

12:46pm  
Centro de Arbitraje  
28 FEB. 2013

**Caso Arbitral N° 2375-2012-CCL**

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE  
SEGUIDO POR EL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y  
COMUNICACIONES CONTRA EL CONCESIONARIO INTEROCEANICA  
SUR TRAMO 3 S.A.**

**LAUDO ARBITRAL**

Resolución N° 7

Lima, 28 de febrero del 2013

**I. NOMBRE DE LAS PARTES**

Demandante: **MINISTERIO DE TRANSPORTE Y  
COMUNICACIONES** (en adelante MTC)

Demandado: **CONCESIONARIO INTEROCEANICA SUR TRAMO  
3 S.A.** (en adelante EL CONCESIONARIO)

**II. SEDE DEL TRIBUNAL**

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

**III. TRIBUNAL ARBITRAL**

Dr. Emilio Cassina Rivas (Presidente)

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Árbitro)

Dr. Iván Galindo Tipacti (Árbitro)

#### **IV. ANTECEDENTES**

- 4.1 Las partes suscribieron el 4 de agosto del 2005 el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil entre el Estado de la República del Perú (El Concedente) actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la CONCESIONARIA INTEROACENICA SUR TRAMO 3 S.A.

De acuerdo con el Acta de fecha 12 de setiembre del 2012, el Tribunal Arbitral procedió a instalarse, con la asistencia de los representantes de las partes involucradas. En dicho acto se establecieron -entre otras- las normas aplicables y las reglas del proceso.

- 4.2 Mediante escrito de fecha 26 de setiembre del 2012 el MTC cumplió con presentar su demanda acompañada de los medios probatorios correspondientes, del cual se corrió traslado a la demandada por Resolución N° 1 del 3 de octubre, otorgándole un plazo de diez días hábiles para que conteste y de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
- 4.3 EL CONCESIONARIO contestó su demanda con su escrito del 22 de octubre del 2012.
- 4.4 La Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral, se realizó día 21 de noviembre del 2012, en la cual se procedió a fijar como puntos materia de pronunciamiento los siguientes:

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature appears to be 'R. A.' with a large flourish above it, and the initials 'R. A.' are written below it.

Del Escrito de Demanda:

- **Primera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde restituir al demandante el alegado mayor pago efectuado en el precio unitario correspondiente a la subpartida 702 "Transporte de material granular después de 1 km" el cual es superior al precio unitario conciliado entre el Concesionario y el Supervisor, que hasta el CAO N° 18 asciende a US\$2'461,834.74 más IGV y más intereses moratorios desde el 19 de marzo del 2008 hasta la fecha efectiva de pago.

- **Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal:**

En el caso que se desestime la pretensión principal, determinar si corresponde ordenar a Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., restituir al demandante la suma de US\$ 2'461,834.74 más intereses moratorios desde el 19 de marzo del 2008 hasta la fecha efectiva de pago, bajo el alegado argumento que se le ha efectuado un mayor pago en el precio unitario correspondiente a la subpartida 702 que el conciliado entre Concesionario y Supervisor por concepto de enriquecimiento sin causa previsto en el art. 1954 del Código Civil.

- Además el Tribunal deberá pronunciarse acerca de las costas y costos de este arbitraje y su eventual imputación.

En la citada Audiencia el Tribunal Arbitral estimó conveniente citar a las partes a una Audiencia de Ilustración, para lo cual se fijó el día 6 de diciembre del 2012.

- 4.5 El MTC solicitó la reprogramación de la Audiencia de Ilustración mediante su escrito del 5 de diciembre del 2012, en el cual señala que atendiendo a que el presente proceso

arbitral se ha iniciado a raíz de un examen especial realizado por la Contraloría General de la República, ha realizado las coordinaciones a efectos de que participen en dicha audiencia.

4.6 Por Resolución N° 3 del 10 de diciembre se reprogramó la Audiencia de Ilustración, haciendo énfasis en que el presente arbitraje únicamente son partes el MTC Y el CONCESIONARIO.

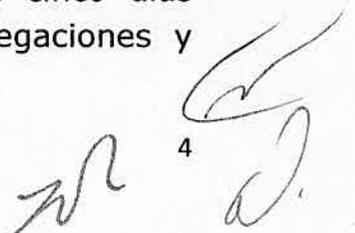
4.7 La Audiencia de Ilustración se realizó el 27 de diciembre del 2012, en la cual el Tribunal requirió a las partes para que en un plazo de diez días hábiles de suscrita el acta, cualquiera de ellas presente el Informe Especial CSL-061900-2-15-IE-55, titulado "Informe Complementario sobre Valuación de Precios Unitarios Reales "Primera Etapa" del Supervisor CESEL Ingenieros, así como cualquier otra documentación que estimen vinculada a la materia de la controversia.

Se otorgó el mismo plazo al MTC para que cumpla con presentar el expediente técnico y los antecedentes que dieron mérito al Acta de Trato directo.

4.8 EL CONCESIONARIO cumplió con el mandato del Tribunal con su escrito N° 2 del 9 de enero del 2013.

EL MTC, hizo lo propio con su escrito N° 2 del 10 de enero del 2013.

4.9 La Resolución N° 5 del 21 de enero del 2013 cerró la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que las partes presenten sus alegaciones y conclusiones finales.

Handwritten signatures and a small number 4.

4.10 El MTC presentó su escrito de alegatos el 28 de enero del 2013.

EL CONCESIONARIO presentó sus alegatos el 29 de enero del 2013 solicitando se le conceda el uso de la palabra.

4.11 Por Resolución N° 6 del 31 de enero del 2013 se citó a las partes a la Audiencia de Informe Oral para el viernes 22 de febrero del 2013.

4.12 El 22 de febrero del 2013 se realizó la Audiencia de Informes Orales, fijándose el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogable por quince (15) días hábiles adicionales.

4.13 Por tanto, este colegiado está procediendo a laudar dentro del plazo reglamentario respectivo.

#### **Y CONSIDERANDO:**

#### **V CUESTIONES PREVIAS**

Corresponde a este colegiado identificar lo siguiente: a) El Tribunal Arbitral se constituyó conforme al acuerdo de las partes; b) En momento alguno ha sido recusado algún miembro de este colegiado; c) El demandante interpuso su demanda dentro del plazo acordado; d) El demandado contestó la demanda dentro del plazo acordado; e) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar sus respectivos medios probatorios; f) Las partes han alegado por escrito y oralmente; y, g) Este colegiado ha procedido a emitir este laudo dentro de plazo.



5

## **VI PUNTOS CONTROVERTIDOS N°s 1 Y 2**

### **1. POSICIONES DE LAS PARTES**

#### **1.1 DEL DEMANDANTE**

- A) El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC) ha entablado una demanda contra el Concesionario Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. (El Concesionario) estableciendo como primera Pretensión Principal, que el Concesionario le restituya el mayor pago efectuado en el precio unitario de US\$0.67 correspondiente a la Sub Partida 702 - "Transporte de Material Granular después de 1 km.", el cual es superior al precio unitario de US\$0.59 conciliado entre el Concesionario y el Supervisor y que, hasta el CAO N° 18, asciende a US\$2'461,834.74 más el IGV e intereses moratorios, desde el 19 de marzo del 2008 hasta la fecha efectiva de pago.

Como Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, el MTC solicita que, en caso el Tribunal considere que esta última no tiene amparo legal por razones formales o por los mecanismos y/o estipulaciones contenidas en el Contrato de Concesión, se ordene que el Concesionario le restituya la cantidad antes referida, con intereses legales desde el 19 de marzo del 2008 hasta que se haga el pago efectivo, por haberse enriquecido al haber recibido un mayor pago en el precio unitario de US\$0.67 por la Sub Partida N° 702.

- B) El MTC ha iniciado este proceso arbitral basado en que la Contraloría General de la República (en adelante CGR) efectuó un Examen Especial de las Concesiones de los Tramos 2, 3 y 4 del Eje Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil: "Urcos - Puente Inambari - Iñapari y Puente Inambari - Azángaro" por el período Agosto 2005 - Noviembre 2008, correspondiente a una acción de Control programada en el Plan Anual de Control para el año 2008,

de la Gerencia de Control de Obras y Evaluación de Adicionales de la Contraloría General de la República.

