

**INFORME LEGAL**  
**NO APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO N° 2 Y**  
**ABSOLUCION DE CONSULTAS**

**I. INTRODUCCIÓN**

1. De conformidad con los términos de referencia de la Orden de Servicio N° 0000755, cumplimos con emitir opinión acerca de la NO APROBACIÓN del Expediente Técnico N° 2, estando a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Contrato de Concesión del Proyecto Majes Sigvas II ("Contrato de Concesión" o "TUO del Contrato") y la Adenda 13 del referido instrumento, así como a los documentos que he tenido a la vista, que consigno a continuación a fin de delimitar el alcance del presente Dictamen Jurídico y las respuestas a las consultas formuladas por la Gerencia de Desarrollo del Proyecto Majes Sigvas II Etapa de AUTODEMA, a cargo del monitoreo del proyecto concesionado:
- 1) Carta MS2-CAS-GRA-CAR-296 de fecha 15 de julio de 2022.
  - 2) Oficio N° 721-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 15 de julio de 2022.
  - 3) Carta J3D151-CRT-N° 048-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 29 de julio de 2022.
  - 4) Oficio N° 805-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 29 de julio de 2022.
  - 5) Carta MS2-CAS-AUT-CAR-147 de fecha 12 de agosto de 2022.
  - 6) Oficio N° 887-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 12 de agosto de 2022.
  - 7) Carta J3D151-CRT-N° 064-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 22 de agosto de 2022 (versión digital).
  - 8) Carta J3D151-CRT-N° 065-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 22 de agosto de 2022 (versión física).
  - 9) Oficio N° 951-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 22 de agosto de 2022.
  - 10) Carta MS2-CAS-AUT-CAR-152 de fecha 1 de setiembre de 2022.
  - 11) Oficio N° 1028-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 1 de setiembre de 2022.
  - 12) Carta J3D151-CRT-N° 095-2022/SE-CD/OCA-ING de fecha 9 de setiembre de 2022.
  - 13) Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 9 de setiembre de 2022.
  - 14) Oficio N° 1270-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 05 de octubre de 2022.
  - 15) Oficio N° 1399-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022.
  - 16) Oficio N° 1400-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022.
  - 17) Oficio N° 151-2023-GRA/GR de fecha 14 de marzo de 2023.
  - 18) Oficio N° 044-2023-GRA-PEMS-GE de fecha 16 de marzo de 2023.
  - 19) Oficio N° 537-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 26 de abril de 2023
  - 20) Oficio N° 669-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 18 de mayo de 2023.
  - 21) Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 de fecha 22 de junio de 2023.
  - 22) Oficio N° 471-2023-GRA-GR de fecha 9 de agosto de 2023.
  - 23) Oficio N° 469-2023-GRA-GR de fecha de 9 de agosto de 2023.
  - 24) Carta MS2-CAS-GRA-CAR-359 de fecha 17 de agosto de 2023.



- 25) Oficio N° 511-2023-GRA-GR de fecha 21 de agosto de 2023.
- 26) Carta MS2-CAS-GRA-CAR-360 de fecha 1 de setiembre de 2023.
- 27) Carta MS2-CAS-MEF-CAR-010 de fecha 20 de setiembre de 2023.

## II. PROCEDIMIENTO DE APROBACION

- 2. El literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato (según la modificación realizada por la Adenda 13) precisa el procedimiento a seguir por las Partes para la aprobación del Expediente Técnico N° 2, con intervención de la Supervisión Especializada:

*"5.5.2 Procedimiento de aprobación de los Expedientes Técnicos*

*(...)*

- c) Aprobación del Expediente Técnico N° 2*

*El Concedente, por intermedio del Supervisor, deberá aprobar el Expediente Técnico N° 2 en un plazo de sesenta (60) días calendarios siguientes a la presentación del referido expediente.*

*El Concedente, por intermedio del Supervisor podrá 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, siempre que estén vinculadas a la materia objeto del pronunciamiento para la aprobación del Expediente Técnico N° 2. En tal caso, el Concesionario deberá entregar al Supervisor la información adicional solicitada o la absolución de la(s) observación(es), dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a su requerimiento.*

*Las observaciones formuladas por el Supervisor deberán referirse detalladamente al incumplimiento por el Concesionario de: (i) las especificaciones de obligatorio cumplimiento o Parámetros de Condición de los Términos de Referencia Anexo 17, 17 A y 17 B; (ii) de los Niveles de Servicio previstos en el TUO del Contrato.*

*En caso de observarse memorias y/o cálculos, las observaciones deberán estar sustentadas con cálculos con la misma o similar metodología y herramientas que las empleadas por el Concesionario.*

*En los diez (10) días calendario siguientes de recibida la información adicional o la absolución de la(s) observación(es), el Supervisor deberá emitir su pronunciamiento respecto a la aprobación del Expediente Técnico N° 2.*

*No obstante, en caso surgiera algún aspecto por aclarar o precisar, o subsistiera algún aspecto por aclarar o precisar, el Supervisor notificará al Concesionario las observaciones pertinentes, a fin de que éste las absuelva en un plazo máximo de diez (10) días calendario. Dentro los diez (10) días calendario siguientes de absueltas las observaciones por el Concesionario, el Supervisor deberá emitir su pronunciamiento respecto a la aprobación del Expediente Técnico N° 2.*

Si el Supervisor no se pronunciara en los plazos indicados en los dos (2) párrafos precedentes, se entenderá otorgada las respectivas aprobaciones del Expediente Técnico N° 2; por lo que, en consecuencia, cualquier nueva emisión de observaciones después de transcurrido dichos plazos, carecerá de validez.

Si en noventa (90) días calendarios, contados desde el término del plazo previsto en el primer párrafo del presente literal c), el Expediente Técnico N° 2 no es aprobado, se suspenderán las Obras de la Primera Fase hasta la aprobación del Expediente Técnico N° 2.

Si el Expediente Técnico N° 2 no es aprobado por el Supervisor dentro de los plazos señalados en los párrafos anteriores, se considerará que existe una controversia técnica, a ser resuelta mediante arbitraje de conciencia conforme a lo previsto en la cláusula 16.2. y 16.3 del TUO del Contrato. Las Partes no podrán contestar la naturaleza técnica de la controversia.

