

Lima, 4 de setiembre de 2023.

Señores:

AUTORIDAD AUTÓNOMA DE MAJES – AUTODEMA

AREQUIPA

Atención: Gerencia de Desarrollo del Proyecto Especial Majes Sigvas II -
Meta de Monitoreo de la Concesión

Referencia: O.S. N° 000755, "Servicio especializado en materia legal para la revisión y análisis de la documentación relacionada con la aprobación del Expediente Técnico N° 2 del Contrato de Concesión del Proyecto Majes Sigvas II"

Asunto: Presentación de Primer Entregable.

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente comunicación, cumpla en el plazo conferido con adjuntar el Primer Entregable correspondiente a la Orden de Servicio de la referencia, el mismo que consta del Informe con el detalle de la prestación realizada en el primer tramo de la prestación (4 de agosto al 4 de setiembre de 2023).

Sin otro particular, que a su disposición para los fines que estimen pertinentes.

Atentamente,



SAMUEL GUSTAVO TELLO PRADO
Abogado, Reg. CAL 18800
DNI 06079166
RUC 10060791665

INFORME LEGAL

I OBJETO DE LA CONTRATACIÓN

Conforme a la Orden de Servicio N° 0000755, se nos ha encargado prestar el SERVICIO ESPECIALIZADO EN MATERIA LEGAL PARA LA REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN RELACIONADA CON LA APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO N° 2, IDENTIFICACIÓN DE CONTROVERSIAS CON EL CONCESIONARIO Y EVALUACIÓN DE VIABILIDAD DEL ARBITRAJE DE CONCIENCIA EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL PROYECTO MAJES SIGUAS II.

Según los Términos de Referencia (TDR), constituyen alcances y descripción del servicio, las siguientes actividades:

- Revisión y análisis del TUO del Contrato (de Concesión) y la Adenda N° 13, así como la documentación relacionada con la aprobación del expediente Técnico N° 2 e identificación de las controversias que al respecto existen con el Concesionario.
- Elaboración de un Informe Legal que determine la situación en que se encuentra el Expediente Técnico N° 2 y evalúe la viabilidad de solicitar el arbitraje de conciencia como mecanismo de solución de la controversia existente con el Concesionario.
- Absolución de consultas y asistencia técnica en la formulación del pedido de arbitraje de conciencia del Concedente.
- Acompañamiento a la Gerencia Ejecutiva de AUTODEMA y/o el Gobierno regional en reuniones relacionadas con la controversia existente con el Concesionario respecto a la aprobación del expediente Técnico N° 2.

En ese marco y conforme, también, a lo establecido en los TDR, el servicio debe materializarse en tres entregables, el primero a los 30 días naturales o calendario; el segundo a los 60 días naturales o calendario y, el tercero, a los 90 días naturales o calendario. El plazo se computa desde la fecha de recepción de la Orden de Servicio, lo cual se ha producido el 04 de agosto de 2023.

En tal sentido, el PRIMER ENTREGABLE consta de lo siguiente:

- Informe con el detalle de la prestación realizada, en concordancia con lo establecido en el numeral 5.1, acompañado de los documentos formulados por el Concedente con su contribución, así como de los documentos y/o presentaciones elaboradas para el trabajo interno, en el periodo correspondiente.

Pues bien, determinado el objeto de la contratación del servicio, a continuación, ingresaremos a desarrollar el entregable, analizando el marco legal de la Concesión, así como los alcances de las estipulaciones del contrato relacionados a la elaboración del Expediente Técnico N° 2.

II MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL

En principio debemos precisar que el Contrato de Concesión denominado "Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Mayores de Afianzamiento Hídrico y de Infraestructura para Irrigación de las Pampas de Majes", se suscribió el 09 de diciembre de 2010, fecha en que se encontraba en vigencia un conjunto de normas legales, algunas de las cuales han perdido vigencia. El Contrato, desde su suscripción, ha sido objeto de diversas modificaciones realizadas vía Adendas, hasta que con fecha 30 de abril de 2015 se suscribió la Adenda N° 12, mediante la cual se aprueba el Texto Único Ordenado (TUO) del Contrato de Concesión.

