acreditar a través de suficiente material probatorio que el Concedente tenía la intención de incumplir con sus obligaciones contractuales con el fin de perjudicarlo y/o que el Concedente no observó los estándares mínimos de diligencia razonable en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión; caso contrario, es decir, de no acreditarse dicho accionar doloso o absolutamente negligente, el Concedente no se encontraría en la obligación de indemnizar al Concesionario por supuestos incumplimientos al Contrato de Concesión.

3.5.10. Ahora bien, sobre que vía deberá de utilizar el Concesionario para reclamar los daños que supuestamente se derivan del incumplimiento del Concedente al Contrato de Concesión; cabe precisar que en vista de que

---

<sup>13</sup> SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en General I. N°116, Pág. 126. 1952.

<sup>14</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. Inejecución de obligaciones: Dolo y Culpa. Pág. 358. Lima, s.f.

<sup>15</sup> 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.

la cláusula decimosexta de dicho instrumento contractual contiene un convenio arbitral, cualquier controversia que tenga su origen en el Contrato de Concesión deberá de resolverse indefectiblemente a través de un arbitraje; y ello en virtud de lo regulado por el numeral 1) del artículo 13° de la Ley de Arbitraje:

*“Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.*

1. *El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes **deciden someter a arbitraje todas las controversias** que hayan surgido o puedan surgir entre ellas **respecto de una determinada relación jurídica contractual** o de otra naturaleza”. (Énfasis agregado).*

- 3.5.11. En atención a lo anterior, si bien el Contrato de Concesión ya no se encontraría vigente por la declaratoria de caducidad efectuada por el Concedente; lo cierto es que ello no implica que las controversias que tengan su origen en el Contrato de Concesión no sean resueltas mediante arbitraje; por el contrario, tales controversias deberán ser resueltas por medio de un arbitraje pese a la pérdida de vigencia del Contrato de Concesión. Lo expuesto se sustenta en el denominado principio de *separabilidad del Convenio Arbitral*, y el cual es definido por Palazón Garrido<sup>16</sup>, conforme a los siguientes términos:

*“Así pues, en aplicación del principio de separabilidad o autonomía, salvo estipulación contraria de las partes, **el acuerdo arbitral se presume un pacto independiente y, como tal, no se verá afectado por la ineficacia del contrato en el que se incluye.** Asimismo, continuará existiendo cuando el contrato haya finalizado sus efectos por cualquier causa (por incumplimiento, por alteración sobrevenida de las circunstancias, por la realización de la condición resolutoria o cumplimiento del término final, por desistimiento unilateral, etc.). En todos estos casos, seguirá desplegando su efecto negativo, consistente en excluir la competencia de los órganos jurisdiccionales internacionales (dando lugar a la declinatoria o excepción de arbitraje, que implica la inhibición de los órganos jurisdiccionales en favor del tribunal arbitral); y su efecto positivo: La competencia de los árbitros y la legitimación de las partes para poner en marcha el procedimiento arbitral”. (Énfasis agregado).*

- 3.5.12. Y es que la separabilidad del convenio arbitral se refiere a la idea de que este acuerdo es uno independiente y separado del contrato principal en el que está inserto. Este principio establece que incluso si el contrato principal que contiene el acuerdo de arbitraje es nulo, inválido o ineficaz, el acuerdo de arbitraje en sí mismo sigue siendo válido y vinculante; permite que las partes en un contrato utilicen el arbitraje como un medio efectivo de resolución de disputas.
- 3.5.13. En vista de que la jurisdicción arbitral -para ser más precisos aquella que se encuentra bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima- se ha avocado a la controversia suscitada entre el Concesionario y el Concedente respecto a supuestos incumplimientos

---

<sup>16</sup> PALAZÓN GARRIDO, María Luisa. El Principio de Separabilidad o Autonomía del Acuerdo Arbitral. Arbitraje Comercial Internacional (un estudio de Derecho comparado). Pág. 2. Civitas Thomson-Reuters. Granada, 2020.

por parte de este último al Contrato de Concesión; y siendo tales incumplimientos los que habrían ocasionado determinados daños en perjuicio del Concesionario, la contraparte se encontraría en la posibilidad de reconvenir (contrademandar) la indemnización de los referidos daños en el marco del arbitraje iniciado por el Concedente.