*El laudo que emita el tribunal arbitral de conciencia determinará con toda precisión las razones por las que el Expediente Técnico 2, presentado por el Concesionario, cumple o no, con los requerimientos técnicos previstos en el TUO del Contrato y, en su caso, si las observaciones formuladas por el Supervisor son fundadas y si fueron o no subsanadas por el Concesionario adecuadamente, conforme a lo previsto en el TUO del Contrato.*

*La decisión del tribunal arbitral de conciencia será final e inapelable por las Partes, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) de la cláusula 16.3 del TUO del Contrato, y los costos y costas derivados del arbitraje de conciencia serán asumidos por la Parte vencida, incluyendo los costos derivados de la suspensión de las Obras Nuevas de la Primera Fase. El plazo de la suspensión de las Obras Nuevas de la Primera Fase será reconocido para efectos del plazo de construcción de las Obras Nuevas a partir de la movilización del Concesionario.*

*En caso que el tribunal arbitral de conciencia decida que el Expediente Técnico 2 cumple con los requerimientos técnicos del TUO del Contrato, el Expediente Técnico N° 2 se considera aprobado sin más trámite ni condición a partir de la fecha del laudo de conciencia y las Obras Nuevas de la Primera Fase se reanudarán dentro de los plazos de movilización que no supere el plazo de cuatro (4) meses.*

*Conforme a lo autorizado por el artículo 67.1 de la Ley General de Arbitraje, ambas Partes autorizan al tribunal arbitral a ejecutar el laudo expedido de acuerdo a lo siguiente: En caso que el tribunal de conciencia decida que el Expediente Técnico 2 no cumple con los requerimientos técnicos previstos en el TUO del Contrato o si considera fundada alguna observación, eso configura obligatoriamente la terminación anticipada del TUO del Contrato por causa imputable al Concesionario.”(Énfasis nuestro)*

3. En el citado procedimiento, intervinieron las Partes:
- (i) GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA, en representación de la República del Perú (Concedente); y,

- (ii) CONSORCIO ANGOSTURA SIGUAS S.A., sociedad de propósito exclusivo de la cual el socio principal es el Grupo Cobra (Concesionario).
4. Asimismo, el tercero contratado de acuerdo con lo previsto en las cláusulas 1.113, 1.114 y 1.115 del TUO del Contrato: SUPERVISOR ESPECIALIZADO MAJES II S.A.C., integrada por empresas del Grupo Nippon Koei.

### III. ANALISIS

#### III.1 Aplicación del Procedimiento por el Concedente

5. En primer lugar, procedemos a verificar si el procedimiento establecido en el TUO del Contrato ha sido debidamente aplicado por el Concedente para evaluar la propuesta presentada por el Concesionario a través de la Supervisión Especializada hasta comunicar el pronunciamiento final de NO APROBACIÓN del Expediente Técnico N° 2.
6. Al efecto, presentamos el siguiente resumen de los actuados en el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato para la aprobación del Expediente Técnico N° 2:

Actividad	Responsable	Plazo	Documento	Fecha	Comentario
Propuesta de ET N° 2	Concesionario	60 días calendario desde la firma de la Adenda 13	Carta MS2-CAS-GRA-CAR-296	15-jul-2022	Presentado dentro del plazo establecido
	Concedente	---	Oficio N° 721-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE	15-jul-2022	Remitido al Supervisor Especializado
Evaluación de la propuesta	Supervisor Especializado	15 días calendario	Carta J3D151-CRT-N° 048-2022/SE-CD/SF2-ING	29-jul-2022	Identificación de 358 observaciones
	Concedente		Oficio N° 805-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE	29-jul-2022	Pedido de información adicional o de levantamiento de observaciones
Levantamiento (parcial) de observaciones	Concesionario	15 días calendario	Carta MS2-CAS-AUT-CAR-147	12-ago-2022	Levantamiento parcial de observaciones (62 de las 358)
	Concedente		Oficio N° 887-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE	12-ago-2022	Remitido al Supervisor Especializado
Pronunciamiento sobre la aprobación	Supervisor Especializado	10 días calendario	Carta J3D151-CRT-N° 064-2022/SE-CD/SF2-ING (versión digital) Carta J3D151-CRT-N° 065-	22-ago-2022	Señalamiento de subsistencia de 296 observaciones

			2022/SE-CD/SF2-ING (versión física)		
	Concedente		Oficio N° 951-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE	22-ago-2022	Traslado al Concesionario
Aclaración	Concesionario	10 días calendario	Carta MS2-CAS-AUT-CAR-152	01-set-2022	Levantamiento parcial de observaciones (107)
	Concedente		Oficio N° 1028-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE	01-set-2022	Remitido al Supervisor Especializado
Pronunciamiento final	Supervisor Especializado	10 días calendario	Carta J3D151-CRT-N° 095-2022/SE-CD/OCA-ING	09-set-2022	Pronunciamiento final (Subsistencia de 189 observaciones)
	Concedente		Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE	09-set-2022	Comunica la NO APROBACION del Expediente Técnico N° 2

7. Y puntualizamos en los aspectos siguientes:

**a) Presentación de la propuesta por el Concesionario**

i. Según la cláusula 5.4.2 del TUO del Contrato:

*“Durante el Periodo Inicial o excepcionalmente en el Periodo Constructivo Principal, el Concesionario deberá presentar al Supervisor el Expediente Técnico N° 2 en un plazo que no deberá exceder los sesenta (60) días calendario, contados desde la suscripción de la Adenda 13 al TUO del Contrato, de tal forma que el Concedente, por intermedio del Supervisor, emita la aprobación a la que se refiere el literal c) de la Cláusula 5.5.1, con arreglo a lo establecido en el literal c) de la Cláusula 5.5.2”.*

ii. Por ello, dentro del plazo establecido, el Concesionario presentó su propuesta de Expediente Técnico N° 2 mediante Carta MS2-CAS-GRA-CAR-296 de fecha 15 de julio de 2022. En la misma fecha, el Concedente corrió traslado de la propuesta a la Supervisión Especializada para que en el plazo de quince (15) días calendarios realice la correspondiente evaluación y emita pronunciamiento previo para la aprobación del Expediente Técnico N° 2.

**b) Evaluación de la propuesta y observaciones**

i. Mediante Carta J3D151-CRT-N° 048-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 29 de julio de 2022, la Supervisión Especializada comunicó al Concedente acerca de trescientos cincuenta y ocho (358) observaciones a la propuesta de

Expediente Técnico N° 2 presentada por el Concesionario, las cuales de acuerdo con lo previsto en la parte correspondiente del literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato podían ser absueltas por este en los quince (15) días calendarios siguientes al requerimiento de información adicional o levantamiento de observaciones efectuado por el Concedente.

- ii. Según lo especificado en el informe de la Supervisión Especializada, las observaciones fueron realizadas estando a lo dispuesto en el procedimiento, acusando el incumplimiento por el Concesionario de las especificaciones de obligatorio cumplimiento o Parámetros de Condición de los Términos de Referencia de los Anexos 17, 17 A y 17 B y/o de los Niveles de Servicio previstos en el TUO del Contrato.