Posteriormente, con fecha 12 de julio de 2022 se suscribió la Adenda N° 13 cuyo objeto, declarado en su cláusula Segunda, es la adecuación del TUO a las condiciones técnicas y económicas vinculadas al cambio tecnológico, incluyendo la presurización y automatización del Sistema de Conducción y Distribución para riego de las Pampas de Sigwas. Empero, del texto de la Adenda se evidencia que, además de lo declarado como objeto, se efectuaron modificaciones importantes, una de ellas relacionadas al objeto del Informe, nos referimos a la



elaboración del Expediente Técnico N° 2 y, la eventualidad del surgimiento de controversias y el procedimiento para su solución.

Sobre el marco normativo del Contrato de Concesión no realizaremos mayor análisis, las normas aplicables se encuentran consignadas en el TUO del Contrato. Sin embargo, a los efectos de analizar la distribución de obligaciones contractuales de cara a una posible solución de controversia, analizaremos con mayor profundidad lo que establecen tanto el TUO del Contrato como la Adenda N° 13.

III NATURALEZA DEL EXPEDIENTE TECNICO N° 2

Según definición del TUO del Contrato de Concesión (1.48), la denominación "Expedientes Técnicos" incluye a 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. Más adelante, en el mismo numeral, se señala que el Expediente Técnico contiene el presupuesto del concesionario.

En el numeral 1.51 se define el concepto de Expediente Técnico N° 2 en los términos que se muestran en la imagen siguiente:

- 1.51 "Expediente Técnico N° 2": corresponderá a la construcción de las Obras Nuevas de la Segunda Fase, que se desarrollará durante los tres (3) años previstos para el Periodo Constructivo Principal de la Concesión. El proceso de elaboración y aprobación del Expediente Técnico N° 2, también deberá producirse antes de la culminación del Periodo Inicial.

Con la Adenda N° 13 se modificó el numeral 1.51 del TUO, el nuevo texto es el siguiente:

- "1.51. "Expediente Técnico N° 2": corresponderá a la construcción de las Obras Nuevas de la Segunda Fase, que se desarrollará durante el Periodo Constructivo Principal de la Concesión de acuerdo a la cláusula 3.1.iii. del TUO del Contrato. El proceso de elaboración y aprobación del Expediente Técnico N° 2 también deberá producirse antes de la culminación del Periodo Inicial o, excepcionalmente en el Periodo Constructivo Principal conforme a lo previsto en la cláusula 3.1.iii. del TUO del Contrato."

En este punto, conviene precisar que la Adenda N° 13 se suscribió, como ya señalamos, el 12 de julio de 2022 y la entrega del Expediente Técnico N° 2 por parte del Concesionario se produjo el 15 de julio de 2022, a través de la

carta MS2-CAS-GRA-CAR-296. Este aspecto es muy importante de destacar porque la Adenda N° 13 contiene diversas modificaciones, algunas de las cuales bien podrían haber modificado el Contenido del Expediente Técnico N° 2 al tiempo en que fue entregado por el Concesionario. En todo caso, conforme a lo establecido en la cláusula 5.4.3 del TUO del Contrato de Concesión, los Expedientes Técnicos de las Obras Nuevas (que es el caso del Expediente Técnico N° 2), 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:

- Resultados de las investigaciones básicas complementarias de acuerdo con los requerimientos de la Propuesta Técnica, incluyendo entre otras: investigaciones geológicas, geotécnicas, geofísicas y geodésicas; además de la identificación de canteras.
- Condiciones y aspectos principales de diseño y operación del conjunto de obras, incluyendo planos, metrados, memorias y procedimientos de cálculo, así como las normas y recomendaciones aplicadas.
- Proceso constructivo con detalle de la tecnología constructiva y de la organización de la construcción.
- Materiales, equipos hidromecánicos e instrumentación por emplear.
- Metrados detallados de obras.
- Análisis de precios unitarios.
- Presupuesto detallado de obras.
- Calendario de Obras conteniendo el programa optimizado de actividades preparatorias, de construcción, de pruebas tecnológicas, de equipamiento y de puesta en marcha de las obras .
- Versión definitiva del manual de operación y mantenimiento de las Obras Existentes, a ser implementado por el Proyecto Especial Majes-Siguas durante el Periodo Constructivo Principal .
- Versión preliminar del manual de operación y mantenimiento del sistema integrado de las Obras Nuevas y de las Obras Existentes, incluyendo el desarrollo del sistema integrado de regulación y despacho de las aguas disponibles (Plan General de Suministro y Plan del Servicio).

