

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

2013 FEB 6 PM 12:07

Laudo Arbitral de Derecho emitido en el proceso arbitral seguido entre Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. (en adelante La Concesionaria) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante El Concedente), sobre las controversias surgidas respecto del "Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial 3: Puente Inambari-Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil".

RESOLUCION N° 24

Lima, 06 de febrero del 2013

VISTOS:

I-Designación de los integrantes del Tribunal Arbitral.-

Al surgir la controversia entre las partes en relación con el Contrato, La Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. designó como árbitro al Doctor Horacio Cánepa Torre y, a su turno y dentro del plazo de ley, El Concedente designó al Doctor Weyden García Rojas como árbitro.

Ambos árbitros se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el Doctor Richard Martín Tirado.

II- Del proceso arbitral.-

-El Tribunal Arbitral se instaló en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el 17 de agosto del 2011, según consta en el Acta de esa fecha en la que se aprueban las reglas del procedimiento aplicables, asistiendo el Dr. Edgar Rodas Huertas y la Dra. Lourdes Luisa Carreño Carcelén en representación de La Concesionaria y la Dra. Katty Mendoza Murgado en representación de El Concedente.

-Se estableció que el Tribunal Arbitral funcionaría en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, encargándose la secretaría al doctor Christian Virú Rodríguez.

-Se dispuso además que el arbitraje sería Nacional y de Derecho, otorgándose a La Concesionaria el plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda.

-La Concesionaria con fecha 15 de setiembre del 2011, presentó su demanda, la cual fue admitida por resolución N° 01 de fecha 11 de octubre del 2011, corriéndose traslado al Concedente.

-El Concedente contestó la demanda mediante el escrito de fecha 17 de noviembre del 2011, admitiéndose dicha contestación por resolución N° 02 del 20 de diciembre del 2011, otorgándole veinte (20) días hábiles a La Concesionaria para que absuelva el pedido de extensión del convenio arbitral y la denuncia civil.

-La Concesionaria, con escrito presentado el 17 de enero del 2012, absolvió el traslado del pedido de extensión del convenio arbitral y la denuncia civil.

-Mediante Resolución Nro. 4 del 2 de febrero del 2012 el Tribunal resolvió la extensión del Convenio Arbitral y la denuncia civil formuladas por El Concedente, declarándolas improcedentes. Igualmente, se declaró infundada la reconsideración planteada por el Concedente contra la mencionada Resolución Nro. 4, emitiéndose la Resolución Nro. 7.

-El día 9 de abril del 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la presencia de los representantes de La Concesionaria y del Concedente.

-El Tribunal procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

1-Determinar si se ha incumplido el plazo de 10 días hábiles, establecido en la Cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, para la emisión del pronunciamiento sobre el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados), del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, Tramo: Puente Inambari-Iñapari, ocasionando perjuicio a la Concesionaria.

2- Determinar si como consecuencia de lo solicitado en el primer punto, corresponde ordenar que el demandado pague a favor de La Concesionaria la suma de US\$ 3'403,200 dólares americanos, por concepto de recursos no utilizados (stand by) durante el período de exceso (demora) que el demandado se tomó para aprobar el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados) y que estuvieron disponibles en los sectores involucrados para la ejecución de los trabajos. A dicho monto, deberá agregarse:

- (i) Gastos Generales indicados como en el literal a) del numeral 7.10 de la Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.
- (ii) Ajuste por concepto de variación de precios de los insumos de la construcción, de acuerdo al Contrato de Concesión, aplicado al sub total obtenido hasta el ítem (i).
- (iii) Costo de Capital propio, aplicado al sub total resultante hasta el ítem (ii), tomando en consideración los siguientes parámetros:

-Tasa de Costo de Capital Propio (15.4%), utilizado por PROINVERSION (indicado en el numeral 2.1. "Los costos de financiamiento del Concesionario" del Informe N° 1A.2005/OPE/PROINVERSION del 20 de abril de 2005) en la determinación de los valores máximos del Pago Anual por Obras (PAO) y Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)

-Período de ajuste, correspondiente al periodo de demora en aprobación de los mayores metrados.