**c) Levantamiento parcial de observaciones**

- i. Mediante Carta MS2-CAS-AUT-CAR-147 de fecha 12 de agosto de 2022, el Concesionario presentó información adicional relativa a solo sesenta y dos (62) de las trescientos cincuenta y ocho (358) observaciones efectuadas por la Supervisión Especializada a la propuesta de Expediente Técnico N° 2. Esta información parcial del Concesionario, fue remitida por el Concedente a la Supervisión Especializada mediante Oficio N° 887-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 12 de agosto, a fin de que la revise y efectúe el pronunciamiento correspondiente.
- ii. A través de la Carta J3D151-CRT-N°064-2022/SE-CD/SF2-ING (versión digital) y la Carta J3D151-CRT-N°065-2022/SE-CD/SF2-ING (versión física), ambas de fecha 22 de agosto de 2022, la Supervisión Especializada evidenció la subsistencia de doscientas noventa y seis (296) observaciones a la propuesta presentada inicialmente por el Concesionario.
- iii. Por ello, el Expediente Técnico N° 2 no podía ser aprobado formalmente por el Concedente. En la misma fecha, el Concedente corrió traslado de lo informado, dirigiendo el Oficio N° 951-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE al Concesionario, con el propósito de que en el plazo de diez (10) días calendarios formule las aclaraciones del caso al nuevo reparo de la Supervisión Especializada.
- iv. La respuesta del Concesionario al requerimiento se hizo mediante Carta MS2-CAS-AUT-CAR-152 de fecha 1 de setiembre de 2022, en la que se consignó información adicional sobre ciento siete (107) de las doscientos noventa y dos (292) observaciones que subsistían en consideración de la Supervisión Especializada.
- v. El mismo día, por el Oficio N° 1028-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE, el Concedente corrió traslado de la comunicación y el sustento presentado por el Concesionario para que la Supervisión Especializada emita un pronunciamiento final.

**d) Pronunciamiento final y comunicación del Concedente**

- i. Luego de la revisión correspondiente, la Supervisión Especializada, a través de la Carta J3D151-CRT-N° 095-2022/SE-CD/OCA-ING de fecha 9 de



setiembre de 2022, emitió pronunciamiento final señalando la subsistencia de ciento ochenta y nueve (189) observaciones; ergo, de conformidad con lo establecido en el TUO del Contrato, el Expediente Técnico N° 2 NO PODÍA SER APROBADO por el Concedente.

- ii. Mediante Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE, del mismo 9 de setiembre de 2022, respecto al Expediente Técnico N° 2, el Concedente le comunicó lo siguiente al Concesionario:

*"(...) 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 (...)" (Enfasis nuestro)*

8. Conforme a los documentos revisados, verificamos que el procedimiento fue debidamente cumplido y que el Concesionario fue participe de este, entregando información adicional y levantando las observaciones que le había hecho la Supervisión Especializada; por ello, ahora no puede aducir que el Concedente no cumplió con lo dispuesto en el TUO del Contrato, como tendenciosamente afirma en su Carta MS2-CAS-GRA-CAR-358 de fecha 22 de junio de 2023.
9. Asimismo, verificamos que el Concedente no dio 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 los dos párrafos precedentes, consolidando el procedimiento y la evaluación efectuada respecto a la propuesta presentada por el Concesionario, la cual al no levantar las observaciones técnicas que se le hicieron oportunamente, ni reunir las condiciones técnicas exigidas por el TUO del Contrato, devino en la NO APROBACION del Expediente Técnico N° 2.

### III.2 Posición del Concesionario

10. En sentido contrario a la posición del Concedente que afirma que el Expediente Técnico N° 2 NO ESTÁ APROBADO, el Concesionario sostiene que el primero *"(no ha cumplido) con el procedimiento de aprobación del Expediente Técnico N° 2 de acuerdo a lo acordado con la Adenda 13"*<sup>1</sup>
11. Para el Concesionario, el defecto radica en que las observaciones formuladas a su propuesta por la Supervisión Especializada, que según su dicho, no se refieren a lo prescrito en el procedimiento previsto en el TUO del Contrato; esto es, a (i) las especificaciones de obligado cumplimiento o Parámetros de Condición de los Términos de Referencia Anexo 17, 17A y 17B; y/o (ii) de los Niveles de Servicio previstos en el TUO del Contrato de Concesión. En esa perspectiva, las observaciones de la Supervisión Especializada no serían tales, sino solo "comentarios y valoraciones" sin vínculo con las variables que el TUO del Contrato y los Anexos mencionados establecen como filtro para evaluar el Expediente Técnico N° 2 y aprobarlo.

<sup>1</sup> Apartado III.1 de la Carta MS2-CAR-GRA-CAR de fecha 22 de junio de 2023.

12. Adicionalmente, en otra interpretación sin sustento contractual del Concesionario, este asevera que el Expediente Técnico N° 2 habría quedado aprobado "tácitamente", debido a que el Concedente solo tenía una oportunidad para hacer observaciones y cuando está fue realizada la contestaron desvirtuándolas.
13. En esta perspectiva, las observaciones subsistentes señaladas por el Supervisor serían solo de "comentarios y valoraciones" por fuera de los Términos de Referencia de los Anexos 17, 17 A y 17 B y los Niveles de Servicio contemplados en el TUO del Contrato, por lo que al haber transcurrido el plazo fijado para el procedimiento, considera que el Expediente Técnico N° 2 ha sido "aprobado" y, por ello, comenzó a ejecutar las Obras Nuevas de la Segunda Fase.
14. De hecho, apreciamos dos posturas contradictorias de parte del Concesionario, una por la que imputa incumplimiento del Concedente del procedimiento establecido por el TUO del Contrato para aprobar el Expediente Técnico N° 2 y otra por la que considera que este instrumento ya fue aprobado y que, por eso, quedó habilitado para continuar ejecutando las Obras de la Primera Fase y comenzar con la construcción de las Obras Nuevas de la Segunda Fase.
15. Adicionalmente, cabe mencionar que en la respuesta a la Solicitud de Arbitraje presentada por el Concedente ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de fecha 20 de setiembre de 2022, el Concesionario insiste en sus dichos contradictorios: i) No aplicación del procedimiento para aprobar el Expediente Técnico N° 2, y, ii) Aprobación "tácita" del mismo.
16. Ambas posturas han sido rebatidas por el Concedente de manera tajante, al reiterar que el Expediente Técnico N° 2 NO HA SIDO APROBADO, en su respuesta a las imputaciones de incumplimientos contractuales remitida por el Concesionario (Carta MS2- de fecha 22 de junio de 2023), efectuada por Oficio N° 471-2023-GRA-GR de fecha 9 de agosto de 2023 y en la activación del mecanismo de caducidad por causa imputable al Concesionario planteada en la misma fecha por Oficio N° 469-2023-GRA-GR.