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 la misma cláusula se precisa también que:

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 presentada al Supervisor, conjuntamente con el proyecto definitivo de la Fase que corresponda.

Con la Adenda N° 13 se modificó la cláusula 5.4, específicamente las cláusulas 5.4.2 y 5.4.4, quedando vigente la cláusula 5.4.3 que, como hemos visto detalla el contenido del Expediente Técnico.

Por otro lado, con la Adenda N° 13 se modificó la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato de Concesión, el texto contenido en el TUO era el siguiente:

b) Aprobación de los Expedientes Técnicos N° 1 B y N° 2

El Concedente, por intermedio del Supervisor, deberá aprobar los Expedientes Técnicos N° 1 B y N° 2 en un plazo de noventa (90) días calendario siguientes a la presentación de los referidos expedientes, siempre y cuando, no solicite información adicional o formule observaciones.

En caso el Concedente, por intermedio del Supervisor, requiriese la presentación de información adicional o formulara observación(es), vinculadas a la materia objeto del pronunciamiento para la aprobación de los Expedientes Técnicos N° 1 B y N° 2, deberá solicitarla dentro de los veinticinco (25) días calendario siguientes a la fecha de presentación del referido expediente.

En tal caso, el Concesionario deberá entregar al Supervisor la información adicional solicitada o la absolución de la(s) observación(es), dentro de los veinticinco (25) días calendario siguientes a su requerimiento.

En los quince (15) días calendario siguientes de recibida la información adicional o la absolución de la(s) observación(es), el Supervisor deberá emitir su pronunciamiento respecto a las aprobaciones de los Expedientes Técnicos N° 1B y N° 2.

No obstante, en caso 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 quince (15) días calendario. Dentro los quince (15) días calendario siguientes de absueltas las observaciones por el Concesionario, el Supervisor deberá emitir su pronunciamiento respecto a las aprobaciones de los Expedientes Técnicos N°1B y N°2.

Si el Supervisor no se pronunciara en los plazos indicados en los dos (2) párrafos precedentes, se entenderá otorgada las respectivas aprobaciones de los Expedientes Técnicos N° 1B y N° 2; por lo que en consecuencia, cualquier nueva emisión de observaciones después de transcurrido dichos plazos, carecerá de validez.



Como se puede apreciar, en el TUO se agrupó el procedimiento de aprobación del Expediente Técnico 1B con el Expediente Técnico N° 2, siendo plazos más holgados tanto en el plazo total como en los plazos intermedios. Con la Adenda N° 13, en primer lugar, se estableció un procedimiento particular para la aprobación del Expediente Técnico N° 2 y se redujeron los plazos, tal como se aprecia en la imagen siguiente:

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.

En la misma cláusula se establece el alcance de las observaciones por parte del Supervisor, sin embargo, no se restringen las facultades del Supervisor, las cuales incluyen todas las obligaciones referidas a la ejecución del Expediente Técnico N° 2 y, en particular a las señaladas en la cláusula 5.4.3 del TUO. De manera que si bien, se determina el alcance de las observaciones por parte del Supervisor, tal como se aprecia en la imagen siguiente, empero no se determina que esas sean las únicas observaciones que el Supervisor deba realizar:

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.