El examen comprendía la evaluación técnica, económica y legal de la documentación generada por la ejecución del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto de Corredor Vial – Interoceánica Sur – Perú – Brasil, suscrito el 4 de agosto del 2005, incluyendo comprobaciones y verificaciones selectivas in situ.

- C) El Examen Especial realizado por la Contraloría General de la República al Ministerio de Transportes y Comunicaciones contiene el denominado Hallazgo N° 3 cuyo concepto es el siguiente:

***"En la determinación por Trato Directo del precio unitario real de la Sub Partida 702 "Transporte del material granular después de un km", el Concedente ha aprobado un precio unitario real superior al ya conciliado entre el Concesionario y el Supervisor obtenido en el campo. Esta diferencia de precios unitarios ha ocasionado un mayor reconocimiento del monto de inversión, ascendente a US\$2'461,834.74, sin IGV, por la ejecución de dicha Sub Partida hasta el CAO 18 (Noviembre 2008)".***

"De la documentación generada durante la ejecución de la Concesión, alcanzada a la Comisión de Auditoria, se ha elaborado el Cuadro N° 08, donde se muestra el valor del precio unitario de la partida 702 "Transporte de Material Granular después de 1 Km" considerado en el Presupuesto Referencial, la Propuesta Técnica del Concesionario del 21 de junio del 2005 (US\$0.44) las estimaciones del concesionario y supervisor establecidas en setiembre y octubre del 2007, y finalmente el aprobado por Trato Directo entre el Concedente y el concesionario el 19

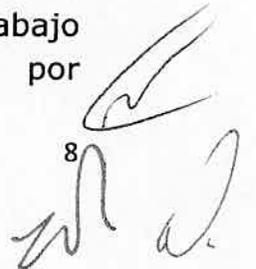
de marzo del 2008 (US\$0.67) siendo que este último es superior al valor solicitado por el Concesionario como Precio Unitario Real calculado y conciliado con el supervisor en octubre del 2007(US\$0.59)".

Cod.	Sub Partida	Un.	P.Ref.	Prop. Téc.	Cons.	Sup.	Cons.	Sup.	P.U.Real Marzo 2008 Trato Dir
700	Transporte	M3.km.	0.39	0.44	0.61	0.50	0.59	0.59	0.67
702	Transporte de Material Granular después de 1 km.								

- D) Manifiesta la CGR que, al no haberse llegado a aprobar los precios unitarios reales, el Concesionario con su Oficio N° CIST 3-OSITRAN del 28 de agosto del 2007, presentó al Supervisor el expediente de precios reales de partidas de la Ingeniería de Detalle y Análisis de Precios Unitarios, con el objeto de aclarar aspectos relacionados con los precios que había presentado en su Expediente Técnico.

Señala que la Supervisión elaboró el Informe Especial N° TP 061900.045.07 JS y, con carta TP 061900-558-07 JS lo remitió a OSITRAN conteniendo los análisis de precios unitarios reales presentados por el Concesionario, así como los análisis correspondientes realizados por el Supervisor donde se concluyó, entre otros, el análisis de precios unitarios de la Sub partida 702, teniéndose que el Valor establecido por el Supervisor (US\$0.50) era menor del establecido por el Concesionario (US\$0.61) conforme se muestra en el Cuadro 08. Por ello mediante Acta de Trabajo N° 030 del 11 de setiembre del 2007, suscrita por

8



representantes del MTC, OSITRAN, Concesionario y del Supervisor, se establecieron los siguientes acuerdos:

***En atención a lo acordado, a través del informe especial N° TP061900.055.07 JS y la carta TP.061900.615.07.JS del 26 de octubre del 2007, el supervisor presentó a OSITRAN el informe Complementario sobre Evaluación de Precios Unitarios Reales "Primera Etapa", manifestando "(...) les informamos que luego de sendas reuniones de trabajo y verificación de rendimientos reales en campo, se ha revisado conjuntamente con el concesionario, los precios unitarios en divergencia" y estableciendo, entre otros un nuevo precio unitario real conciliado para la sub partida (US\$0.59).***

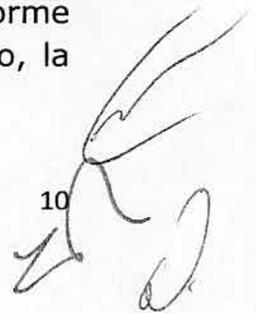
- E) Dice así la CGR que, en atención a lo acordado, a través del Informe Especial N° TP.061900.055.07 JS remitido con carta TP.061900-615.07 JS del 26 de octubre del 2007, el Supervisor presentó a OSITRAN el "Informe Complementario de Evaluación de Precios Unitarios Reales para la Primera Etapa". En este Informe se desarrolla una exposición de los motivos sobre cada una de las Siete (07) Sub Partidas declaradas como No Conformes en el Oficio N° 1865-07-65-OSITRAN del 11 de setiembre del 2007, señalando "a efectos de que su representada tenga mayor información que le permita de mutuo acuerdo con el Concesionario establecer los precios unitarios reales de dichas sub partidas".

Dicho Informe Especial, puntualiza la CGR, mantiene discrepancia con 6 partidas mientras que en el caso del precio unitario de la Partida 702 fue conciliado, tan es así que el párrafo final del rubro 1.2 "Partida Transporte" de este Informe Especial el Supervisor con la firma del

Concesionario, precisó **"de las propuestas realizadas finalmente se tiene una conciliación de la partida 702 referida al Transporte de Material Granular después de un km"** (la CGR precisa que el resaltado ha sido añadido).

- F) La CGR agrega **"Cabe señalar que de la documentación revisada y de los comentarios al hallazgo por parte de los auditados, se ha confirmado que el Concesionario no objetó el Informe Especial N° TP061900.055.07 JS, posteriormente tampoco emitió un pedido expreso de su parte para que entre a trato directo el reconocimiento del Precio Unitario Real para la Sub Partida 702 "Transporte de Material granular después de 1 km" siendo el último precio unitario vigente el conciliado en obra con datos de campo US\$0.59, por lo tanto ya no existía "conflicto" o "incertidumbre" que conforme lo establece el art. 16.10 del Contrato, es condición para entrar en trato directo"**.
- G) Asevera la CGR que, posteriormente, el 19 de marzo del 2008 se suscribió el Acta de "Trato Directo" entre el Concedente y el Concesionario aprobando entre ellos un precio unitario real de US\$0.67 para la Sub Partida N° 702 como se puede apreciar en el Cuadro No. 08. Señala que dicha Acta, si bien anexa el análisis de los precios unitarios de la partida, no contiene sustento del rendimiento usado para su determinación; en cambio el precio unitario real de US\$0.59 conciliado entre el Concesionario y el Supervisor si se encontraba adecuadamente sustentado toda vez que fue establecido sobre la base de observaciones directas de los rendimientos de 08 volquetes seleccionados como muestra de campo (a solicitud del mismo Concedente) conforme consta en el Acta del 11 de setiembre del 2007. Luego, la CGR hace este comentario:

10

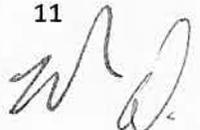


**"Dado que el Acta de Trato Directo entregada a esta comisión auditora no contaba con el análisis del rendimiento para la sub partida 702, éste fue solicitado a Provías Nacional con Oficio N° 042-2009-CG/OEA-CMTC del 18 de marzo del 2009, en respuesta a lo cual, mediante Oficio N° 086-2009-MTC/20 del 02 de abril del 2009 dicha entidad remitió entre otras, la hoja de cálculo del rendimiento de la indicada sub partida, señalando que ella sustentó el análisis de precios unitarios aprobado mediante Acta de Trato Directo del 19 de marzo del 2008, sin dar evidencia de ello, ya que la hoja alcanzada es una fotocopia que presenta un sello de la Oficina Técnica de Concesiones en el que se ha incluido un visto original con lapicero azul, no existiendo razón para no haber adjuntado esta hoja adicional al anexo N° 1 del Acta de Trato Directo".**

- H) Dice el MTC que, habiendo recibido las recomendaciones de la CGR, invitó al Concesionario con el objeto de viabilizarlas a una reunión de Trato Directo para los días 12 y 15 de marzo del 2012 a las 3:00 horas respectivamente sin arribarse a ningún acuerdo, por lo cual se ha dado inicio a este arbitraje. Basa la demanda en el literal f) del art. 15 de la Ley 27786 – Ley Orgánica del Sistema de Control y de la Contraloría General de la República, las cláusulas pertinentes del Contrato de Concesión y el art. 1954 del Código Civil sobre enriquecimiento indebido.