### III.3 Rol de la Supervisión Especializada

- 
17. Las cláusulas 1.113, 1.114, 1.115 y 25 del TUO del Contrato definen y regulan la intervención de la Supervisión Especializada y las relaciones de las Partes con el Supervisor contratado por el Concedente para la etapa de diseño y construcción de las obras objeto de la Concesión. Con ese propósito, el Gobierno Regional de Arequipa contrató a SUPERVISOR ESPECIALIZADO MAJES II S.A.C., conformada por empresas del Grupo Nippon Koei, mediante Contrato suscrito el 23 de diciembre de 2015.
  18. De acuerdo con este, el objeto del Contrato de Supervisión Especializada es:

"2.1. (...) establecer los derechos y obligaciones de las Partes y especificar las reglas y procedimientos que regirán el ejercicio de las actividades del Supervisor Especializado en la supervisión de las obligaciones técnicas, económicas y financieras del Concesionario, durante los Periodos Inicial y Constructivo Principal de la Concesión de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para la Irrigación de las Pampas de Siguas , según el siguiente detalle:

- i. Supervisión en la Construcción de las Obras Nuevas de la Segunda Fase que corresponden al Expediente Técnico N° 2.
- ii. Supervisión en las actividades de control y fiscalización de los demás aspectos contractuales, técnicos, económicos y financieros del Contrato de Concesión inherentes a la Segunda Fase, conforme a lo establecido en los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión.

En tal sentido, el Contratante conviene en utilizar los servicios del Supervisor Especializado para la ejecución de los servicios referidos en: i) los párrafos precedentes, ii) en las Bases del Concurso de Supervisión y iii) en los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión; con sujeción a lo establecido en el Contrato de Concesión y sus Anexos, en las Bases del Concurso de Concesión y de conformidad con las Ofertas Técnica y Económica del Supervisor Especializado.  
(...)"(Enfasis nuestro)

19. Cabe destacar que la cláusula 2.4 del Contrato, contiene la delegación de las atribuciones del Concedente:

"(...)  
El PEMS, en cumplimiento de lo establecido en las Cláusulas 1.113, 1.114 y 25 del Contrato de Concesión y en los Términos de Referencia del Contrato de Supervisión, conviene en delegar en el Supervisor Especializado las atribuciones para el ejercicio de todas las actividades de control y fiscalización de las obligaciones técnicas y económicas del Concesionario previstas en el Contrato de Concesión y Leyes Aplicables, con excepción de aquellas que haya cumplido el PEMS en ejercicio de las facultades conferidas en la Cláusula 25.1 del indicado Contrato de Concesión.



Las atribuciones del Supervisor Especializado están concordadas con las tareas de supervisión técnica, económica y financiera previstas en el Contrato de Concesión. Igualmente el Supervisor Especializado ejercerá sus funciones en el marco de los compromisos asumidos en su Propuesta Técnica y Económica, en el Contrato N° 2 y sus Términos de Referencia y en las Leyes Aplicables." (Enfasis nuestro)

20. Según el citado Contrato, las actividades del Supervisor Especializado deben ser efectuadas con estricta rigurosidad técnica, teniendo en consideración las siguientes cláusulas:

- (i) La cláusula 4 que contiene las obligaciones generales;
- (ii) La cláusula 7 que fija las obligaciones del contratante (Concedente) y el PEMS (AUTODEMA);
- (iii) La cláusula 10 sobre los Informes que debe emitir;
- (iv) La cláusula 11 respecto al alcance de su responsabilidad, y,

- (v) La cláusula 12, en particular el numeral 12.3, que contempla la inspección y supervisión de la calidad de la prestación.

### III.4 Obras a ser ejecutadas por el Concesionario

21. Las obligaciones constructivas del Concesionario en el desarrollo de la Concesión incluyen la ejecución de:
- (i) Las Obras de la Primera Fase; y,
  - (ii) Las Obras Nuevas de la Segunda Fase.
22. Las primeras están relacionadas con los Expedientes Técnicos N° 1 AA, N° 1 AB y N° 1 B y el cofinanciamiento comprometido por el Estado peruano en el Contrato de Concesión. Las segundas son las obras nuevas necesarias para el desarrollo de los componentes de la Etapa II del Proyecto, en especial el que involucra la irrigación de 38,500 hectáreas en las pampas de Siguan, las cuales se deben ejecutar de acuerdo con el Expediente Técnico N° 2.
23. Sin la aprobación del Expediente Técnico N° 2 por el Concedente, no es posible que el Concesionario ejecute las Obras Nuevas de la Segunda Fase y cumpla con los compromisos y las obligaciones contraídas en virtud al Contrato de Concesión.

### III.5 Observaciones a la propuesta de Expediente Técnico N° 2

24. Según el TUO del Contrato, las observaciones que el Supervisor Especializado puede realizar a la propuesta de Expediente Técnico N° 2, deben referirse detalladamente al incumplimiento por el Concesionario de observar lo siguiente:
- (i) Las especificaciones de obligatorio cumplimiento o Parámetros de Condición de los Términos de Referencia Anexo 17, 17 A y 17 B; y,
  - (ii) Los Niveles de Servicio previstos en el TUO del Contrato.
25. A manera de ilustración, resumimos los Parámetros de Condición de los Términos de Referencia para la elaboración de una propuesta técnica del Anexo 17 del TUO del Contrato, de la manera siguiente:

#### a) Aspectos Generales<sup>2</sup>

"(...)

Los presentes Términos de Referencia establecen las especificaciones generales de referencia, las especificaciones de obligatorio cumplimiento o Parámetros de Condición que servirán de pauta para la formulación de las Propuestas Técnicas y económicas (...)

*Cada Postor elaborará su propio proyecto, de acuerdo con su propia evaluación y experiencia, siempre que cumplan con las especificaciones de cumplimiento obligatorio establecidas en los presentes Términos de Referencia." (Énfasis nuestro)*

#### b) Objeto de la Concesión<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Término 01 del Anexo 17.

<sup>3</sup> Término 02 del Anexo 17.