Ahora bien, la misma cláusula agregada contiene estipulaciones que podrían llevar a confusión, y está referida a una supuesta aprobación tácita del Expediente Técnico, lo cual desde ya contradice el sentido mismo de la Concesión que es asegurar la ejecución de un proyecto bajo los más altos estándares de calidad. Evidentemente, el Contrato no prevé la figura de la aprobación tácita, por el contrario, en caso de no aprobación lo considera

como la ocurrencia de una controversia. Los párrafos discutibles son los siguientes:

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 primer párrafo contempla la posibilidad de que el Supervisor no insista en sus observaciones. Los dos "párrafos precedentes" corresponde a la "información adicional" o la "absolución de observaciones" previamente realizados por el Supervisor. Es decir que, si han habido observaciones, aquellas tienen que haber sido objeto de adición o de absolución, por lo que en el caso que el Supervisor no se manifieste en sentido positivo o negativo, significa que ha quedado conforme.

Por otro lado, el tercer párrafo se refiere a la eventualidad de que el Supervisor "no apruebe" el Expediente Técnico N° 2 en los plazos previstos, es decir que, habiéndose formulado observaciones, a criterio del Supervisor, aquellas no han sido absueltas, por lo que se producirá una controversia técnica que deberá ser resuelta vía arbitraje de conciencia debido a que ninguna de las partes puede cuestionar la naturaleza técnica de la controversia.



IV LAS POSICIONES EXPUESTAS POR LAS PARTES

Como se ha señalado, con fecha 15 de julio de 2022, el Concesionario entregó el Expediente Técnico N° 2, el mismo que fue traslado al Supervisor, quien mediante carta J3D151-CRT-N° 048-2022/SE-CD/SF2-ING de fecha 29 de julio de 2022, formuló sus observaciones y requerimientos de información adicional.

Luego, a través del documento MS2-ET2-0001-Rev0 denominado RESPUESTA AL INFORME DE REVISIÓN ET N° 2 (JRD151-CRT-N° 048-2022SE-CD/SF2-ING), el Concesionario presenta su levantamiento de Observaciones, a las que denomina "*Comentarios*" y frente a los cuales efectúa su respectiva "*Aclaración*".

Posteriormente, con fecha 22 de agosto de 2022, el Supervisor remite la carta J3D151-CRT-N°064-2022/SE-CD/OCA-CSE donde señala que ha procedido a revisar el informe de levantamiento de observaciones y adjunta un Informe de Revisión de Levantamiento de Observaciones al Expediente Técnico N° 2 y solicita al Concedente que comunique al Concesionario que subsisten observaciones las mismas que deben ser absueltas en un plazo de 10 días, acto que fue realizado por el Concedente a través del Oficio N° 951-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE del mismo día 22 de agosto de 2022.

A iniciativa de la entidad, con fecha 24 de agosto de 2022, se llevó a cabo una "*Reunión Informativa*", en la que las partes expusieron sus respectivas posiciones. En lo que respecta al Concesionario señaló lo siguiente:

- El informe de la Supervisión no contiene observaciones sino comentarios o recomendaciones
- No coincide con la interpretación de la naturaleza de las observaciones, pero que vienen evaluando el informe de Supervisión y en caso corresponda remitirán mayor información.
- El trazo de acceso a la Bocatoma está en la propuesta inicial, en la optimización y no fue observado en su momento.
- No es correcto condicionar la aprobación del ET2 a una variación del trazo del acceso.

Como se aprecia, el Concesionario se atribuye la facultad de determinar si las observaciones formuladas por la Supervisión son tales o solamente *Comentarios y/o Recomendaciones*.

Con fecha 01 de setiembre de 2022, el Concesionario remite la carta MS2-CAS-AUT-CAR-152 en la que señala, entre otros aspectos que "[...] *hacemos la salvedad de que esta Segunda Respuesta no puede ser considerada por Ustedes admisión nuestra de validez de las supuestas observaciones del*

Informe ni del Informe de Revisión de la Respuesta ni de conformidad de estos con el Contrato de Concesión modificado por la Adenda N° 13 (el "CCM")".