## **1.2 DEL CONCESIONARIO**

- A) El 19 de diciembre del 2012 el Concesionario ha contestado la demanda haciendo, primeramente, un resumen de las pretensiones contenidas en la demanda y del hallazgo de la CGR para, luego, expresar su rechazo a ambos documentos.

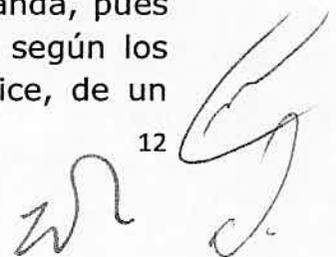


Manifiesta que, tal como se advierte de los documentos que obran en autos y como lo ha señalado la Supervisión en su Informe TP.061900.001.12-OTR del 5 de julio del 2012, no existió un acuerdo entre ésta y el Concesionario respecto a un precio unitario real.

- B) Señala que, conforme a lo indicado por la Supervisión en el referido Informe queda en claro que jamás se concilió un precio unitario real de US\$0.59 m<sup>3</sup> km. Y que la Supervisión ha reconocido que existió un error material en su cuadro consignado en el folio 18 de su Informe N° 055 dado que el precio unitario real inicialmente propuesto por el Concesionario era de US\$0.61 m<sup>3</sup> km y no US\$ 0.59 m<sup>3</sup> km, lo cual se evidencia en el Anexo B del Informe Especial TP-061900-045.07 JUS.

Manifiesta que este asiento es el correcto, es decir, que el precio no estaba conciliado, que el propio Supervisor y el Concesionario realizaron en la Etapa de Trato Directo a instancias del Concedente muestreos in situ con resultados disímiles tales como un precio que el Supervisor calculaba en US\$0.59 y el Concesionario en US\$0.80. Subsistían pues los desacuerdos y, por tanto, en esta Etapa la Concedente y el Concesionario llegaron a un acuerdo tal como lo permite el Contrato aun cuando estuviese en contra de lo opinado por la Supervisión.

- C) El Concesionario considera que lo que la demandante pretende es dejar sin efecto un acuerdo adoptado por las partes que consta en el Acta de Trato Directo del 19 de marzo del 2008, contraviniendo el principio de la obligatoriedad de los contratos o pacta sunt servanda, pues era un acto jurídico válido y lícito a todas luces según los arts. 1351 y 1402 del Código Civil. Se trata, dice, de un

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

contrato que crea una relación jurídica obligatoria que las partes deben cumplir según el art. 1361 del mismo Código.

Agrega que un contrato que ha sido celebrado válidamente y no está sujeto a ningún vicio de nulidad o defecto extrínseco no puede ser alterado por un tercero o, de modo unilateral, por una de las partes ni tampoco por un juez o un legislador pues está protegido por el art. 62 de la Constitución, no habiéndose producido lesión o excesiva onerosidad de la prestación. Afirma que tampoco existen las causas de nulidad o anulabilidad previstas por el Código Civil.

- D) Pone en relevancia el hecho de que el MTC no puede basar su pretensión en norma legal alguna pues el acto realizado no está afectado de error, dolo o simulación ni éstos han sido invocados por el MTC y que, en todo caso, hay un error de interpretación de la CGR derivado del error material reconocido por la Supervisión; determinándose - con una lectura integral de todos los instrumentos, de la observación de los hechos suscitados y de los comportamientos asumidos por las partes intervinientes - que la controversia sobre el precio unitario de la Sub Partida 702 subsistía y tan es así que el asunto se vio en la etapa de trato directo entre el Concedente y el Concesionario llegándose a la suscripción del Acta del 19 de marzo del 2008.
- E) Agrega que, según el Anexo IX numeral 3 del Contrato de Concesión sobre determinación de precios unitarios reales, con el Proyecto de Ingeniería de Detalle presentado por el Concesionario, dentro de los plazos de la Cláusula 6.5 del Contrato, el Concesionario presentaba sus precios unitarios al Regulador quien debería dar su conformidad. Solo los precios unitarios no aprobados por el Regulador y no

conciliados por las partes, serían sometidos a arbitraje de acuerdo con el mecanismo de la Cláusula 16.11 a).

Fundamenta su contestación de la demanda en las normas legales ya citadas.

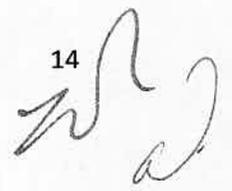
## 2. ANÁLISIS Y DECISIONES DEL TRIBUNAL

A fin de tener y presentar un cabal conocimiento de los hechos que han suscitado la controversia que el Tribunal debe resolver, es necesario hacer una Cronología Sistematizada de ellos, en la forma siguiente:

- 2.1 **Contrato de Concesión.**- El Contrato de Concesión entre el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en calidad de Concedente y la empresa Interoceánica, Tramo Sur S.A., como Concesionario, se suscribió el 4 de agosto del 2005 con las formalidades y requisitos legales correspondientes y tiene por objeto la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de la Carretera Inambari, Iñapari, Tramo 3, con una longitud de 403.20 Kms. (**Anexo 1 de la Demanda**).
- 2.2 Las partes han suscrito las Adendas Nos. 01, 02, 03, 04 y 05 modificando ciertas estipulaciones del Contrato en tanto éste continuaba su ejecución.
- 2.3 Los actos que han originado la controversia arbitral son los siguientes:



14



2.3.1 **INFORME DE LA SUPERVISIÓN N° 045.-**

- A) Con Oficio N° 180-C/IST 3 del 27 de agosto del 2007 la Concesionaria entregó un expediente a la Supervisión conteniendo los análisis de los precios unitarios de la Primera Etapa después de haber sido reformulados como resultado de varias reuniones de coordinación. En esa relación a fs. 38, la Concesionaria propone US\$0.61 para la Sub Partida N° 702 denominada "Transporte del material granular después de 1 km". (**Anexo 1-D de la Contestación de la Demanda**).
- B) El Supervisor de la obra (la compañía CESEL INGENIEROS) remitió al Regulador – OSITRAN la carta TP-061900-558-07-JS del 5 de setiembre del 2007 adjuntándole el Informe TP61900.045.07.-JS del 3 de setiembre del 2007, después de haber sostenido reuniones con la Concesionaria.

El Informe Especial TP-061900.045.07-JS (llamado Informe 045 en adelante) lleva como fecha el 3 de setiembre del 2007 e indica, a fs. 1, que, de la totalidad de los Precios Unitarios presentados por la Concesionaria se habían concordado con ésta 153 precios unitarios según se detallaba en el Anexo A del Informe 45 referido.

- C) El Anexo B de este Informe 45, dice el Supervisor, contiene 7 sub partidas que no habían sido concordadas o conciliadas con el Concesionario, esto es: No eran Conformes.

El referido Anexo B, en el Sub rubro B-1, bajo el título "Sub Partidas del Proyecto Referencial No Conformes", consigna el denominado Item 702 "Transporte del material granular después de 1 km" con precio de US\$0.50 estimado por la Supervisión y US\$ 0.61 considerado por el Concesionario.