- (iv) Impuesto General a las Ventas (IGV), aplicado al sub total obtenido hasta el ítem (iii).

(v) Intereses moratorios correspondientes

3-En el supuesto caso que el Tribunal Arbitral desestime las pretensiones anteriores, determinar si corresponde ordenar al demandado el pago de US\$ 3'403,200, más los montos resultante de la aplicación de: Gastos generales, reajuste por concepto de variación de precios de insumos de la construcción, costo de capital propio, IGV e intereses moratorios que corresponda a favor de la Concesionaria, por concepto de enriquecimiento sin causa de conformidad con lo previsto en el artículo 1954° del Código Civil.

4-Determinar a quién y qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente arbitraje.

-En cuanto a las pruebas ofrecidas por las partes, el Tribunal admitió las pruebas ofrecidas tanto en la demanda como en la contestación.

-En cuanto a la exhibición ofrecida por El Concedente, el Tribunal le ordenó a La Concesionaria que presente los siguientes documentos:

- a) El Libro de Obra de Sugerencias, donde conste la anotación de su reclamo por recursos paralizados por la demora entre la fecha de presentación del Expediente Técnico de Reajuste de Metrados y la fecha en que este fue reprobado por el Ministerio.
- b) Los documentos a través de los cuales hace el requerimiento de los mayores metrados al OSITRAN.

-Mediante Resolución Nro. 9, del 18 de abril de 2012, se requirió a La Concesionaria para que en el plazo de quince (15) días cumpla con exhibir el documento señalado en el literal a) del párrafo anterior.

-El 14 de mayo de 2012, La Concesionaria señaló que en su momento, no consideraron necesario registrar en el Cuaderno de Obra la paralización de sus recursos en atención a los argumentos que se detallan en el mismo escrito. No obstante, precisó que el no disponer de los registros en el Cuaderno de Obra donde se exponga su reclamo, no constituye causal de denegatoria de sus pretensiones, más aún si ello constituye una obligación contractual.

-Mediante Resolución Nro. 13, el Tribunal Arbitral requirió a La Concesionaria a efectos que en el plazo de diez (10) días hábiles presente los documentos a través de los cuales hace el requerimiento de los mayores metrados al OSITRAN.

-Mediante escrito de fecha 12 de junio del 2012 La Concesionaria presentó la documentación requerida, teniéndose por exhibida conforme a la Resolución Nro.19 del 25 de setiembre del 2012.

-En cuanto a la prueba testimonial ofrecida por El Concedente, mediante Resolución Nro. 18 del 22 de setiembre del 2012, se prescindió de la declaración testimonial del Sr. Luis Taipe Silva.

-Mediante la Resolución Nro. 20 del 15 de octubre del 2012 se otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles con el fin que presenten sus conclusiones finales por escrito y soliciten el uso de la palabra si lo consideraban conveniente.

-Con fecha 26 de octubre del 2012 La Concesionaria presentó sus alegatos finales y solicitó el uso de la palabra. El 31 de octubre del 2012 El Concedente presentó su alegato escrito aunque excedió en un día el plazo otorgado en la Resolución Nro. 20.

-Con Resolución Nro. 21 de fecha 5 de noviembre del 2012, se citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales

-El día 16 de noviembre del 2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales.

-Según Resolución Nro. 22 del 27 de noviembre del 2012, el Tribunal fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, lo que ha sido objeto de prórroga según Resolución Nro. 23 de fecha 2 de enero de 2013.

CONSIDERANDOS:

I-CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral (ii) que, en ningún momento se interpuso recusación alguna contra los árbitros o se efectuó algún reclamo contras las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; (iii) que, La Concesionaria presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; (iv) que, El Concedente fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa,(v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos ; y (vi) que se procede a laudar dentro del plazo establecido.