Más adelante, con fecha 09 de setiembre de 2022, el Supervisor entregó la carta J3D151-CRT-N° 095-2022/SE-CD/OCA-ING, en la que expresa lo siguiente: "[...] Al respecto, lo presentado por el Concesionario no absuelve la totalidad de las observaciones subsistentes al Expediente Técnico N° 2 [...]". Asimismo, señalan que: *"En conclusión, debemos manifestar que como resultado de la revisión del Informe de levantamiento de observaciones subsistentes al ET2, esta Supervisión Especializada no puede otorgar conformidad al Expediente Técnico N° 2, debido a la subsistencia de observaciones no absueltas por el Concesionario. En consecuencia, el Expediente Técnico N° 2 no reúne las condiciones técnicas especificadas en el TUO del Contrato de Concesión para ser aprobado por el Supervisor"*.

La posición concluyente del Supervisor fue comunicada formalmente al Concesionario a través del Oficio N° 1088-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 09 de setiembre de 2022.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido por el segundo párrafo de la cláusula 5.4 del Contrato de Concesión, modificada por la Adenda N° 13, el Concesionario estaba obligado a presentar al Supervisor el Expediente Técnico N° 2 en un plazo que no debía exceder los sesenta (60) días calendario, contados desde la suscripción de la Adenda 13, de tal forma que el Concedente, por intermedio del Supervisor, debía realizar la aprobación a la que se refiere el literal c) de la cláusula 5.1.1, en un plazo de sesenta días.

En este punto, es necesario señalar que el Expediente Técnico N° 2 fue presentado tres días después de la firma de la Adenda 13, en este caso el 15 de abril de 2022, por lo que el plazo para que el Supervisor apruebe el Expediente Técnico vencía el 15 de setiembre de 2022.

Con fecha 13 de setiembre de 2022, se instaló una reunión de trabajo con participación del Concesionario, el Concedente, funcionario del MEF y de PROINVERSIÓN. El objetivo de la reunión fue abordar el levantamiento de las observaciones subsistentes. En la reunión, el Concesionario señaló que habiendo vencido el plazo para la aprobación del Expediente Técnico N° 2, se

ha iniciado el plazo de 90 días contemplado en la Adenda 13. Entendemos que la alusión a los 90 días se refiere al octavo párrafo del literal c) de la cláusula 5.5.2 que establece que si en 90 días contados desde la finalización del plazo para la aprobación del Expediente Técnico N° 2 por parte del Supervisor, se suspenderán las Obras de la Primera Fase hasta la aprobación del Expediente Técnico N° 2.

Luego de la reunión del 13 de setiembre de 2022, se llevaron a cabo tres (3) reuniones más (14, 15 y 16 de setiembre de 2022), en las que participó el Supervisor. En la última reunión, se dejó constancia en el Acta que según el Concesionario "[...] *no se ha revisado con rigor la información contenida en el mismo, ni se han incluido a los profesionales adecuados para dicho fin*" por lo que, se continua en el acta señalando que: "*Con todo ello el Concesionario da por terminadas las reuniones hasta que vuelvan a ser constructivas para lograr la finalidad de las mismas*".

Posteriormente, con fecha 28 de setiembre de 2022, mediante Carta Notarial MS2-CAS-GRA-CAR-306, el Concesionario comunica que según su análisis, las observaciones formuladas por el Supervisor no califican como tales de conformidad con el Contrato de Concesión y que, por ello, entienden que el Expediente Técnico N° 2 ha quedado aprobado, por lo que a partir del día siguiente darán inicio a las actividades necesarias para su ejecución y que oportunamente enviarán el Calendario de Trabajo y el Calendario de Inversiones. Dicha comunicación notarial fue contestada por el Concedente con Oficio N° 1270-2022-GRA-PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 05 de octubre de 2022 en el sentido que el procedimiento para la evaluación del ET2 fue cumplido rigurosamente conforme a lo establecido en la Adenda 13.

