

Informe Legal: Evaluación de escenarios frente al inicio de los procedimientos de terminación del contrato de concesión del proyecto Majes Sigvas – II promovidos por el Concedente y el Concesionario

1. Antecedentes

- 1.1. Con fecha 09 de diciembre de 2010, el Gobierno Regional de Arequipa (en adelante Concedente) y la empresa Concesionaria Angostura Sigvas S.A. (en adelante Concesionario), suscribieron el contrato de concesión para la construcción, operación y mantenimiento de las obras mayores de afianzamiento hídrico y de infraestructura para irrigación de las Pampas de Sigvas – Proyecto Especial Majes Sigvas II Etapa (en adelante Contrato de Concesión o Contrato).
- 1.2. Con fechas 09 de diciembre de 2010, 06 de junio de 2011, 07 de diciembre de 2011, 09 de marzo de 2012, 28 de febrero de 2013, 6 de febrero de 2014, 23 de julio de 2014, 23 de setiembre de 2014, 01 de diciembre de 2014, 15 de enero de 2015, 13 de marzo de 2015, 30 de abril de 2015, las partes suscribieron sucesivamente las adendas N° 01, N° 02, N° 03, N° 04, N° 05, N° 06, N° 07, N° 08, N° 09, N° 10, N° 11 y N° 12 al Contrato de Concesión.
- 1.3. Con Acta de Suspensión de Plazos y Obligaciones de fecha 16 de febrero de 2018, las partes acordaron suspender algunas obligaciones del Contrato desde el 30 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018. Dicha suspensión fue prorrogada sucesivamente con actas de acuerdos de fecha 18 de diciembre de 2018, 29 de marzo de 2019, 30 de mayo de 2019, 01 de agosto de 2019, 03 de setiembre de 2019, 04 de octubre de 2019, 11 de diciembre de 2019, 04 de marzo de 2020 y 30 de junio de 2020 hasta el 02 de noviembre de 2020.
- 1.4. Con fecha 12 de julio de 2022, las partes celebraron la Adenda N° 13 al Contrato de Concesión.
- 1.5. Con Carta N° MS2-CAS-GRA-CAR-358 de fecha 22 de junio de 2023, el Concesionario activó el mecanismo de resolución del Contrato y requirió al Concedente el cumplimiento de diferentes obligaciones, bajo apercibimiento de caducidad (en adelante, la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concedente).
- 1.6. Mediante orden de servicio N° 0000695 de fecha 25 de julio de 2023, la Autoridad Autónoma de Majes formalizó la contratación del “Servicio especializado en materia legal para la revisión y análisis de la documentación relacionada con la ejecución del contrato de concesión del proyecto Majes Sigvas II y la identificación de incumplimientos graves del concesionario y evaluación de viabilidad de la resolución contractual” a favor del abogado Julio Vidal Villanueva (en adelante, “el Consultor”).
- 1.7. Mediante Oficio N° 469-2023-GRA-GR de fecha 09 de agosto de 2023, el Concedente activó el mecanismo de resolución del Contrato y requirió al Concesionario el cumplimiento de obligaciones, bajo apercibimiento de caducidad (en adelante, la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concesionario).
- 1.8. Con fecha 29 de agosto de 2023, el Concedente solicitó el inicio del procedimiento arbitral ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima fijando como pretensiones preliminares que se declare que el Concedente ha cumplido con las obligaciones del Contrato de Concesión cuyo incumplimiento fue imputado por el

Concesionario con la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concedente (en adelante, el Arbitraje del Concedente).

- 1.9. Con comunicación electrónica de fecha 29 de agosto de 2023, el Concedente formuló diferentes consultas al Consultor, referidas a la evaluación de escenarios frente al inicio de los procedimientos de terminación del Contrato de Concesión promovidos por el Concedente y el Concesionario.