"El objeto de la Concesión consistirá en la ejecución de las obras y la explotación de la Concesión mediante el aprovechamiento económico de los bienes, en virtud del cual, el Concesionario tendrá la obligación de ejecutar las Obras Nuevas diferenciando dos Fases de ejecución paralela que en líneas generales comprenden: la represa Angostura, la derivación Angostura-Colca, la derivación Lluclla-Siguas y las obras de conducción y distribución de agua de riego en las Pampas de Sigwas) y, asimismo, ejecutará las actividades de operación y mantenimiento de éstas y de las obras existentes durante la vigencia del plazo de la Concesión. Estas obligaciones técnicas y económicas se ejecutarán conforme a los lineamientos contenidos en los presentes Términos de Referencia, considerando los siguientes aspectos principales:  
(...)

#### **En la Segunda Fase:**

– Construcción, de obras de la derivación Lluclla-Siguas; y de las obras de conducción, vasos reguladores y red de distribución a las Pampas de Sigwas; denominadas, en su conjunto, Obras Nuevas de la Segunda Fase;  
(...) (Enfasis nuestro)

#### **c) Localización del Proyecto<sup>4</sup>**

"(...)  
Las Obras Nuevas de la Concesión incluyen a la Presa de Angostura y la Derivación Angostura-Colca, las mismas que se desarrollan aproximadamente a la cota 4250 m.s.n.m. en la parte alta de la provincia de Caylloma - Arequipa – Perú; a una distancia aproximada de 230 km de la ciudad de Arequipa, capital de la Región. La Derivación Lluclla – Sigwas y el Sistema de Distribución de Riego de la Pampa de Sigwas se desarrolla desde la cota 1800 m.s.n.m. hasta la cota 1200 m.s.n.m. en la Provincia de Arequipa." (Enfasis nuestro)

#### **d) Climatología e hidrología<sup>5</sup>**

"(...)  
En relación con las nuevas obras, se han revisado y actualizado los parámetros hidrológicos con el fin de determinar el tamaño de las avenidas del río Apurímac para períodos de retorno de 2, 5, 10, 100, 500 y 1000 años. Para el diseño de las obras hidráulicas mayores el Postor deberá adoptar necesariamente un retorno de 1000 años.

Para los efectos del proceso constructivo de las Obras Nuevas, el Concesionario de acuerdo con su propia evaluación, determinará a su propio costo y riesgo, el periodo de retorno que adoptará para establecer las características de las obras provisionales que puedan ser afectadas por los caudales de los ríos. El Concesionario no podrá invocar fuerza mayor y en consecuencia, mantendrá indemne al Concedente, respecto a cualquier deterioro, pérdida o destrucción de dichas obras provisionales y sus equipamientos, que puedan ocurrir como consecuencia de un cálculo

<sup>4</sup> Término 03 del Anexo 17.

<sup>5</sup> Término 04 del Anexo 17.

*impreciso o errado del periodo de retorno determinado por el Concesionario, en tanto dicho periodo sea menor a 100 años.  
(...)”(Enfasis nuestro)*

**e) Geología<sup>6</sup>**

*"El área de emplazamiento de la Presa de Angostura, presenta un cuadro geológico dominado por eventos volcánicos que afectaron la región desde el cretáceo superior hasta los tiempos recientes. El relieve presenta una morfología que es producto de la intensa erosión y los procesos de glaciación, presentando pampas, suaves colinas y montañas que demuestran una superficie de erosión avanzada.  
(...)*

*En el área de la Derivación Lluclla-Siguas se cuenta con información menos detallada, sin embargo la zona se encuentra en la Planicie Costanera de la región sur del país. La derivación se desarrolla en la formación Moquegua Superior y Cuaternario Reciente, las cuales están constituidas por gravas y arenas mal graduadas medianamente consolidadas.”(Enfasis nuestro)*

**f) Desarrollo de las Obligaciones del Concesionario<sup>7</sup>**

*"El presente numeral tiene como objetivo proveer información básica y descriptiva de las obras mayores consideradas en el esquema de concesión y en los presentes Términos de Referencia. Esta información tiene carácter referencial y ha sido seleccionada sobre la base de los estudios existentes y disponibles en la Sala de Datos del Proyecto Majes-Siguas II Etapa.*

*El Postor desarrollará el proyecto, de acuerdo con su propia evaluación y experiencia, y de acuerdo con las especificaciones establecidas en los presentes Términos de Referencia. Los ajustes, cambios y cualquier otra modificación de los parámetros y características de cumplimiento obligatorio de las obras, realizados por el Postor en su Propuesta Técnica, serán considerados como una causal de no aprobación de dicha Propuesta.  
(...)”(Enfasis nuestro)*

**g) Materiales de Construcción<sup>8</sup>**

*"Los estudios existentes incluyen la evaluación de materiales para la preparación de concreto dentro del proyecto de presa CCR. El material evaluado, se encuentra en grandes volúmenes en los lechos del río Hornillos, Pusa-Pusa y Apurímac, y presenta una granulometría variada con abundantes finos que mostraron ser excelentes para ser utilizados en la manufactura del concreto.  
(...)*

*En el área de la Derivación Lluclla-Siguas se presenta canteras a lo largo de la misma y utilizadas en la actualidad para el desarrollo de infraestructura*

<sup>6</sup> Término 05 del Anexo 17.

<sup>7</sup> Término 06 del Anexo 17.

<sup>8</sup> Término 07 del Anexo 17.

*Municipal y/o de Servicios, presentando cualidades y volúmenes concordantes para ser utilizados para concretos.  
(...)”(Enfasis nuestro)*

**h) Plan de Ejecución de las Obras Nuevas<sup>9</sup>**

*"(...)  
2.2 Construcción de las Obras Nuevas de La Segunda Fase*

*Todo el conjunto de Obras Nuevas de la Segunda Fase se construirá durante el Periodo Constructivo Principal. El Expediente Técnico para estas obras se denominará Expediente Técnico N° 2 el cual debe estar debidamente aprobado por la supervisión antes de que concluya el Periodo Inicial de la Concesión.”(Enfasis nuestro)*

**i) Plazos de Ejecución<sup>10</sup>**

*"(...)  
El desarrollo del proceso constructivo de acuerdo con el plan descrito precedentemente, se ceñirá a los Calendarios de Trabajo y a los Calendarios de Inversiones de la Primera y Segunda Fase que proponga el Adjudicatario; sin embargo se tendrá en cuenta que el plazo previsto para la ejecución de las Obras Nuevas hasta la fecha de finalización del periodo de Pruebas de Puesta en Marcha, no deberá exceder de los cuarenta y ocho (48) meses contados desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, salvo las prórrogas convenidas por las Partes.  
(...)”(Enfasis nuestro)*

**j) Nivel de las Propuestas y Exigencias de Calidad<sup>11</sup>**

*"(...)  
La obligación del desarrollo de los Expedientes Técnicos, incluyendo el proyecto definitivo y la confección de planos de ingeniería de detalle y memorias descriptivas a nivel de ejecución, salvo lo establecido en el acápite i) del Numeral 8.1 del presente Anexo, se exigirá únicamente al Postor Adjudicatario. Conjuntamente se le exigirá la presentación del programa detallado de construcción y la formulación del presupuesto definitivo de obras con descripción de partidas, metrados y precios unitarios incluido el análisis desarrollado para su formulación. Así mismo se exigirá la presentación de las especificaciones generales y específicas del procedimiento constructivo y del suministro e instalación de equipos e instrumentación.  
(...)”(Enfasis nuestro)*

**k) Supervisión de las Obligaciones Técnicas y Económicas del Concesionario<sup>12</sup>**

*"(...)*

<sup>9</sup> Término 08 del Anexo 17.