En el Oficio de respuesta antes mencionado, el Concedente señaló que no está aprobado el ET2 y que no puede entenderse que dicho documento se encuentre aprobado y que, en el caso que el Concesionario insista en tener por aprobado el ET2, tomarán las siguientes medidas:

- Devolver y dar por no presentado cualquier documento relacionado a la Segunda Fase, sin que tenga carácter vinculante;
- No brindar apoyo en la obtención de licencias y autorizaciones;

- No autorizar la ejecución de Obras Nuevas de la Segunda Fase;
- No supervisar esas obras;
- No reconocer las inversiones que realice el Concesionario.

Finalmente, con Oficio N° 171-2023-GRA/PEMS-GE-GDPMSIIE de fecha 17 de febrero de 2023, el Concedente invitó al Concesionario a una reunión para tratar lo relacionado al levantamiento de observaciones. La reunión convocada se llevó a cabo el 28 de febrero de 2023, en la que el Concesionario reiteró que para ellos el expediente Técnico está aprobado y que las observaciones a las que denomina "*supuestas*", han sido levantadas en tiempo y en forma. Las siguientes comunicaciones entre las partes inciden sobre lo mismo, para el Concesionario el expediente Técnico está aprobado y para el Concedente subsisten observaciones que no han sido levantadas por el Concesionario.

En ese contexto, lo que corresponde es discernir cuál es el estado de la ejecución contractual y cuáles son los siguientes pasos que deberán darse, lo cual será adelantado de manera preliminar en el presente Informe, reservándonos un análisis más profundo, con recomendaciones para los siguientes Informes.

ANALISIS PRELIMINAR

En principio debemos precisar que es un hecho verificable que el Concesionario ha entregado el Expediente Técnico dentro del plazo contractual. También es un hecho verificable que el Supervisor ha formulado, dentro del plazo contractual las observaciones que ha considerado, en base a sus facultades, que deben ser objeto de subsanación.

Es igualmente un hecho verificable que el Concesionario ha levantado un número considerable de esas observaciones a las que unilateralmente ha calificado como "*Comentarios*". Finalmente, es un hecho verificable que el Supervisor NO HA APROBADO el Expediente Técnico, siendo esa facultad inherente a su rol.

El Concesionario sostiene que el Expediente Técnico se encuentra aprobado, pero no profundiza las razones que le llevan a esa conclusión. El solo hecho



de calificar las observaciones de la Supervisión como comentarios, no los exime de levantar y, en todo caso, demostrar que tales observaciones no lo son en función de lo que señala el Contrato de Concesión y sus documentos complementarios.

La aprobación del Expediente Técnico N° 2 no puede ser tácita, el Contrato de Concesión exige que la aprobación se de en sentido positivo, pero si aun no fuera necesario un acto materializado en una comunicación, el Supervisor ha señalado formalmente que no ha aprobado el Expediente Técnico. Por lo que las disposiciones en controversia se resumen en que para el Concesionario el Expediente Técnico N° 2 está aprobado y para el Concedente no lo está.

Siendo ese el caso, lo que corresponde es analizar la cláusula de solución de controversias prevista en el Contrato de Concesión, no sin antes mencionar que de la revisión de la abundante comunicación sostenida entre las partes desde el 15 de julio de 2022, no se encuentra ningún documento que acredite que el Expediente Técnico N° 2 haya sido aprobado por el Supervisor.

Por otro lado, conviene mencionar que es cierto que en el mes de diciembre de 2022 se resolvió el Contrato de Supervisión, sin embargo, ese hecho no modifica los efectos de la decisión comunicada por el Supervisor en el sentido que para ellos, al no haberse cumplido con levantar todas las observaciones formuladas, el Expediente Técnico N° 2, no estaba aprobado.

VI SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

Sin duda nos encontramos ante una situación irresoluta de modo directo y amistoso, las comunicaciones y reuniones entre las partes han sido infructuosas desde el vencimiento del plazo para la aprobación del Expediente Técnico N° 2. En tal sentido, a continuación, analizaremos cuál es el marco contractual para la solución de la controversia.