2. Objeto

- 2.1. Atendiendo a los antecedentes expuestos, el presente documento tiene por objeto la evaluación de los escenarios identificados por el Concedente, que se detallan a continuación:

- i. Si dentro del plazo de 30 días otorgados, el Concesionario subsana todos los incumplimientos imputados por el Concedente.*
- ii. Si dentro del plazo de 30 días otorgados, el Concesionario subsana algunos de los incumplimientos imputados por el Concedente, poniéndose en los casos que subsane o no, el incumplimiento que se le ha imputado como causal de caducidad.*
- iii. Si la respuesta presentada por el Concesionario, son meras justificaciones y no subsanaciones, conforme lo establece el TUO del Contrato.*
- iv. Si, cumplido el plazo otorgado, el Concesionario no responde al oficio de Imputación de incumplimientos.*
- v. Si el Concesionario inicia un procedimiento arbitral. Considerar arbitraje Nacional o Arbitraje Internacional.*
- vi. En el escenario en que se configure la Caducidad por Causa atribuible al Concesionario, precisar
 - a. ¿Qué acciones le corresponde ejecutar al Supervisor y al Concedente?*
 - b. ¿Qué se le debería requerir al Concesionario en el marco del TUO de Contrato de Concesión?**
- vii. Análisis de cómo puede impactar el nuevo arbitraje iniciado por el Concedente (Arbitraje ante CCL) respecto al arbitraje que eventualmente el Concesionario inicie ante el CIADI*

3. Análisis

- 3.1. Evaluación del escenario i: Si dentro del plazo de 30 días otorgado, el Concesionario subsana todos los incumplimientos imputados por el Concedente

Con la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concesionario, el Concedente activó el procedimiento de terminación por causa imputable al Concesionario regulado en el numeral II.2 de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión.

De conformidad con dicho procedimiento, con la comunicación de su intención de hacer valer la causal de terminación por incumplimiento grave del Concesionario, el Concedente debe otorgar a este la opción de subsanar dicho incumplimiento, otorgándole un plazo razonable para estos efectos.

La cláusula regula los efectos de que, dentro del plazo otorgado, se configuren los siguientes escenarios: (i) el Concesionario no subsane el incumplimiento o (ii) el Concesionario no inicie un procedimiento arbitral para oponerse a la imputación de

dicho incumplimiento. En ambos casos, la disposición obliga al Concedente a otorgar la oportunidad de subsanación también a los acreedores permitidos (en caso de que esta no haya sido efectuada por el Concesionario)¹; declarando la terminación del Contrato, en caso de que estos no ejerzan dicho derecho.

Contrario sensu, en caso de que el Concesionario o de ser el caso, los acreedores permitidos, cumplan con subsanar el incumplimiento imputado dentro de los plazos otorgados, quedará sin efecto la facultad del Concedente de declarar la terminación contractual por causa imputable al Concesionario (respecto del incumplimiento grave imputado con la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concesionario).

3.2. Evaluación del escenario ii: Si dentro del plazo de 30 días otorgados, el Concesionario subsana algunos de los incumplimientos imputados por el Concedente, poniéndose en los casos que subsane o no, el incumplimiento que se le ha imputado como causal de caducidad.

Se entiende que el escenario hace referencia al cumplimiento parcial del único incumplimiento grave imputado al Concesionario. Al respecto, debe precisarse que la cláusula en mención no admite la posibilidad de cumplimiento parcial, por lo que este calificará como incumplimiento.

Bajo este marco, y en el caso de que el Concesionario no haya iniciado un arbitraje para oponerse a la imputación de dicho incumplimiento, el procedimiento contractual impone la ejecución de las siguientes actuaciones a cargo del Concedente:

- i. El Concedente declarará que ha quedado configurada la causal de terminación y comunicará este hecho al Concesionario y a los acreedores permitidos, a efectos de que estos tengan la oportunidad de subsanar el incumplimiento grave imputado al Concesionario, dentro de un plazo adicional de 120 días hábiles, salvo en el caso que el incumplimiento responda a la falta de acreditación del cierre financiero por causas imputable al Concesionario regulado en la cláusula 20.3 del Contrato de Concesión.
- ii. Si los acreedores permitidos no subsanaran el incumplimiento, el Concedente mediante carta notarial dirigida al Concesionario declara la terminación del Contrato.

Considerando que no se ha configurado el cierre financiero del Contrato previsto para la ejecución de las obras nuevas de segunda fase, no será aplicable la actuación comprendida en el numeral i respecto de los acreedores permitidos. Por tanto, en caso el Concesionario no subsane el incumplimiento imputado dentro del plazo otorgado para estos efectos o subsane el mismo de forma parcial y no inicie un procedimiento arbitral para oponerse a la imputación de dicho incumplimiento, el Concedente declarará la configuración de la causal y la terminación del Contrato por causal imputable al Concesionario mediante carta notarial dirigida a este.

Si el Concesionario no subsana el incumplimiento pero inicia el procedimiento arbitral antes referido, será de aplicación el desarrollo efectuado en el numeral 3.5.