Más adelante, a fs. 8, aparece el Análisis de las Sub partidas no concordadas y entre ellas está la N°. 702 con el precio de US\$ 0.50 de la Supervisión. A fs. 10 la Supervisión sustenta la razón por la cual no hay concordancia entre ella y el Concesionario.

- D) El 5 de setiembre del 2007, el Supervisor se dirigió a OSITRAN, con su Oficio 061900.558.07 JS del 5 de setiembre del 2007, remitiéndole el Informe 045 **(página 1 del Anexo 1-D de la Contestación de la Demanda).**

Es muy importante destacar que por esta razón, OSITRAN emitió el Oficio N° 1865-07-GS-OSITRAN del 11 de setiembre del 2007 dirigido al Director General de Concesiones de Transportes del MTC, informándole que en 7 Sub Partidas no había conformidad y que, en consecuencia, los precios unitarios deberían ser acordados por el Concedente y el Concesionario en Trato Directo.

En consecuencia, a este momento, no aparece que hubiese existido alguna concordancia entre la Supervisión y la Concesionaria respecto a la Sub Partida N° 702.

### 2.3.2 ACTA DE TRABAJO N° 30 (Anexo 1-E de la Contestación de la Demanda)

En vista de la situación de discrepancia, se realizó la Reunión de Trabajo N° 30 el 11 de setiembre del 2007, a las 15:00 horas según acta de esa fecha, con presencia de representantes de la Concedente, del Concesionario, del Regulador y del Supervisor, en la que consta que el Concedente solicitó a OSITRAN ampliar el Informe de los Precios Unitarios 45. Asimismo, OSITRAN y el Supervisor se comprometieron a emitir ese Informe Ampliatorio, en tanto que el Concesionario se comprometió a entregar la información que fuese necesaria el 27 de setiembre del 2007.

### 2.3.3 INFORME N° 055 DEL SUPERVISOR

- A) Conforme a lo acordado en el Acta de Trabajo N° 30 del 11 de setiembre del 2007, el Supervisor produjo el Informe Complementario N° TP-061900.055.07 JS del 25 de octubre del 2007 (Informe 55 en adelante) que remitió al OSITRAN el mismo día con su carta TP-061900.615.07 JS.

En la página 13 de este Informe se dice que las posiciones previas a la revaluación solicitada por OSITRAN respecto a la Sub Partida 702 eran de US\$ 0.50 para el Supervisor y US\$ 0.59 para el Concesionario

Claro es que aquí, de inicio, se evidencia un error porque la última posición fijada en el Informe 045 era de US\$ 0.59 para el Supervisor y 0.61 para el Concesionario (**Anexo 1-G de la Contestación de la Demanda**).

- B) Este Informe 055 no sólo contiene el citado error en relación con lo dicho por el mismo Supervisor en el Informe anterior N° 045, donde se marcó discrepancias en los precios de US\$0.50 y US\$ 0.61 sino que, también, es contradictorio consigo mismo pues a fs. 12 indica que no hay conformidad y a fs. 13 consigna US\$ 0.50 para la Supervisión y 0.59 para el Concesionario. Esto significaba que la divergencia continuaba.

En la misma pág. 13, inmediatamente después del cuadro donde aparecen US\$ 0.50 del Supervisor y US\$ 0.59 del Concesionario, hay un párrafo con la siguiente oración:

**“Conforme a lo solicitado por OSITRAN, se ha procedido a realizar muestreos aleatorios a fin de realizar la medición de tiempos reales y con ello calcular las velocidades y rendimientos de estas partidas”.**

- C) En base a estos muestreos, a fs. 15 se indica que el Concesionario señala como precio unitario US\$0.80 mientras que, a fs. 17, se indica que, para el Supervisor el valor es de 0.59 lo que se reitera a fs. 17 y a fs. 18 (es decir el Supervisor sube de 0.50 a 0.59)

Pero después, a fs. 20, cuando se hace un análisis comparativo se menciona US\$ 0.59 para el Supervisor y US\$ 0.59 para el Concesionario indicándose que se da una conciliación. Pero este cuadro no tiene sustentación pues US\$ 0.80 contra US\$ 0.59 no significa igualdad sino lo contrario.

- D) Resulta entonces que el Concesionario nunca pidió US\$ 0.59 para esta Sub Partida y nunca tampoco hubo una concertación entre éste y el Supervisor en US\$0.59.

Ni el Regulador (por medio de la Supervisión) ni el Concesionario entendieron en momento alguno que entre ellos hubiese una determinada conformidad para el precio unitario de la Sub Partida 702 "Transporte del Material granular después de un km".

Prueba de ello es que - después del Informe 045, el Acta de Trabajo N° 30 y el Informe 055 denominado "Informe Complementario de Evaluación de Precios Unitarios"- el Supervisor se dirigió al OSITRAN con el Oficio N° 061900 615 07 JS del 25 de octubre del 2007 indicando que se había evaluado las 7 Sub Partidas y que aún no han sido objeto de conformidad **(página 1 del Anexo 1-G de la Contestación de la Demanda)**.

A su vez el OSITRAN se dirigió al MTC por Oficio N° 2354-07 de fecha 12 de noviembre del 2007 entregándole el Informe 055 que expone las 7 Sub Partidas no conciliadas figurando entre ellas la 702. OSITRAN dice que remite esta información para que el MTC tenga mayor información y que de mutuo acuerdo establezcan los precios reales de dichas Sub Partidas **(Anexo 1-H de la Contestación de la Demanda)**.

En conclusión: no había conformidad para la Sub Partida 702.

#### 2.3.4 REINICIO DEL TRATO DIRECTO

- A) El Concesionario, mediante el Oficio 248-CIST-3 del 29 de octubre del 2007 solicitó al Concedente el inicio del Trato Directo previo al arbitraje estipulado en la Cláusula 16.10 del Contrato de Concesión, para resolver esta controversia. Pero el MTC, con el Oficio 496-2007-MTC-25 del 8 de noviembre del 2007 decidió convocarlo a una reunión de coordinación para definir los términos y condiciones de la referida etapa, la cual fue aceptada por el Concesionario quien, mediante el Oficio 258-CIST 3 MTC del 12 de noviembre del 2007 manifestó su conformidad **(documentos presentados por el MTC, con su Escrito N° 2 del 9 de enero del 2013: Informe Técnico N° 001-2008-MTC/02-GTI).**
- B) El MTC con su Oficio N° 513-2007-MTC 25 del 19 de noviembre del 2007, le pidió al Concesionario precisar cuáles eran los asuntos discrepantes. **(Prueba Idem).**
- C) El Concesionario, con el Oficio N° 271-CIST 3 MTC del 10 de diciembre del 2007, manifiesta que, entre los asuntos en controversia, están los Precios Unitarios declarados No Conformes por OSITRAN. **(Prueba Idem).**
- D) El Concedente, mediante el Oficio N° 609-2007 MTC 25 del 17 de diciembre del 2007 confirmó al Concesionario su aceptación para continuar el Trato Directo incorporando lo relativo a la determinación de los Precios Unitarios Reales de Partidas nuevas pendientes de conciliación. **(Prueba Idem).**

20



- E) El Concesionario remitió al MTC su carta N° 295-2008 MTC del 12 de marzo del 2008, solicitando que se reanude el Trato Directo. **(Prueba Idem).**
- F) Por RVM N° 192-MTC 2 del 13 de marzo del 2008, se designó un Grupo de Trabajo Institucional para que, en representación del MTC determine conjuntamente con el Concesionario el precio de las 7 Sub Partidas declaradas No Conformes por el Regulador. **(Prueba Idem).**
- G) Este Grupo es el que trata con el Concesionario el tema de las 7 Sub Partidas No Conformes y eleva al MTC su Informe Técnico N° 001-2008MTC/02 GT1 del 18 de marzo del 2008 (Escrito N° 2 del MTC), dando lugar a que el 19 de marzo del 2008 se suscriba por las partes el Acta de Trato Directo, la cual, entre otros asuntos, contiene el acuerdo de las partes para fijar en US\$0.67 el Precio Unitario de la Sub Partida N° 702. **(Medio Probatorio N° 2 de la Demanda).**