<sup>10</sup> Término 09 del Anexo 17.

<sup>11</sup> Término 10 del Anexo 17.

<sup>12</sup> Término 11 del Anexo 17.

*El Concedente fiscalizará y supervisará el cumplimiento de las obligaciones técnicas y económicas del Concesionario tanto durante el periodo de construcción de las obras de la concesión como durante el periodo de operación y mantenimiento de las mismas. (...)"(Enfasis nuestro)*

**l) Medidas de protección ambiental<sup>13</sup>**

"(...)

*El Proyecto cuenta con una Actualización del Estudio de Impacto Ambiental de la Represa Angostura y la Gestión de Medio Ambiente, aprobado a nivel de factibilidad por la autoridad ambiental competente, que se encuentra disponible para su consulta en la Sala de Datos.*

*El Concesionario deberá realizar, antes del inicio de las actividades constructivas, los estudios definitivos y complementarios de Impacto Ambiental de la Represa Angostura y la Gestión Ambiental señaladas en la Resolución Gerencial N° 021 -06 -INRENA – OGATEIRN, asimismo de la infraestructura de derivación, conducción y distribución para la irrigación de las Pampas de Siguas y presentarlo para la aprobación de los organismos competentes a través del Concedente.*

*(...)"(Enfasis nuestro)*

**m) Referencias de los Estudios Existentes<sup>14</sup>**

"(...)

*El presente acápite tiene como objetivo proveer información básica y descriptiva de las obras de trasvase consideradas en el esquema de concesión y en los presentes Términos de Referencia. Esta información ha sido seleccionada sobre la base de los estudios existentes y disponibles en la Sala de Datos del proyecto.*

*(...)"(Enfasis nuestro)*

26. A estos se suman, la Actualización de los Términos de Referencia contenida en el Anexo 17 A y la inclusión provista en el numeral 6.6.2 del Anexo 17 B, así como los Niveles de Servicio previstos en el Anexo 2 del TUO del Contrato, en los que se definen los "Términos y Condiciones Generales para la Prestación del Servicio de Conducción y Distribución de Agua para Riego en las Pampas de Siguas y para la Entrega en Agua en Bloque al Proyecto Especial Majes-Siguas".
27. Las Cartas J3D151-CRT-N° 048-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 29 de julio de 2022, J3D151-CRT-N° 064-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 22 de agosto de 2022 (versión digital) y J3D151-CRT-N° 065-2022/SE-CD/SF2-ING de la misma fecha (versión física), así como la Carta J3D151-CRT-N° 095-2022/SE-CD/OCA-ING de fecha 9 de setiembre de 2022, emitidas por la Supervisión Especializada, como resultado de la evaluación de la propuesta de Expediente Técnico N° 2 presentada por el Concesionario, revelan que este no cumplió con formularlo con sujeción a lo requerido por el TUO del Contrato; esto es, observando las especificaciones de obligatorio cumplimiento o Parámetros de Condición de los Términos de Referencia de los Anexos 17, 17 A y 17 B y los Niveles de Servicio previstos en el TUO del Contrato (Anexo 2).

<sup>13</sup> Término 12 del Anexo 17.

<sup>14</sup> Término 13 del Anexo 17.

28. Por ello, al vencimiento del plazo de sesenta (60) días de presentada la propuesta, esto es, el 9 de setiembre de 2022, la Supervisión Especializada efectuó su pronunciamiento final (Carta J3D151-CRT-N° 095-2022/SE-CD/OCA-ING) y el Concedente comunicó el mismo día al Concesionario, mediante Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE, la decisión de No Aprobación del Expediente Técnico N° 2, por la subsistencia de ciento ochenta y nueve (189) observaciones.
29. Como apreciamos de la documentación revisada, aun cuando el Concesionario pudo activar el mecanismo de solución de controversias previsto en el TUO del Contrato para el caso de una divergencia de carácter técnico como la que dice tener con la manera como se evaluó su propuesta de Expediente Técnico N° 2, no lo hizo; y, por el contrario, siguió intentando la aprobación luego de vencido el plazo que el procedimiento respectivo precisa.
30. En efecto, de acuerdo con el procedimiento de aprobación establecido en el TUO del Contrato: *"Si en noventa (90) días calendarios, contados desde el término del plazo previsto en el primer párrafo del presente literal c), el Expediente Técnico N° 2 no es aprobado, se suspenderán las Obras de la Primera Fase hasta la aprobación del Expediente Técnico N° 2".*
31. Dentro de esos noventa (90) días, el Concedente le reiteró al Concesionario la No Aprobación del Expediente Técnico N° 2, mediante los documentos que se refieren a continuación:
- (i) Oficio N° 1270-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 05 de octubre de 2022;
  - (ii) Oficio N° 1399-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022; y,
  - (iii) Oficio N° 1400-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 21 de octubre de 2022.
32. Igualmente, lo hizo con posterioridad, a través de los documentos siguientes:
- (i) Oficio N° 151-2023-GRA/GR de fecha 14 de marzo de 2023;
  - (ii) Oficio N° 044-2023-GRA-PEMS-GE de fecha 16 de marzo de 2023;
  - (iii) Oficio N° 537-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 26 de abril de 2023; y,
  - (iv) Oficio N° 669-2023-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 18 de mayo de 2023.



### III.6 Controversia Técnica

33. En línea con lo vertido, advertimos que el resultado del "filtro técnico" que el TUO del Contrato establece para evaluar la propuesta de Expediente Técnico N° 2 presentada por el Concesionario, solo pudo ser cuestionado por este con el mismo criterio (técnico) que las observaciones de la Supervisión tienen; por lo que en caso exista una discrepancia entre las Partes como la que es materia del presente análisis, esta debe ser entendida como una Controversia Técnica y resuelta de conformidad con lo que las cláusulas 16.2 y 16.3 del TUO del Contrato prevén para el caso:

*"Si el Expediente Técnico N° 2 no es aprobado por el Supervisor dentro de los plazos señalados en los párrafos anteriores, se considerará que existe una*

controversia técnica, a ser resuelta mediante arbitraje de conciencia (...)”(Enfasis nuestro)

34. Así, solo con un laudo emitido por un Tribunal Arbitral en un Arbitraje de Conciencia podría haberse atendido y dado la razón, si fuere el caso, a la pretensión del Concesionario, o, por el contrario, confirmada la posición de la Supervisión Especializada y, por tanto, del Concedente, que tajantemente señala que el Expediente Técnico N° 2 NO HA SIDO APROBADO.