II-CONTRATO DE CONCESION-SU OBJETO.-

Este Contrato que liga a las partes, es un contrato cuyo objeto es el otorgamiento en Concesión que hace El Concedente a La Concesionaria para que éste se encargue de la construcción, conservación, mantenimiento y explotación de la infraestructura del servicio público del Tramo Vial 3: Puente Inambari-Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil.

La Concesionaria debe ejecutar, entre las prestaciones a su cargo, la construcción y mantenimiento de la infraestructura del tramo de la Concesión correspondiente; la conservación de la obra en sí y la explotación posterior de la misma.

En la SECCIÓN VI se trata de las OBRAS DE CONSTRUCCIÓN, describiéndose las mismas en el sentido siguiente:

"6.1.- EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de Construcción, correspondientes a la Concesión del Tramo, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII. Las Obras de Construcción, serán ejecutadas en tres etapas, conforme a lo que se señala en el Anexo VIII y en el Anexo XI.

Sin perjuicio de lo señalado en el Anexo VIII, las Obras correspondientes a cada una de las etapas de Construcción, se ejecutarán en los siguientes plazos:

- *Primera Etapa: La entrega de las Obras según los hitos señalados en el Anexo XI. Se realizarán a más tardar a los doce (12) meses desde el inicio de la construcción, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.*
- *Segunda Etapa: A más tardar a los treinta (30) meses desde el inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente contrato.*
- *Tercera Etapa: A más tardar a los Cuarenta y ocho (48) meses desde el inicio de las Obras de la Primera Etapa, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.*

Lo establecido en la presente cláusula prevalece sobre cualquier disposición contractual que discrepe de lo señalado en la misma."

Sobre la Supervisión de Obras.-

La Supervisión de las Obras aparece regulada en la cláusula 6.2 del Contrato:

"6.2.- Corresponde al REGULADOR, a través del Supervisor de Obras, efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras indicadas en el Anexo VIII. EL REGULADOR designará un supervisor de Obra, lo que será informado fehacientemente por escrito al CONCESIONARIO en un plazo máximo de cinco (5) Días, contados a partir de la fecha de suscripción del Contrato con el supervisor antes indicado.

6.3.- EL CONCESIONARIO deberá dar al REGULADOR, a través del supervisor de Obras y al equipo que éste disponga, libre de acceso al Área de la Concesión para realizar sin obstáculos su labor con la exactitud requerida."

La ejecución de obras por el Concesionario.-

Respecto a la construcción propiamente dicha, el Contrato define a la misma indicando que comprende todas las actividades necesarias para la implementación, puesta en servicio y funcionamiento de la Concesión del Tramo. Entre dichas actividades se incluye (1) la realización de obras civiles de diversa naturaleza (incluida las de rehabilitación o mejoramiento) y (2) la instalación de equipos o sistemas eléctricos, mecánicos o electrónicos

De igual forma, es importante señalar que, según la cláusula 6.4., "la ejecución de las Obras a que se hace referencia en el Anexo VIII, se realizará de acuerdo al Expediente Técnico.

Para estos efectos, el CONCESIONARIO deberá elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle de las Obras propuestas en su Expediente Técnico y de todas aquellas exigidas en las Bases y el Contrato, así como otras innovaciones tecnológicas que considere pertinente.

El Proyecto de Ingeniería de Detalle deberá ser realizado conforme a las normas y estándares establecidos en el Anexo VIII del presente Contrato."