Lo relativo al acuerdo sobre esta sub partida consta en la página 6 del Informe Técnico 001-2008-MTC-02-GTI del 18 de marzo del 2008, sustentado conforme a los siguientes términos:

***“No obstante que los criterios utilizados en la Especificación Técnica que fuera aprobada mediante al R.D.N. 614-2006-MTC 20 son más reales por la utilización de factores de esponjamiento medidos en el lugar de las obras, el Concesionario aceptó la aplicación de las Especificaciones Técnicas Generales para***

***carreteras EG-2000 que incorpora el factor volumétrico que corresponde al precio unitario real".***

***"Conformidad: Se emplearán los criterios de medición y pago establecidos en las Especificaciones Técnicas obtenidas en el campo (factor volumétrico) se elaborará un nuevo precio unitario coherente con dicha Especificación Técnica".***

#### **2.4 Acta de Trato Directo del 19 de marzo del 2008**

Del examen retrospectivo de los hechos que han dado origen a esta controversia podemos estar en situación de afirmar que el Acuerdo que se logró según el Acta de Trato Directo de 19 de marzo del 2008, entre el Concedente y el Concesionario, para fijar en US\$0.67 el precio unitario de la Sub partida 702, no fue un acto nacido por generación espontánea sino el corolario de un largo proceso de confrontaciones, de posiciones y negociaciones realizadas, de una parte, por el Concesionario y por otra parte, el Regulador y la Supervisión; sin que, entre ellas, se llegase a una conciliación. En efecto, haciendo una síntesis del Cronograma Sistematizado, tenemos que:

- 2.4.1 El proceso de fijación de precios unitarios tuvo su inicio el 27 de agosto del 2007 cuando el Concesionario entregó un expediente a la Supervisión, con el Oficio N° 180 C/IST que contenía el análisis de los Precios Unitarios de la Primera Etapa, después de que éstos habían sido reformulados como resultado de varias reuniones de coordinación.



Handwritten signature and initials, possibly "S. J.", with the number "22" written below them.

En ese expediente, a fojas 38, el Concesionario proponía el precio de US\$0.61 como precio unitario de la Sub partida 702 denominada "Transporte de Material Granular después de 1 Km" (en adelante sub partida 702).

2.4.2 Continuó la tramitación de este expediente con la elaboración del Informe N° 045 de la Supervisión, suscrito también por el representante del Concesionario, con resultado no conforme en lo relativo a la Sub partida 702 y otras 6 más.

2.4.3 Se realizó el 11 de setiembre del 2007 la Reunión de Trabajo N° 30 para coordinar la elaboración de un nuevo Informe de la Supervisión que vino a ser el N° 055 del 25 de octubre del 2007, el que tiene varios errores de cálculo y la Supervisión indicó haber una conciliación que, a partir de los hechos y las pruebas aportadas, para este Tribunal no existió en realidad, como posteriormente lo ha precisado también el Supervisor en su Informe N° 061900.001.12 TR del 5 de julio del 2012.

2.4.4 En efecto, la Supervisión remitió el Informe 055 al Regulador con su oficio N°, 061900-615 07 JS del 25 de octubre del 2007 indicando que se habían evaluado las 7 Sub partidas consideradas No Conformes y que era necesario que las partes lleguen a un acuerdo entre ellas. Ese mismo Oficio es tomado conceptualmente por el Regulador al remitir su Oficio 1 2354- 07 del 12 de noviembre del 2007 al MTC manifestando que es necesario alcanzar el referido acuerdo sobre las 7 Sub partidas.



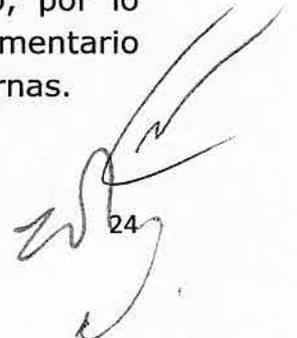
23

2.4.5 Luego de estos intercambios epistolares el Concesionario, con su Oficio 248- CIST # del 29 de octubre del 2007 solicitó el inicio del trato directo para resolver esta controversia el 8 de noviembre del 2007.

2.4.6 El MTC con su Oficio N° 513-2007-MTC 25 del 19 de noviembre del 2007 le pidió al Concesionario precisar cuáles eran los asuntos en discrepancia y éste, con su Oficio N° 271-CIST-3 del 10 de diciembre del 2007, le manifestó que, entre los asuntos pendientes de solución por no haber sido hallados conformes están los Precios Unitarios de las 7 Sub Partidas.

El MTC, mediante su Oficio N° 609-2007 del 17 de diciembre del 2007 aceptó continuar el Trato Directo sobre estos asuntos pendientes, reiniciando el Trato Directo que culminó el 19 de marzo del 2008 con la firma del Acta respectiva donde consta que se acordó el precio unitario de US\$0.67 para la Sub Partida 702.

2.5 De este análisis, basado como ya se ha dicho en el Cronograma Sistematizado que el Tribunal ha establecido precedentemente, se advierte que tanto para las dos partes contratantes (Concedente y Concesionario) como para el Supervisor y el Regulador, existía la certeza de falta de conformidad con respecto a las 7 Sub Partidas incluida, la N° 702, y que, sin solución de continuidad, el proceso de Trato Directo tenía que culminar para que las dos partes contratantes llegasen a una solución acerca de las mencionadas Sub Partidas. Ninguna se apercibió, por lo irrelevante, de que en el Informe Especial Complementario N° 55 existían incongruencias y contradicciones internas.



24

El error irrelevante es aquel que, por ser obvio y no significativo no tiene ninguna trascendencia para las partes ni para el acto jurídico de que se trata. Tal es, por ejemplo, el error de cálculo a que se refiere el art. 204 del Código Civil:

“El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a su rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad”.

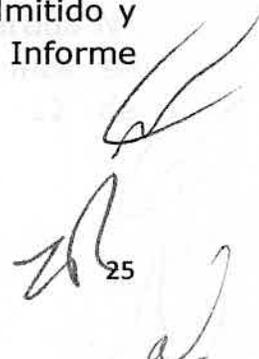
El maestro José León Barandiarán<sup>1</sup> al comentar el art. 1083 del Código Civil de 1936, antecedente del 204 del Código actual decía:

**“El error de cuenta es también uno indiferente, esto es, que no causa la anulabilidad del acto. Solo ocasiona la respectiva rectificación. Así, si convengo con Pedro en venderle una pieza de tejido de cierto número de metros que indico a un precio determinado por metro, resultando una suma total dada, pero por un error involuntario en la operación aritmética respectiva se expresa una cantidad distinta de la correcta”.**

Sin duda alguna la página 18 del Informe 055 contenía un error evidente y la mayor prueba de ello es que el propio autor de este Informe, esto es el Supervisor, ha admitido y reconocido el error, como consta en su Informe

---

<sup>1</sup> José Luis Barandiarán – El Acto Jurídico – Ed. San Marcos – pág. 25.



Handwritten signature and the number 25.

TP061900.001.12-OTR del 5 de julio del 2012 que obra en autos.

El profesor Nicola Coviello<sup>2</sup> se pronunciaba así:

**"Pueden darse muchos casos de importancia jurídica en que es querida la declaración pero no su contenido. En otros términos: el que declaró quiso hacer una declaración pero no quiso atribuirle el sentido que de ella resulta"... la doctrina más difundida es la teoría de la voluntad. La voluntad real debe prevalecer sobre la declaración externa: No hay eficacia jurídica si no hay voluntad".**

- 2.6 En caso de que el error no hubiese existido y que las partes, en verdad, hubiesen conciliado el precio unitario de la Sub Partida 702, en US\$ 0.59, entonces los siguientes hechos se hubiesen producido forzosamente y no se habría llegado al Acta del 19 de marzo del 2008:
- i) El supervisor hubiese informado a OSITRAN que existía una conciliación, en el valor de US\$ 0.59 para la Sub Partida N° 702. Pero no lo hizo y, más bien, dijo que se habían evaluado las 7 Sub Partidas No Conformes y que se necesitaba un acuerdo de las partes (Oficio N° 061900-615-JS del 25 de octubre del 2007).
  - ii) OSITRAN - una vez recibido este Oficio de la Supervisión y bajo la hipótesis de que ésta hubiese manifestado que se había conciliado la Sub Partida N° 702 en US\$ 0.59, el referido OSITRAN nunca se hubiese dirigido al MTC (Oficio 2354 del 12 de

---

<sup>2</sup> Nicola Coviello – Doctrina General del Derecho Civil, ARA Editores, páginas 434 y 435.

noviembre del 2007) elevando el Informe 055 con la indicación de que se requería un acuerdo de las partes en Trato Directo. Lo único que le hubiera correspondido legalmente a OSITRAN en ese escenario, hubiera sido aprobar ese precio de US\$0.59 y allí finalizaba el expediente.