### **III.7 Situación del Concesionario**

35. Por otro lado, estamos ante una evidencia que determina la existencia de una situación de inexecución de las obras para las que fue contratada la Concesión y, por ende, la existencia de una causal de caducidad por causa imputable al Concesionario, que si no es subsanada nos conducirá inevitablemente a la terminación anticipada del Contrato de Concesión.
36. Sin el Expediente Técnico N° 2 aprobado por el Concedente, según el procedimiento establecido en el TUO del Contrato, el Concesionario se ha colocado en una situación de inexecución de sus deberes constructivos en la Concesión, configurando la causal de caducidad que el Concedente le señaló mediante el Oficio N° 469-2023-GRA-GR de fecha 9 de agosto de 2023 y que ha devenido en la terminación anticipada del Contrato de Concesión declarada por el Concedente mediante Oficio N° 511-2023-GRA-GR de fecha 21 de agosto de 2023.
37. Por el contrario, el Concesionario viene intentando el uso de un mecanismo distinto del que ha sido fijado por el Contrato de Concesión, al proponer el supuesto incumplimiento del procedimiento de aprobación del Expediente Técnico N° 2 como parte del señalamiento de incumplimiento de las obligaciones contractuales del Concedente que darían origen a la caducidad del Contrato. Lo que resulta en términos prácticos una negación de lo que el TUO del Contrato indica firmemente: *"Las Partes no podrán contestar la naturaleza técnica de la controversia"*.

### **IV. CONCLUSIONES**

- 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 Concesionario ha convalidado el procedimiento seguido por el Concedente para evaluar su propuesta, al presentarla de manera oportuna e interactuar con su contraparte y la Supervisión Especializada en el marco de lo dispuesto en el literal c) de la cláusula 5.2.2 del TUO del Contrato y al no ponerlo en cuestión dentro del plazo previsto para la aprobación del Expediente Técnico N° 2, ni luego de que este venciera, porque siguió intentando aprobarlo dentro de los noventa (90) días siguientes, hasta que se produjo la suspensión de la ejecución de las Obras de la Primera Fase según lo dispuesto en el Contrato de Concesión.
- 3) 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 los dos párrafos precedentes, consolidando el procedimiento y la evaluación efectuada a la propuesta presentada por el Concesionario; por tanto, NO EXISTE "APROBACION TACITA" del Expediente Técnico N° 2.

- 4) El Concesionario ha consentido la decisión del Concedente de NO APROBACION del Expediente Técnico N° 2, al no activar el Arbitraje de Conciencia previsto en las cláusulas 16.2 y 16.3 del TUO del Contrato, para dilucidar una posible Controversia Técnica respecto a la evaluación de su propuesta por la Supervisión Especializada.
- 5) Como consecuencia de que el Expediente Técnico N° 2 NO HA SIDO APROBADO, las Obras de la Primera Fase están suspendidas y el Concesionario no puede ejecutar las Obras Nuevas de la Segunda Fase. Por ello, el Concesionario ha incurrido en incumplimiento grave de su obligación contractual de construir la infraestructura del Proyecto Majes – Sigvas II, configurando causal de Terminación Anticipada del Contrato de Concesión por su causa.

## V. CONSULTAS ADICIONALES

Seguidamente, por petición del Equipo de Monitoreo de la Concesión del PEMS – AUTODEMA y de conformidad con los términos de nuestra contratación, absolvemos las siguientes consultas jurídicas:

### 1) **Si corresponde al Concedente iniciar el Arbitraje de Conciencia, según procedimiento establecido en la Adenda 13.**

- i. En primer lugar, debemos precisar que 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 la que se originó en torno a la decisión del Concedente de NO APROBACION 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.
- ii. El procedimiento dispone que si el Expediente Técnico N° 2 no fuera aprobado por la Supervisión Especializada dentro del plazo fijado para el efecto, se considerará que existe una Controversia Técnica que debe ser resuelta mediante Arbitraje de Conciencia. Asimismo, que las Partes no pueden contestar la naturaleza técnica de dicha controversia, por lo que no pueden llevarla a sede arbitral distinta a la que le corresponde.
- iii. En ese sentido, si bien el procedimiento no establece qué parte debe solicitar el Arbitraje de Conciencia, entendemos que siendo el Concesionario el interesado en que se apruebe el Expediente, debió ser este el que active el mecanismo para resolver la Controversia Técnica derivada del pronunciamiento final de la Supervisión Especializada sobre su propuesta y la comunicación del Concedente de NO APROBACION del Expediente Técnico N° 2.
- iv. Por tanto, no le correspondía al Concedente iniciar el Arbitraje de Conciencia, porque eso sería poner en entredicho el haber aplicado debidamente el

procedimiento previsto en el TUO del Contrato para aprobar el Expediente Técnico N° 2 y desvirtuar la evaluación técnica de la Supervisión Especializada que sustenta la decisión de su NO APROBACION.

**2) ¿Qué cláusula primaria respecto de "las observaciones realizadas al Expediente Técnico N° 2", la definición contenida en la cláusula 1.48 o la cláusula 5.4.3 que indica y detalla la oportunidad y procedimiento de entrega de la Ingeniería de Detalle?**

i. En la cláusula 1.48 del TUO del Contrato, se consigna la siguiente definición:

*"Expedientes Técnicos": Significarán los Expedientes Técnicos N° 1A, N° 1B y N° 2 que contienen el desarrollo a nivel de proyecto definitivo y la ingeniería de detalle de las Obras Nuevas que deberá elaborar el Concesionario de conformidad con las disposiciones contenidas en la Cláusula 5 y su Propuesta Técnica. (...)" (Enfasis nuestro)*

ii. A su vez, la cláusula 5.4.3 señala que:

*"Los Expedientes Técnicos de las Obras Nuevas a ejecutar, se desarrollarán sobre la base de la Propuesta Técnica y deberán comprender el desarrollo del proyecto definitivo correspondiente a cada Fase, incluyendo los siguientes aspectos: (...)*

*El desarrollo de la ingeniería de detalle se implementará gradualmente en función del programa de ejecución y equipamiento de las Obras y sus componentes que se consigne en el Calendario de Obras respectivo.*

*En cada oportunidad, los planos y memorias a nivel de ingeniería de detalle serán sometidos a la aprobación del Supervisor a más tardar con treinta (30) días calendario de anticipación al inicio de la obra programada o de sus respectivos componentes, según el Calendario de Obras respectivo.*

*La ingeniería de detalle correspondiente a las obras iniciales de cada Expediente Técnico, según el respectivo Calendario de Obras, será presentado al Supervisor, conjuntamente con el proyecto definitivo de la Fase que corresponda.*  
(...)