¹ Esta obligación no sería aplicable en el caso concreto considerando que no se habría producido el Cierre Financiero previsto por el Contrato de Concesión para las Obras Nuevas de Segunda Fase.

3.3. Evaluación del escenario iii: Si la respuesta presentada por el Concesionario, son meras justificaciones y no subsanaciones, conforme lo establece el TUO del Contrato.

En este caso se considerará que el Concesionario no ha subsanado el incumplimiento y si no ha iniciado el procedimiento arbitral para oponerse a la imputación de este, será de aplicación el desarrollo efectuado en el numeral 3.2.

3.4. Evaluación del escenario iv: Si, cumplido el plazo otorgado, el Concesionario no responde al oficio de imputación de incumplimientos.

En este caso se considerará que el Concesionario no ha subsanado el incumplimiento² y si no ha iniciado el procedimiento arbitral para oponerse a la imputación de este, será de aplicación el desarrollo efectuado en el numeral 3.2.

3.5. Evaluación del escenario v: Si el Concesionario inicia un procedimiento arbitral. Considerar arbitraje nacional o arbitraje internacional.

En cumplimiento con el artículo 4 de la Ley N° 28933, "Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión" (Ley SICRECI) concordado con el artículo 2 de su reglamento, el SICRECI se encuentra conformado por: el Coordinador, la Comisión Especial y todas las Entidades Públicas que suscriban, entre otros, contratos de concesión que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.

En línea con el artículo 5 de la Ley SICRECI concordado con el artículo 6 de su reglamento, el Concedente tiene la obligación de comunicar al Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI), es decir, al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la intención del Concesionario de someter una controversia de inversión al arbitraje internacional, dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores de la toma en conocimiento por parte del Concedente, a través de la notificación formal del Concesionario u otro medio o acto.

Frente a ello, el artículo 7 de la Ley en mención establece que la Comisión Especial del SICRECI tiene 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, pudiendo asumiendo las siguientes funciones, en fase arbitral:

- i. Proponer la contratación de los abogados y los demás profesionales necesarios para la participación en la fase arbitral (literal d del artículo 8 de la Ley SICRECI).
- ii. Efectuar la designación de árbitros, en caso de que el mecanismo de solución de controversias así lo requiera (literal e del artículo 8 de la Ley SICRECI).
- iii. Coadyuvar a la labor de los abogados contratados para el patrocinio del Estado (literal f del artículo 8 de la Ley SICRECI).
- iv. Aprobar la disposición de los recursos que sean necesarios para permitir la actuación del Estado durante la fase arbitral (literal g del artículo 8 de la Ley SICRECI).

² Salvo que la subsanación haya sido efectuada mediante comunicación distinta, dentro del plazo otorgado para dichos efectos.

- v. Otras que acuerde la Comisión Especial en el marco de sus responsabilidades (literal b del artículo 12 de la Ley SICRECI).

Sin perjuicio de ello, en concordancia con el artículo 15 del reglamento de la Ley SICRECI la competencia de la Comisión Especial en cada una de las controversias es definida por los miembros de la misma, a propuesta del Coordinador.

La intervención del SICRECI solo puede proceder en caso de que el arbitraje iniciado por el Concesionario se efectúe en sede internacional. Si este inicia un arbitraje nacional, corresponderá exclusivamente al Concedente el desarrollo de las acciones asociadas a la defensa del Estado en el proceso.

Por otro lado, independientemente del carácter nacional o internacional del arbitraje, si este se resuelve de manera definitiva a favor del Concedente, el Concesionario deberá cumplir el laudo arbitral en el plazo que se le ordene. De conformidad con el literal c del numeral II.2 de la cláusula 15.1 del Contrato de Concesión, vencido este plazo sin que se produzca dicho cumplimiento, será de aplicación el procedimiento descrito en el numeral 3.2 del presente documento; de acuerdo con ello, el Concedente declarará la configuración de la causal y la terminación del Contrato por causal imputable al Concesionario mediante carta notarial dirigida a este.

Si el arbitraje se resuelve de manera definitiva a favor del Concesionario, el Concedente deberá cumplir el laudo arbitral en el plazo que se le ordene. En este escenario, quedará sin efecto la facultad del Concedente de declarar la terminación contractual por causa imputable al Concesionario (respecto del incumplimiento grave imputado con la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concesionario).