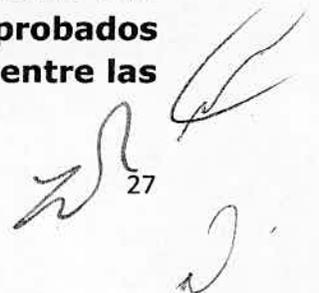
Así, repetimos, lo que tendría que haber hecho OSITRAN, de conformidad con el numeral 3 del Anexo IX del Contrato de Concesión, era aprobar en forma oficial y definitiva el precio conciliado de US\$0.59 para la sub partida 702 tal como lo prescribe el Anexo IX, numeral 3) del Contrato de Concesión, pues, según esta parte del contrato y las Cláusulas 6.4 A.2, 6.4 A.5 y 6.5 del mismo, es el Regulador quien otorga la conformidad y, solamente los precios unitarios no aprobados por éste, son los sujetos al Trato directo antes de llegar a la solución Vía Arbitraje.

(El Contrato de concesión obra como Medio de Prueba N° 1 de la Demanda y el Anexo 1-X está a fs 226 y 227 del mismo).

El numeral 3 del Anexo IX del Contrato de Concesión estipula exactamente lo siguiente:

#### **“Determinación de Precios Unitarios Reales**

- a. Con el Proyecto de Ingeniería de Detalle total o parcial, presentado por el CONCESIONARIO dentro de los plazos establecidos en la Cláusula 6.5 del Contrato, el CONCESIONARIO presentará sus precios unitarios al REGULADOR, quien deberá dar su conformidad. Los precios unitarios no aprobados por el REGULADOR y al no llegar a acuerdo entre las**



Handwritten signature and the number 27.

**Partes, serán sometidos a arbitraje de acuerdo al mecanismo señalado en la Cláusula 16,11 a).**

**b. Mientras no exista el laudo arbitral respecto a los precios unitarios reales no aceptados por el REGULADOR, ni fijados de común acuerdo entre las Partes, los reajustes de Obra serán efectuados con los precios unitarios establecidos por el Proyecto Referencial. Luego de la expedición del laudo arbitral, se harán las compensaciones correspondientes”.**

## **2.6 Examen de las aseveraciones de la CGR (Medio de Prueba N° 5 de la Demanda<sup>3</sup>)**

La CGR como fundamento de su conclusión de que el Concedente ha aprobado un precio unitario real de la Sub Partida 702, superior al ya conciliado entre el Concesionario y el Supervisor de US\$ 0.59, ha hecho varias aseveraciones que, una vez definido el Cronograma Real Sistematizado de los hechos ocurridos y que han originado esta controversia, deben ser sometidas a un escrutinio para verificar si tienen validez o no.

2.6.1 Los hechos expuestos por la CGR son exactos en lo relativo al examen del Informe 045 de la Supervisión y el Acta de Trabajos N° 030 del 11 de setiembre del 2007 ya que, efectivamente, en esos momentos la discrepancia entre el Supervisor y el Concesionario era evidente.

---

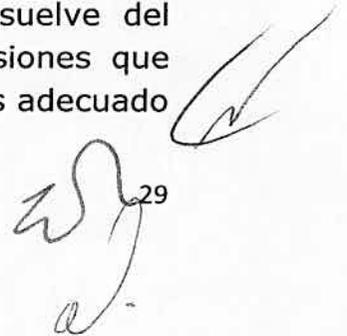
<sup>3</sup> El Informe derivado del Examen Especial de las Concesiones de los Tramos 2, 3 y 4 del Eje Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil: “Urcos – Puente Inambari – Iñapari y Puente Inambari – Azángaro”, efectuado por la Contraloría General de la República, es objeto de análisis únicamente en su condición de medio de prueba ofrecido por una de las partes. La revisión de los Informes de CGR se sujeta al procedimiento previsto en la normativa de control.

2.6.2 En el sexto párrafo del Examen Especial de la CGR, pág. 56, se dice refiriéndose al Informe Especial 055 que éste mantiene discrepancias en seis partidas mientras que en el caso del precio unitario de la partida 702 fue conciliado y que, en ese sentido, el Supervisor manifestó que **"De las propuestas realizadas, finalmente se tiene una conciliación en la Partida 702 referida al transporte de material granular después de 1 km."**

La CGR ha tomado la versión del Supervisor de la página 18 del Informe 55, donde se menciona una conciliación en US\$0.59. Pero si, como tendría que haber sido, hubiese examinado todo el Informe 55 hubiera encontrado cifras divergentes en las páginas 12, 13, 15 y 17 por lo que, como secuela lógica, no podría haber culminado en la conciliación a que supuestamente se habría llegado a fs. 18.

2.6.3 Para el Tribunal, el análisis de cualquier documento, y máxime si se trata de un conjunto de ellos expresado en el Informe 55 que consta de 89 páginas y varios anexos, debe hacerse de un modo integral y no coger aisladamente un párrafo de uno de ellos examinándolo individualmente y fuera de su contexto, sea que se trate de un texto legal o con incidencias y consecuencias de ese carácter.

Los actos jurídicos se rigen por los arts. 168 a 170 del Código Civil, según los cuales: **i)** se interpretan de acuerdo con lo que se haya expresado en ellos y según el principio de la buena fe; **ii)** las cláusulas (esto es las partes) de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras atribuyéndose a las dudosas el sentido que resuelve del conjunto de todas; y **iii)** finalmente, las expresiones que tienen varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza de las cosas.



Handwritten signature and initials, possibly indicating the author or reviewer of the document. The signature is written in black ink and includes the number 29.

Si el Informe Especial de la CGR se hubiese sujetado a estas reglas no habría tomado aisladamente la pág. 18 del Informe 55 que está en evidente contradicción con las páginas 12 a la 17 que lo anteceden y ella, por medio de un examen integral de todos los hechos y de todos los documentos, habría llegado a la conclusión que, tomando en cuenta una sucesión de divergencias no puede concluirse en una conciliación imprevista, que, ésta sí, surge como una generación espontánea.

2.6.4 En el último párrafo de la página 56 de su Informe Especial, la CGR dice que de la documentación revisada y de los comentarios al Hallazgo por parte de las autoridades, se ha confirmado que **"el Concesionario no objetó el Informe Especial N° TP.061900.055.07 JS, posteriormente tampoco emitió un pedido expreso de su parte para que se entre a trato directo el reconocimiento del Precio Unitario Real para la Sub Partida 702 "Transporte de material granular después de 1 km", siendo el último precio vigente el conciliado en obra con datos de campo US\$0.59 por tanto ya no existía conflicto" o "incertidumbre" que conforme a lo establecido en el art. 16.10 del contrato es condición para entrar a trato directo"**.

Llama la atención la falta de rigor de esta afirmación, pues está acreditado según lo analizado en el punto 2.3.4 de este Laudo que, el 29 de octubre del 2007 y el 10 de diciembre del 2007, o sea con posterioridad al Informe 055 del 11 de setiembre del 2007, el Concesionario solicitó al Concedente el inicio del Trato Directo para resolver la controversia pendiente incluyendo los Precios Unitarios declarados No Conformes por el Regulador.