- 3.5.14. Sobre el particular, recordemos que la cuantía de la indemnización pretendida por el Concesionario asciende a la suma de US\$ 421'590,392.44 (Cuatrocientos veintiún millones quinientos noventa mil trescientos noventa y dos con 44/100 Dólares Americanos). En este sentido, conforme al numeral (i) del literal b) de la cláusula 16.2. del Contrato de Concesión, la aludida indemnización deberá ser resuelta - previo trato directo- mediante un arbitraje internacional administrado por el CIADI, o en su defecto, bajo las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Nos remitimos al referido dispositivo contractual:

*“16.2 Arbitraje.*

*(...).*

*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:*

*(iii) **Cuando las Controversias No Técnicas tengan a) un monto involucrado superior a US\$ 30'000,000.00 (Treinta Millones con 00/100 Dólares)** o su equivalente en moneda nacional, o b) cuando las Partes no estén de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo dentro del plazo establecido en la Cláusula 16.1 para el caso del arbitraje internacional, pudiendo ampliarse por decisión conjunta de las Partes en los términos establecidos.*

*En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo referido en el párrafo precedente, **las controversias suscitadas serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (el “CIADI”)**, establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativo N°26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. Alternativamente, las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuero distinto al del CIADI, si así lo estimaran conveniente.*

(...).

*Si por cualquier razón el CIADI decidiera no ser competente o declinara asumir el arbitraje promovido en virtud de la presente Cláusula, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas a que se refiere el presente acápite (i), a las Reglas de Arbitraje del CNUDMI. En ese caso el arbitraje se llevará a cabo en Lima, Perú”.*

- 3.5.15. No obstante, conforme hemos explicado en nuestro primer entregable, el Tribunal Arbitral que se instale en el marco del procedimiento arbitral iniciado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, **se encontrará en la facultad de decidir antes que cualquier otra autoridad** (incluso jurisdiccional como lo es el CIADI), si es que resulta competente para resolver el pedido indemnizatorio que fuera a formular el Concesionario; y ello de acuerdo a lo regulado por el numeral 1) del artículo 41° de la Ley de Arbitraje:

*“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.*

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

- 3.5.16. La norma previamente citada es sumamente clara en establecer la capacidad que tiene la jurisdicción arbitral 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 al correspondiente Tribunal Arbitral entrar al fondo de la controversia, nuestro ordenamiento jurídico le otorga efectivamente al arbitraje una especie de prioridad temporal frente a cualquier tipo de jurisdicción, pues el mismo reconoce la plena vigencia del principio de *Kompetenz-Kompetenz* precisamente a través del numeral 1) del artículo 41° de la Ley de Arbitraje. Figueroa Valdés<sup>17</sup> sigue esta postura:

*“El principio de Kompetenz-kompetenz constituye una regla de prioridad temporal frente a la justicia nacional sobre su competencia arbitral, buscando garantizar la no dilación injustificada del procedimiento arbitral, ya que los jueces nacionales deben abstenerse de intervenir mientras el árbitro no haya resuelto. La extensión de la competencia para decidir sobre su propia jurisdicción se traduce en revisar entre otras cosas: (...)*

---

<sup>17</sup> FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. La Autonomía de los árbitros y la intervención judicial. Arbitraje PUCP. p. 73. Lima, 2014.

ii) Si la extensión del acuerdo de arbitraje incluye o cubre la disputa, (...). (Énfasis agregado).

#### 4. Conclusiones. -

Luego de desarrollar los puntos materia de análisis del presente Informe Legal, concluimos lo siguiente:

- (i) El Concedente debe de objetar la competencia del SICRECI para que el procedimiento de trato directo por el Concesionario no continúe;
- (ii) La objeción a la competencia del SICRECI debe ir direccionada a que la controversia suscitada entre el Concedente y el Concesionario ya se encuentra sometida a la jurisdicción arbitral, y la naturaleza de esta controversia no deviene en una referente a materia de inversiones;
- (iii) En la demanda arbitral que fuera a formular el Concedente se deberá de añadir una pretensión direccionada a que se declare como consentida y firma la caducidad que decretó en cuanto al Contrato de Concesión; y ello a fin de obtener un pronunciamiento definitivo y mandatorio para el Concesionario;
- (iv) La caducidad decretada por el Concesionario en cuanto al Contrato de Concesión debe ser sometida al proceso arbitral iniciado por el Concedente ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima;
- (v) El Contrato de Concesión dejó de tener vigencia desde la caducidad decretada por el Concedente;
- (vi) El Concedente deberá de convocar a un nuevo concurso público internacional para la elección de un nuevo concesionario post Contrato de Concesión caducado;
- (vii) El Concesionario podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios ante un eventual consentimiento de la caducidad que decretó, en tanto acredite dolo o culpa inexcusable por parte del Concedente al supuestamente incumplir con sus obligaciones contractuales; y,
- (viii) La vía arbitral es la que corresponde para que el Concesionario pueda reclamar los daños derivados del supuesto incumplimiento del Concedente al Contrato de Concesión.

Sin otro particular, quedamos a su disposición para cualquier consulta, aclaración o ampliación de los términos presentes expuestos.

Atentamente,

**Fernán Altuve-Febres**