*En todos los casos, la aprobación del proyecto definitivo respectivo, así como de la ingeniería de detalle correspondiente según el Cronograma de Trabajo, se realizará conforme a lo dispuesto en las cláusulas 5.5.1 y 5.5.2".*  
(Enfasis nuestro)

iii. Del contraste de ambas cláusulas se tiene un elemento en común, la "Propuesta Técnica", que entendemos es la originalmente presentada por el Concesionario cuando era Postor y a fin de adjudicarse el Contrato de Concesión; la cual forma parte del TUO del Contrato como Anexo N° 4.

iv. No hemos tenido a la vista la referida Propuesta Técnica, por lo que no podemos pronunciarnos sobre su contenido y detalle. Por ser un documento hecho bajo el dominio de disciplinas del conocimiento humano que exceden lo jurídico, estimamos pertinente su examen por uno o más Peritos calificados en las ramas

de la ingeniería que corresponden a las obras de infraestructura que constituyen objeto del Contrato de Concesión.

- v. Solo así se podría tener una base para evaluar en clave jurídica y contractual si el Expediente Técnico debe contener la "Ingeniería de Detalle" o si esta puede ser desarrollada posteriormente como dice la cláusula 5.4.3 del TUO del Contrato, luego de aprobado el Expediente Técnico.

**3) ¿Qué consideraciones se deben tener en cuenta para un Arbitraje de Conciencia relacionado con la aprobación del Expediente Técnico N° 2?**

- i. El Concedente, estando en la convicción de que la evaluación de la propuesta de Expediente Técnico N° 2 del Concesionario ha sido efectuada en línea con el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.2.2 del TUO del Contrato, no tiene porque considerar un Arbitraje de Conciencia como medio de validación de su decisión de NO APROBARLO.
- ii. El Concesionario era quien debía promover oportunamente la aplicación del mecanismo de solución de controversias correspondiente según lo dispuesto en la cláusula 16 del TUO del Contrato, si consideraba que se afectaba su derecho por la aplicación de un procedimiento distinto al que correspondía, o incoar el inicio del Arbitraje de Conciencia inmediatamente después del pronunciamiento final de la Supervisión Especializada y la consiguiente comunicación del Concedente de NO APROBACION del Expediente Técnico N° 2, por ser esta una Controversia Técnica en consideración del propio Contrato de Concesión.
- iii. En el caso hipotético de que el Concesionario sea quien inicie el Arbitraje de Conciencia, la posición del Concedente debe ser firme respecto a la corrección de sus actos y la aplicación debida del procedimiento establecido por el TUO del Contrato para evaluar la propuesta presentada y rechazarla por la subsistencia de las observaciones identificadas por la Supervisión Especializada.
- iv. Ahora, la probabilidad de que un Arbitraje de Conciencia ocurra es mínima, debido a que el Concesionario ha evitado exponerse a un laudo en contrario y sumar la supuesta controversia sobre el Expediente Técnico N° 2 a otras que manifiesta tener, imputando graves incumplimientos graves de su contraparte para intentar una caducidad del Contrato de Concesión por su responsabilidad y ser resarcido por el supuesto daño que eso le ha causado.
- v. El Concedente debe concentrarse en el esfuerzo iniciado al solicitar el Arbitraje de Derecho ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (Caso N° 0440-2023-CCL), para defender su posición de rechazo a las imputaciones de incumplimiento de sus obligaciones contractuales que el Concesionario le ha hecho al activar el mecanismo de caducidad considerando, entre otros supuestos incumplimientos, el de no haber cumplido con llevar a cabo el procedimiento establecido en el literal c) de la cláusula 5.2.2 del TUO del Contrato para la aprobación del Expediente Técnico N° 2.
- vi. En ese contexto, la posición firme del Concedente debe considerar dos aspectos: (i) la acreditación de que el procedimiento previsto en el TUO del Contrato fue correctamente aplicado y que en este, dentro de los plazos fijados, participó el Concesionario sin cuestionamiento alguno de los pasos dados por la Supervisión

Especializada, y, (ii) la afirmación de que la evaluación de la propuesta presentada por el Concesionario fue efectuada con rigurosidad técnica y a la luz de los Parámetros y Términos referidos en los Anexos 17, 17 A y 17 B y los Niveles de Servicio del Contrato de Concesión, y que si eso lo discutía el Concesionario debía hacerlo mediante un Arbitraje de Conciencia.

**4) ¿Correspondía al Concedente plantear el Arbitraje de Conciencia antes de que el Concesionario active el mecanismo de caducidad del Contrato de Concesión o corresponde realizarlo posteriormente?.**

- i. Como lo hemos dicho *ut supra* al responder la consulta 1), si el Concesionario era el interesado en que se apruebe el Expediente Técnico, debió ser este el que active el mecanismo para resolver la Controversia Técnica al emitirse el pronunciamiento final de la Supervisión Especializada sobre su propuesta y la comunicación del Concedente de NO APROBACION del Expediente Técnico N° 2.
- ii. Si como sostiene en las diversas comunicaciones remitidas al Concedente, consideraba que las observaciones efectuadas por la Supervisión Especializada no se ajustaban a los Parámetros y Términos referidos en los Anexos 17, 17 A y 17 B y a los Niveles de Servicio definidos en el Contrato de Concesión, le correspondía al Concesionario iniciar el Arbitraje de Conciencia, a fin de que un neutral se pronuncie sobre el particular.
- iii. Ni antes ni después de la activación de la pretendida caducidad del Contrato de Concesión por el Concesionario, le corresponde al Concedente iniciar un Arbitraje de Conciencia, como también lo hemos dicho en la consulta 1), eso sería poner en entredicho el haber aplicado debidamente el procedimiento previsto en el TUO del Contrato para aprobar el Expediente Técnico N° 2 y desvirtuar la evaluación técnica de la Supervisión Especializada que sustenta la decisión de su NO APROBACION.

Es todo lo que cumpla con informar, quedando a disposición de AUTODEMA y el GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA para cualquier ampliación y/o aclaración que consideren necesaria.

Atentamente,



**SAMUEL GUSTAVO TELLO PRADO**  
Consultor