3.6. Evaluación del escenario vi: En el escenario en que se configure la caducidad por causa atribuible al Concesionario precisar: a) ¿qué acciones le corresponde ejecutar al Supervisor y al Concedente? b) ¿qué se le debería requerir al Concesionario en el marco del TUO del Contrato de Concesión?

- a. Declarada la terminación contractual por causa imputable al Concesionario, el Concedente debe ejecutar las siguientes acciones:
 - i. Ejecutar el 100% de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión (numeral II.4 de la cláusula 15.1 del Contrato).
 - ii. Nombrar temporalmente a una persona jurídica para que actúe como interventor, que cumplirá las obligaciones del Concesionario, mientras se produce la sustitución de este por un nuevo concesionario. Sin perjuicio de ello, 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 (cláusulas 15.2.1 y 15.2.3 del Contrato).
 - iii. Convocar un nuevo concurso público internacional para seleccionar a un nuevo concesionario, dentro de los doce (12) meses siguientes a la declaratoria de caducidad, de acuerdo con las reglas establecidas en la cláusula 15.2.2 y las normas aplicables (Decreto Legislativo N° 1362 “Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyecto en activos, y su reglamento).

- iv. Tras la terminación contractual, el Concedente debe efectuar el cálculo del monto a compensar al Concesionario por caducidad, de corresponder, de conformidad con la cláusula 15.4 del Contrato de Concesión. No obstante, para el caso de terminación contractual por causa imputable al Concesionario, dicha cláusula reconoce solo el supuesto de valorización de Obras Nuevas de Segunda Fase que hayan sido ejecutadas a la fecha de terminación; de acuerdo con ello, considerando que no se habría producido el inicio de ejecución de las Obras Nuevas de Segunda Fase, no correspondería el pago de monto de compensación a favor del Concesionario en este caso.

Sin perjuicio de ello, de acuerdo con el Anexo N° 14, corresponde al Supervisor Especializado de Obras proceder a la valorización por caducidad para los fines de pago que debe hacerse al Concesionario, y en este sentido, debería determinar si existen o no montos que deben ser pagados a su favor (por ejemplo si existieran inversiones ejecutadas reconocidas o no que no hayan sido retribuidas).

- b. Asimismo, se deberá requerir al Concesionario la ejecución de las siguientes acciones:
 - i. Entregar al Concedente, al Interventor o a quien este designe los Bienes de la Concesión³, así como el derecho de propiedad, posesión, uso y disfrute sobre estos, según sea el caso (cláusulas 14.2.1 y 15.3 del Contrato).
 - ii. Proporcionar al Concedente, al Interventor o a quien este designe toda la información necesaria para la continuación de la ejecución del Proyecto (cláusulas 14.2.1 y 15.3 del Contrato).⁴
 - iii. Asegurar que el Proyecto (obras y Bienes de la Concesión) se encuentre en condiciones óptimas de funcionamiento, salvo cualquier deterioro como consecuencia del uso normal y del transcurso del tiempo, de acuerdo con las especificaciones técnicas respectivas⁵

3.7. Análisis de cómo puede impactar el nuevo arbitraje iniciado por el Concedente (Arbitraje ante CCL) respecto al arbitraje que eventualmente el Concesionario inicie ante el CIADI.

La resolución de ambos arbitrajes puede determinar la resolución por causa imputable al Concesionario o por causa imputable del Concedente, pudiendo configurarse un escenario en que ambas decisiones sean diferentes e incompatibles bajo el marco del Contrato, en tanto este regula diferentes efectos según sea el caso.

Atendiendo a ello, el Concedente debería plantear la acumulación de pretensiones en caso el Concesionario inicie el arbitraje por oposición a la imputación formulada por el Concedente con la Carta de Terminación por Incumplimiento del Concesionario.

³ Según la definición contractual comprende los bienes cuya administración y aprovechamiento económico entregados por el Concedente al Concesionario, y aquellos que hayan sido adquiridos por este durante la vigencia de la concesión.

⁴ Dichas cláusulas hacen referencia a la continuación ininterrumpida del servicio; sin embargo, dado el contexto actual estas deben entenderse referidas a la continuación de la ejecución del Proyecto.

⁵ Esta obligación debe encontrarse referida a las obras y trabajos concluidos y equipos adquiridos a la fecha de terminación.

Esto es todo lo que tenemos para informar.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. Vidal Villanueva', written in a cursive style.

JULIO VIDAL VILLANUEVA
Consultor