Los pagos que corresponden a la Concesionaria.-

Ahora bien, El Concedente, por su parte, está obligado a efectuar una serie de pagos a favor de La Concesionaria, debiendo hacer hincapié en la cláusula 8.21 del Contrato que señala:

8.21.- De acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario, el CONCEDENTE se obliga a pagar al CONCESIONARIO, en Dólares de los Estados Unidos de América, los siguientes conceptos señalados en los Acápites a) y b) por la Concesión que toma a su cargo:

a) Pago Anual por Obras (PAO): Cuota anual que asciende a la suma de US\$ 40'682 000,00 (Cuarenta Millones Seiscientos Ochenta y Dos Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por un plazo de quince (15) Años de la Concesión, correspondiente a la etapa de Construcción, a partir de la verificación de las condiciones que se señalan en los Literales d), f), y h) de la Cláusula 8.23, según ha sido presentado y aceptado por el CONCEDENTE, de acuerdo al modelo a que se refiere el Anexo 6, Sobre 3, Modelo de Carta de Presentación de Oferta Económica y al que se hace referencia en la Cláusula 7.2.1. de las Bases.

(....)

Certificado de avance de obra - Certificado de reconocimiento de derechos sobre el PAO.-

El mismo contrato define al Certificado de Avance de Obra y a los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO.

Así, el **CAO**: "Es el Certificado de Avance de Obra, según el modelo que consta en el Anexo XII del Contrato, expedido por el REGULADOR, por cada Hito. A través del CAO el REGULADOR, otorga su conformidad al avance de las obras ejecutadas por el CONCESIONARIO materia de certificación. EL CONCEDENTE, al recepcionar el CAO correspondiente del REGULADOR, se obliga a la emisión de los CRPAO respectivos.

Mientras que el **CRPAO**: Es cada uno de los Certificados de Reconocimiento de derechos sobre el PAO a ser emitidos por el CONCEDENTE con motivo de la expedición de cada CAO, según el modelo que consta en el Anexo XIII del Contrato, que certifica y acredita la obligación directa, general, incondicional e irrevocable del CONCEDENTE de pagar el monto establecido en dicho certificado por concepto de PAOCAO, en los plazos establecidos. Cada CRPAO se registrará exclusivamente por los términos y condiciones establecidos en el mismo."

Por consiguiente, conforme al Contrato, se ejecuta por La Concesionaria una porción de obra que, al generar la conformidad del Regulador (El OSITRAN), permite la posterior emisión del **Certificado de Avance de Obra** y, como paso siguiente, la emisión por el Concedente del **Certificado de Reconocimiento de Derechos sobre el Pago Anual por Obras**.

III-ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Respecto al primer punto controvertido.-

1-Determinar si se ha incumplido el plazo de 10 días hábiles, establecido en la Cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, para la emisión del pronunciamiento sobre el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la

Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados), del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, Tramo: Puente Inambari-Iñapari, ocasionando perjuicio a la Concesionaria.

1.1. Esta controversia está vinculada con los expedientes de reajuste de metrados que son referidos en las páginas 6 y 7 del escrito de demanda.

1.2. Refiere La Concesionaria que ha existido incumplimiento del plazo establecido en el Contrato de Concesión, para la aprobación del reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras.

Señala que de acuerdo a la Cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, para los casos de Mecanismo de Reajuste de Metrados, indicados en los numerales 6.4.A.2 a 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, se requiere el pronunciamiento del REGULADOR, el mismo que deberá ser emitido en un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibido el requerimiento, pronunciamiento que debe contar con la opinión técnica del supervisor de Obras y con la posición de cada una de las partes si éstas lo considerasen conveniente, todo ello dentro del plazo antes indicado.

Indica que, se han desconocido los plazos establecidos en el Contrato de Concesión y que el pronunciamiento en el plazo que obligaba la Cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, se llevó a cabo de manera extemporánea siguiendo un procedimiento no establecido contractualmente que implicaba el desarrollo y presentación por parte de La Concesionaria de un Expediente de metrados, el mismo que era sometido a consideración y/o evaluación de la Supervisión de Obra, y luego ser remitido al Regulador para su posterior pronunciamiento.