En primer lugar, hay que señalar que la cláusula 16 del Contrato de Concesión regula el procedimiento de Solución de Controversias, contemplando en primer lugar el Trato Directo como paso previo al Arbitraje. Luego, se determina que el Arbitraje puede ser de Conciencia o de Derecho, siendo que,

si las partes no concuerdan sobre su naturaleza, debe ser de Derecho. Como sabemos, existe discrepancia entre las partes para definir si, de llegarse a un Arbitraje, este será de Conciencia o de Derecho.

La Adenda 13 insertó en la cláusula 5.2.2 del TUO del Contrato de Concesión, un procedimiento propio para la aprobación del Expediente Técnico N° 2 y para la solución de las controversias que surjan como consecuencia de su ejecución. En el TUO del Contrato de Concesión, el Expediente Técnico N° 2 se aprobaba conjuntamente y, por tanto, de manera similar con el Expediente Técnico 1B, sin embargo, el literal b) de la cláusula 5.5.2 del TUO, no incluía mención alguna al procedimiento de solución de controversia diferente a la establecida en la cláusula 16.

El literal c) de la cláusula 5.5.2 del Contrato de Concesión, insertada con la Adenda 13, establece, como dijimos, un procedimiento propio para la aprobación del Expediente Técnico N° 2 y también modifica tácitamente la cláusula de solución de controversias del TUO en los aspectos relacionados a la no aprobación del Expediente Técnico N° 2.

El noveno párrafo del literal c) de la cláusula 5.5.2 (insertada por la Adenda 13), establece con claridad que si el Expediente Técnico N° 2 no es aprobado por el Supervisor dentro de los plazos previstos para la formulación de observaciones y/o solicitud de información adicional y su consecuente atención por parte del Concesionario, se considerará que existe una controversia técnica, la cual será resuelta mediante Arbitraje de Conciencia. En este caso, las partes no podrán cuestionar la naturaleza técnica de la controversia.

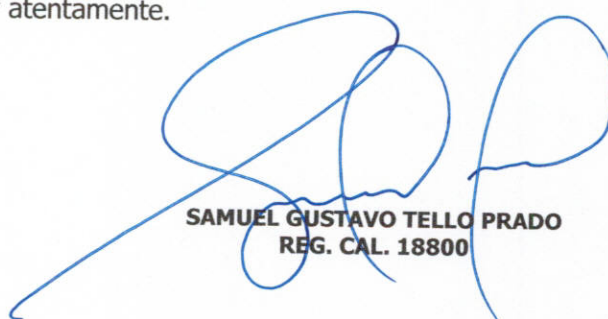
Ahora bien, el Concesionario sostiene que el Supervisor no le ha formulado observaciones sino comentarios y que, por tanto, al no existir observaciones, el Expediente Técnico N° 2 se encuentra aprobado. Al respecto, conviene mencionar que ni en el Contrato ni en ninguno de los documentos que lo complementan existe la figura o definición de "comentarios" al Expediente Técnico N° 2 por parte del Supervisor, por el contrario, sus funciones para formular observaciones están definidas en la cláusula 25 del TUO del Contrato de Concesión, así como en el Contrato de Supervisión Especializada y en el

Decreto Legislativo N° 1362 (art. 57) y su Reglamento (Art. 118) aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

De manera que, al haberse vencido el plazo de aprobación del Expediente Técnico N° 2 y más aún cuando el Supervisor Especializado ha señalado de manera expresa que no aprueba dicho documento, nos encontramos inmersos en la situación prevista en el noveno párrafo del literal c) de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato de Concesión, insertada por la Adenda 13. Es decir que el estado de la ejecución contractual es la de acudir al mecanismo de solución de controversias previsto en el noveno párrafo de la cláusula 5.5.2 del TUO del Contrato de Concesión, modificado por la Adenda 13.

El mecanismo a que nos referimos en la parte final del párrafo anterior es el Arbitraje de Conciencia, no habiéndose previsto quien debía iniciarlo y si es necesario o no recurrir al procedimiento de Trato Directo previsto en la cláusula 16.

Muy atentamente.



SAMUEL GUSTAVO TELLO PRADO
REG. CAL. 18800