El Concedente aceptó el 17 de diciembre del 2007 el Trato Directo para discutir, entre otros puntos, la determinación de los Precios Unitarios. El 12 de marzo del 2008 el Concesionario insistió en la reanudación del trato directo por lo que el MTC designó el 13 de marzo del 2008 un Grupo de Trabajo Institucional para que, en representación del MTC y conjuntamente con el Concesionario, estudien y fijen lo relativo al Precio Unitario de las 7 Sub Partidas no declaradas Conformes por el Regulador.

Así, pues, no hubo el consentimiento que alude la CGR, sino por el contrario, se desarrolló un solo proceso y una negociación continuada a pedido del Concesionario formulado el 29 de octubre del 2007 hasta el Trato Directo del 19 de marzo del 2008.

Lo más grave de este tema y que prueba el error de análisis de la CGR, es que en la propia Acta del 19 de marzo del 2008, en la Cláusula sobre Antecedentes, se mencionan todos los hechos previos a su suscripción, incluyendo la relación de todos los hechos y documentos analizados por el Tribunal en este punto 2.6.4.

- 2.6.5 En la página 57 del Informe Especial (segundo párrafo) la CGR señala que en el Acta de Trato Directo, se afirma que al aprobarse el precio unitario de US\$0.67 para la partida 702, según se aprecia en el Cuadro 08, esa acta si bien anexa el análisis de los precios unitarios de la partida no contiene el sustento del rendimiento usado para su determinación; "en cambio el precio unitario real de US\$0.59 conciliado entre el Concesionario y el Supervisor si se encontraba adecuadamente sustentado toda vez que fue establecido sobre la base de las observaciones directas de los rendimientos de 08 volquetes seleccionados como muestra

de campo (a solicitud del mismo Concedente como consta en el Acta del 11 de setiembre del 2007).

Esta aseveración de la demanda, basada en el Informe de la CGR también adolece de error, pues toma como válidos el precio unitario de US\$0.59 y su correspondiente sustentación no obstante que este precio y su fundamentación provienen de un error y no fueron objeto de una verdadera conciliación. Este error no produce nada pues el error de cálculo sólo se corrige y no causa efectos jurídicos como lo expresa el art. 205 del Código Civil.

- 2.6.7 Menciona la CGR en el tercer párrafo de esa página 57, que pidió a Provías Nacional que le remitiese el análisis del rendimiento para la Sub Partida 702 el 18 de marzo del 2009 y en respuesta, se le remitió, entre otras, la hoja de cálculo del rendimiento de la indicada sub partida señalando que ella sustentó el análisis de precios unitarios en dicha Acta de trato Directo del 19 de marzo del 2009 sin dar evidencia de ello ya que la hoja alcanzada es una fotocopia que presenta un sello de la Oficina Técnica de Concesiones en el que se ha incluido un visto original con lapicero azul, no existiendo razón para no haber adjuntado esta hoja adicional al Anexo N° 1 de la indicada acta de Trato Directo.

Lo afirmado por la CGR no tiene en consideración que los actos y documentos emitidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones aún los emitidos en forma previa, (como informes y recomendaciones) para que se adopte una decisión en un acto administrativo superior, no dejan de ser instrumentos públicos y merecen fe según el art. 9 de la Ley 27444.



En todo caso, si la CGR no estaba satisfecha con algún documento por ser fotocopia, debió exigir el original ejerciendo los apremios que le son propios como ente de control y no, contrariamente, adoptar una posición de escepticismo y, de ella, sacar conclusiones que pueden ser muy peligrosas, injustificadamente, para las personas que han sido involucradas en este asunto.

- 2.6.8 De acuerdo con lo que fluye de los hechos y de los documentos que obran en el expediente y del Cronograma Sistematizado elaborado por este Tribunal, surge la convicción de que el Acta de Trato Directo suscrita el 19 de marzo del 2008 por el Concedente y el Concesionario ha sido celebrada legal y lícitamente, de modo que el precio unitario de US\$0.67 para la Partida 702 es el producto de una transacción entre US\$ 0.80 y del Concesionario y US\$ 0.59 del Supervisor, es un acuerdo contractual correcto y no está afectado por ningún vicio de la voluntad como error, violencia, o dolo<sup>4</sup>.

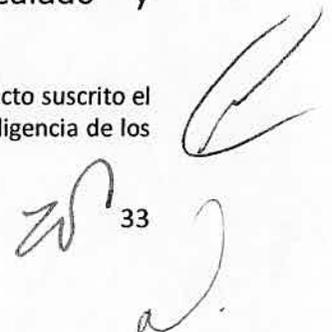
**3. Del interés para obrar del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.-** De acuerdo con el art. VI del T.P. del Código Civil, para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

- 3.1 En el Informe Especial de la CGR se cuestiona la validez del Acta de Trato directo del 19 de marzo del 2008, que aprobó un precio unitario de US\$0.67 para la Sub Partida 702, sosteniéndose que es superior al valor solicitado por el Concesionario como Precio Unitario real calculado y

---

<sup>4</sup> El Colegiado está persuadido que el acuerdo de las partes contenido en el Acta de Trato Directo suscrito el 19 de marzo de 2008, en ningún caso adoleció de sustento técnico como tampoco falta de diligencia de los funcionarios y responsables de las mismas.

33



conciliado con el Supervisor en octubre del 2007 (US\$0.59), lo que habría determinado un pago en exceso de US\$2'461,834.74, sin IGV, habiendo solicitado que se inicie la acción correspondiente para su devolución. Así, pues, sin duda, y por estar en juego fondos públicos, el MTC tiene interés legítimo para obrar.

- 3.2 Ciertamente, el MTC no ha sustentado su demanda en ninguna afectación de su voluntad por error, violencia o dolo, al suscribir el Acta del 19 de marzo del 2008.

Esta falta de motivación no significa que, por ello, su demanda deje de ser admitida y tramitada pues, en aplicación del art. 7 del T. P antes citado, los árbitros tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente.

Además, de acuerdo con el sentido y los alcances de la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de su demanda, lo que sustancialmente aduce es falta de causa justa en la obligación asumida en el Acta del 19 de marzo del 2008 puesto que, si como dice la CGR, el Concesionario ya había aceptado el precio d US\$0.59 para la Sub Partida 702, no existiría ningún motivo para haberle reconocido US\$0.67.

La legislación peruana no menciona la necesidad de una causa para la validez del Acto jurídico, pues según el art 140 del código Civil, el acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriendo para su validez: agente capaz, objeto físico y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la firma prescrita bajo sanción de nulidad.

- 3.3 Sin embargo, la doctrina jurídica acepta que en todo contrato o en toda obligación expresa o tácitamente, debe existir una causa como lo explicaba Francesco Messineo<sup>5</sup> en la Doctrina General del Contrato:

*"El contrato no puede dejar de tener una causa: esto es ante todo, en el sentido de que estructuralmente y en abstracto no se concibe un contrato sin causa como no se concibe sin partes, o sin consentimiento, o sin objeto, o sin forma constitutiva".*

Prosigue en la página 113: *"La causa debe considerarse como elemento común a las dos partes y no como elemento individual y particular como lo es el motivo. Es común en el sentido de que es interés de ambas partes que el contrato tenga efecto y les permita conseguir el fin y en el sentido también de que las partes se proponen conjuntamente conseguir el fin del propio contrato. Solo debe advertirse que, en ciertos tipos de contrato (los onerosos por ejemplo) la función del contrato, es decir, la causa, es distinta según se refiere a cada una de las partes (en la venta la causa es para el vendedor la obtención del precio de la cosa; para el comprador la adquisición de la propiedad de la cosa aunque el comprador y el vendedor quieran ambos que de la venta se derive la transferencia de la propiedad de la cosa contra el precio). Por lo tanto, en estos casos la causa es también el fin patrimonial concreto que cada contratante separadamente espera conseguir al participar en un contrato dado... la causa del contrato obra necesariamente antes de que el contrato se forme a o a lo sumo mientras el contrato se forma; la causa de la obligación obra después de que el contrato se haya formado y cuando la obligación deba cumplirse".*

---

<sup>5</sup> Doctrina General del Contrato – Tomo I, págs. 113, 116, 119 – Ed. Europa América.