1.3- En lo que corresponde a la posición de El Concedente, éste sostiene que conforme a lo previsto en la mencionada cláusula, el Organismo Regulador-OSITRAN y el Supervisor de la Obra deben pronunciarse dentro del plazo de diez días, respecto del requerimiento de La Concesionaria relacionado a las siguientes obras:

- Variaciones en Metrados derivados de diferencias con el Proyecto Referencial,
- Identificación de soluciones técnicas,
- Diferencias en la Partida Movimientos de Tierra, que supongan la ejecución de metrados con diferentes Subpartidas a las que aparecen en presupuesto del Proyecto Referencial,
- Ejecución de Subpartidas no consideradas en el Proyecto Referencial.

Sostiene El Concedente que las obras antes citadas, se presentan en la etapa de ejecución, que están reguladas en la Cláusula 6.4.A.2, 6.4.A.4 y 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, etapa en que está presente de manera permanente el Organismo Regulador – OSITRAN a través del Consorcio Supervisor Vial Sur – Supervisor de la Obra, de tal forma que la ejecución de dichas obras es evaluada y autorizada in situ por OSITRAN a través del Supervisor de la Obra, dentro del plazo de diez días establecido en el Contrato de Concesión, además aprueba los metrados realmente ejecutados, de modo tal que no hubo demora alguna por parte de OSITRAN ni por el Supervisor de la Obra en pronunciarse respecto de la diferencia en metrados y/o reajuste de metrados. Por lo tanto, señala, no es admisible la existencia de equipos paralizados posibles de ser reconocidos, valorizados y pagados por El Concedente.

En consecuencia, concluye El Concedente:

✓ La autorización para ejecutar los mayores metrados la dio la supervisión de Obra con la conformidad de OSITRAN, dentro de los 10 días hábiles establecidos en las Cláusulas 6.4.A.4, 6.4.A.5 y 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, para lo cual no se ha requerido la aprobación del Concedente.

✓ Luego de ejecutados los mayores metrados de las diferentes Subpartidas que forman parte del Presupuesto Referencial o de aquellas no consideradas en el Proyecto Referencial en un periodo de tiempo, La Concesionaria presenta a consideración de OSITRAN y El Concedente, el Expediente Técnico de Reajuste de Metrados. La revisión y aprobación de dicho expediente tiene plazos establecidos en la Cláusula 8.23 y Anexos IX y XI del Contrato de Concesión, pues dicho expediente se convertirá luego en un Certificado de Avance de Obra (CAO) o Valorización del Periodo Final (VPF) de ser el caso.

Durante el periodo comprendido entre la fecha de presentación del Expediente Técnico de Reajuste de Metrados y la fecha de la aprobación por El Concedente, La Concesionaria no ha tenido recursos paralizados.

Por lo tanto, la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, de La Concesionaria, es infundada y/o improcedente, pues durante el plazo comprendido entre la fecha de presentación del Expediente Técnico de Reajuste de Metrados y la fecha de la aprobación por El Concedente, La Concesionaria no ha tenido recursos paralizados. En el supuesto negado, de haber existido tal paralización de recursos, La Concesionaria debió solicitarlo en su oportunidad vía el Libro de Obra o algún medio válido de comunicación contractual, lo que no ha podido demostrar el concesionario.

1.4. Análisis del Tribunal Arbitral.-

Dentro de la Sección VI del Contrato de Concesión, titulada "OBRAS DE CONSTRUCCION", se encuentra la Cláusula 6.4.A. que está relacionada con el "Mecanismo de reconocimiento y compensación de diferencias en Metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Mecanismo de Reajuste de Metrados).

Esta cláusula tiene su razón de ser por la posibilidad de que los metrados de las sub partidas del Expediente Técnico puedan variar durante la ejecución de la obra y estos metrados sólo corresponden a aquellos de las sub partidas del Proyecto Referencial (Contempla únicamente las Obras referidas en los Términos de Referencia) que no fueron sustituidos por las Obras Alternativas aprobados por PROINVERSION.

El expediente técnico, según como está definido en el Contrato de Concesión, viene a ser la propuesta técnica presentada por el Postor favorecido con la Buena Pro del Concurso y que tiene efectos vinculantes para las partes respecto de la ejecución de las obras y la prestación de servicios detallados en el contrato y sobre el cual se elaborara el Proyecto de Ingeniería de Detalle.

Asimismo, como lo señala esa cláusula 6.4.A, este Expediente Técnico, está compuesto por los metrados de las sub partidas del Proyecto Referencial menos los metrados de las sub partidas

sustituidas por las Obras Alternativas más las Obras Alternativas cuyos metrados son a suma alzada.

En otras palabras, sobre el **Proyecto Referencial** que deriva de los Términos de Referencia, el Postor presenta su **Propuesta Técnica (que es el Expediente Técnico)** y pueden sumarse después **Obras Alternativas** que han sustituido algunas sub partidas de ese primer Proyecto Referencial.

Ahora bien, en esa cláusula 6.4.A se detallan los supuestos que pueden presentarse durante la ejecución de la Obra:

- i) *Variaciones en Metrados derivados de diferencias con el Proyecto Referencial, (cláusula 6.4.A.2)*
- ii) *Identificación de soluciones técnicas, (cláusula 6.4.A.3)*
- iii) *Diferencias en la Partida Movimientos de Tierra, que supongan la ejecución de metrados con diferentes Subpartidas a las que aparecen en presupuesto del Proyecto Referencial, (cláusula 6.4.A.3)*
- iv) *Ejecución de Subpartidas no consideradas en el Proyecto Referencial. (cláusula 6.4.A.4)*

El contrato de Concesión contempla también el **Procedimiento** para el pronunciamiento del Regulador. Dice textualmente la cláusula 6.4.A.6:

Procedimiento para el pronunciamiento del REGULADOR y disposiciones comunes a los Numerales 6.4 .A.2 a 6.4.A.5,

6.4.A.6- Para los casos indicados en los Numerales 6.4.A.2 a 6.4.A.5, se requerirá el pronunciamiento del REGULADOR, el que contará con la opinión técnica del supervisor de Obras y con la posición de cada una de las Partes si estas lo considerasen conveniente, quién deberá emitir su pronunciamiento en un plazo máximo de diez (10) Días de recibido el requerimiento.

Para tal efecto, durante la ejecución de las Obras, el CONCESIONARIO deberá proporcionar todas las facilidades del caso, así como poner a disposición del REGULADOR, toda la documentación que sea necesaria para poder realizar una supervisión a detalle.

En caso que alguna de las Partes no esté de acuerdo con la decisión del REGULADOR, ésta podrá ser sometida a la decisión de un perito que tendrá el carácter de definitiva, y que será designado por el Colegio de Ingenieros del Perú a solicitud de cualquiera de las partes. Este perito, no deberá haber prestado servicios en los últimos dos años para el CONCEDENTE o el CONCESIONARIO. Los honorarios del perito serán asumidos por la parte que lo solicitó.

En los casos que el REGULADOR haya aceptado las modificaciones propuestas por el CONCESIONARIO, éste se hace completamente responsable por dichas Obras en la etapa de Construcción y Explotación, no pudiendo solicitar en el futuro compensaciones adicionales de ningún tipo en los sectores donde los cambios propuestos por él fueron aceptados por el CONCEDENTE y ejecutados por el CONCESIONARIO.

De la lectura de esta cláusula surgen determinadas conclusiones que interesan para resolver la presente controversia:

- 1- Se requiere el pronunciamiento del Regulador.
- 2- Debe existir opinión técnica del Supervisor de Obras.
- 3- Es posible de que cada parte manifieste su posición si lo considerasen conveniente.
- 4- El plazo máximo para que emita el Regulador su pronunciamiento era de diez (10) días de recibido el requerimiento.