Dice, luego (pág. 119) *"Solamente esto debe reconocerse: que la causa de la obligación carece de importancia en todos los casos en que, en lugar de faltar, exista, en este caso el sujeto que cumple, en cuanto cumple, no tiene por qué referirse a la razón de su cumplimiento, mientras que tiene por qué referirse a la deficiencia de la causa de la obligación para justificar su propio incumplimiento, porque en este caso viene a faltar, precisamente, la razón del cumplimiento"*.

Para muchos autores modernos causa y objeto del contrato no son conceptos incompatibles. Así, Spota<sup>6</sup> dice:

*"Podríamos prescindir de la palabra causa siempre que a la palabra objeto le demos un significado muy amplio, muy lato. Es decir que el objeto del contrato no va a consistir solo en el objeto de las obligaciones que de él surjan o sea en las peticiones (dar, hacer, no hacer).*

*Va a consistir en eso y en algo más. Ese algo más debe ser que el contratante no ofenda la regla moral, la buena fe, los fines sociales y económicos del derecho objetivo, las normas legales imperativas o sea el orden público ni tampoco aquel estilo de vida que no entrañe ofensa a la libertad de acción y de conciencia"*.

*Se acepta doctrinariamente que la acción de enriquecimiento indebido requiere de cuatro requisitos, a saber: 1) enriquecimiento de un patrimonio; 2) empobrecimiento de otro patrimonio; 3) nexo de causación adecuada entre uno y otro acto jurídico; 4) la ausencia de una causa creadora, fuerte o eficiente entre uno y otro hecho.*

---

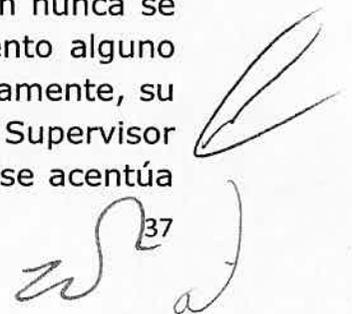
<sup>6</sup> Alberto Spota – Contratos, Tomo III, pág. 7 DePalma, Buenos Aires.

*El otro requisito procedimental es que el accionante del enriquecimiento sin causa carezca de otra acción para obtener la respectiva indemnización, según lo prescrito por el art. 1955 del Código Civil, pues la acción in rem verso es de carácter residual.*

- 3.4 En estas reflexiones, se encuentra la razón por la cual el motivo de la demanda del MTC es propiamente, que en el Acta de Trato Directo del 19 de marzo del 2008, tal como lo solicita la CGR, no existe causa para haber acordado el precio de US\$0.67 para la Sub Partida 702 pues el propio Concesionario había ya admitido o aceptado el precio de US\$0.59 en virtud de la conciliación alcanzada con el Supervisor.

Aunque el Concesionario y el Supervisor no pueden contractualmente acordar precios, -pues eso lo pueden hacer solo el Concesionario y el Concedente, sin perjuicio de la facultad que tiene el Regulador para aprobar precios en ciertos casos como el que es materia de este proceso según el previsto en el Anexo IX - 3 del Contrato de Concesión - es obvio que si realmente el Concesionario y el Supervisor hubiesen conciliado en US\$0.59, el Acuerdo Final del Acta del 19 de marzo del 2008 no hubiera podido nunca ser de US\$ 0.67 porque allí sí no hubiera existido la causa lícita.

Por eso, si se examina, como lo ha hecho el Tribunal, los antecedentes del caso, los documentos probatorios presentados, el Cronograma Sistematizado y, en especial, el propio Informe N° 55 se verá que esa conciliación nunca se dio, que el Concesionario no mencionó en momento alguno US\$0.59 para esta sub partida, sino que, contrariamente, su última propuesta fue de US\$0.80 mientras que el Supervisor subió de US\$0.50 a US\$0.59. Y esta percepción se acentúa



Handwritten signature and initials, including the number 37.

cuando se observa que el llamado otro "Conciliante, esto es el Supervisor", ha manifestado que no ha habido acuerdo alguno y que la cifra de US\$0.59 se deriva de su propio error irrelevante en un principio e inadvertido por todos y detectado a posteriori como lo ha dicho en su Oficio N° TP.061900.001-12-OTR del 5 de julio del 2012.

En consecuencia, el acuerdo de fijar en US\$0.67 el precio unitario de la Partida 702, ha tenido como causa el entendimiento mutuo que tienen las partes para fijar los precios correspondientes y la equivalencia técnico económica razonable de las prestaciones y contraprestaciones, de acuerdo a las términos del Contrato de Concesión, a fin de conseguir que las obras proyectadas se ejecuten y se conviertan en realidad aplicando precios justos y concordados en los casos que haya necesidad de fijarlos. Así que, abstracción hecha del error irrelevante existente en la pág. 18 del Informe 055 y que la propia CGR estuvo en capacidad de comprobar por su evidencia, las partes llegaron a un acuerdo válido y legítimo transigiendo entre US\$0.80 (Concesionario) y US\$0.59 (Supervisor) en US\$0.67.

Por lo tanto, es claro que el acuerdo de Trato Directo alcanzado según el Acta del 19 de marzo del 2008, no carece de causa. Así, pues la acción por enriquecimiento sin causa es también infundada.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.A small, handwritten mark or signature in black ink, located below the page number.

## **VII RESPECTO DEL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE**

En el convenio arbitral pactado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, se prevé la aplicación de los reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, pero se guarda silencio acerca de los costos del arbitraje.

Sobre este particular, el artículo 57.1 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, estipula que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje.

Atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y a la libertad que otorga el Reglamento aplicable y considerando el resultado o sentido de este Laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que motivó el presente arbitraje, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, debiendo apreciarse la especial complejidad de la materia sometida al pronunciamiento de este Tribunal Arbitral manifestada en las argumentaciones de ambas partes y la abundante documentación aportada por ellas, así como las diversas audiencias celebradas, que confirman la complejidad y amplitud de las diversas cuestiones sometidas a decisión de este Tribunal Arbitral, se considera razonable que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido y que, en lo que corresponde a los costos administrativos del Centro y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso, deben ser asumidos en partes iguales por ellas.

Por las razones expuestas, el Tribunal por unanimidad,

**LAUDA:**

**PRIMERO: Declarar INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal contenida en la demanda del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, formulada el 26 de setiembre del 2012.

**SEGUNDO: Declarar INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, sobre enriquecimiento indebido, contenida en la referida demanda.

**TERCERO: SE FIJAN** los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 104,901.21 (Ciento cuatro mil novecientos uno con 21/100 Nuevos Soles) más el IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/. 37,293.90 (Treinta y siete mil doscientos noventa y tres con 90/100 Nuevos Soles) más el IGV, según liquidaciones practicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

**CUARTO:** Cada parte deberá asumir los gastos, costos y costas en que incurrió como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, su defensa legal, entre otros, incluyendo los montos que hubieran pagado al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en calidad de gastos administrativos.



**EMILIO CASSINA RIVAS**

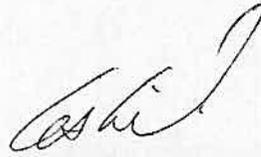
**Presidente**





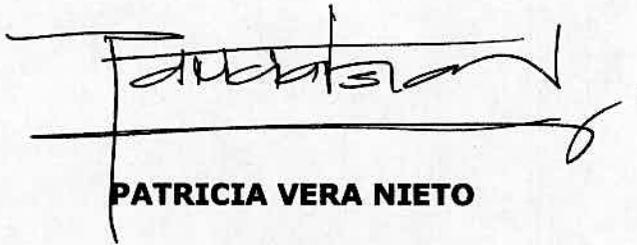
**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

**Árbitro**



**IVAN GALINDO TIPACTI**

**Árbitro**



**PATRICIA VERA NIETO**

**Secretaria Arbitral**