Tal como está redactada la referida cláusula, el pronunciamiento del Regulador no es sustituido por la opinión técnica del Supervisor de Obras, por lo que no es correcta la afirmación del Concedente cuando señala que la autorización para ejecutar los mayores metrados la dio la supervisión de Obra con la conformidad de OSITRAN, dentro de los 10 días hábiles establecidos en las Cláusulas 6.4.A.4, 6.4.A.5 y 6.4.A.6 del Contrato de Concesión.

La opinión de la Supervisión de Obras es diferente al pronunciamiento expreso del Regulador. Este último es necesario para que proceda la ejecución de las obras si se presenta el caso o evento respectivo (cualquiera de los indicados en las cláusulas 6.4.A.2 a 6.4.A.5) y que motive el correspondiente expediente de reajuste de metrados.

Los pronunciamientos del Regulador, en cada uno de los casos a los que se contraen los expedientes de reajustes de metrados (del Nro. 1 al Nro.7), se han dado en forma posterior a las opiniones técnicas de la Supervisión y lo que la cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión exige es que el pronunciamiento del Regulador deba ser emitido en el plazo máximo de 10 días de recibido el requerimiento.

Cabe indicar, que la misma cláusula contempla el caso que alguna de las partes no esté de acuerdo con la decisión del REGULADOR y, en ese supuesto, se abre la posibilidad que se le someta a la decisión de un perito que tendrá el carácter de definitiva, y que será designado por el Colegio de Ingenieros del Perú a solicitud de cualquiera de las partes.

Por todo lo expuesto, no cabe duda que para los casos indicados en los numerales 6.4.A.2 a 6.4.A.5 del Contrato de Concesión, se requiere el pronunciamiento del REGULADOR dentro de un plazo máximo de diez (10) días hábiles de recibido el requerimiento, pronunciamiento que debe contar con la opinión técnica del Supervisor de Obras y con la posición de cada una de las partes si estas lo considerasen conveniente, todo ello dentro del plazo ya mencionado.

Por lo tanto, esa es la interpretación que el Colegiado considera como la correcta en lo que se refiere al procedimiento para el pronunciamiento del Regulador.

Al respecto, es aplicable el artículo 1361° del Código Civil que establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Añade la norma, que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

Dicha norma está referida al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y también a la presunción de la coincidencia entre esta declaración y la voluntad común.

Como se ha expuesto en la parte de los Vistos, mediante escrito de fecha 12 de junio del 2012 la Concesionaria presentó la documentación requerida por el Tribunal, teniéndose por exhibida la misma conforme da cuenta la Resolución Nro.19 del 25 de setiembre del 2012.

Se aprecia que se tramitaron ante el OSITRAN, siete solicitudes de reajuste de metrados conforme al siguiente detalle:

a.- Solicitud que contiene el expediente de reajuste de metrados Nro. 1 del Proyecto de Ingeniería de Detalle para la ejecución de las Obras de la Primera Etapa de los sectores del km 300+000 al km 315+000 y del km 709+825.53 presentada por el Concesionario al OSITRAN el 2 de febrero del 2007.

b.- Solicitud que contiene el expediente de reajuste de metrados Nro. 2 del Proyecto de Ingeniería de Detalle para las Obras de la Primera Etapa en los sectores del km 300+000 al km 315+000 y del km 610+000 al km 709+825.53 presentada por La Concesionaria al OSITRAN el 14 de noviembre del 2007.

c.- Solicitud que contiene la información digital del expediente de variación de metrados Nro. 3 presentada al OSITRAN el 17 de noviembre del 2008.

d.- Solicitud que contiene el expediente de reajuste de metrados Nro. 4 originado por las diferencias encontradas durante la ejecución de las obras en las sub partidas del Expediente Técnico que no fueron reemplazadas por las Obras alternativas presentada al OSITRAN el 11 de marzo del 2009.

e.- Solicitud que contiene el expediente de reajuste de metrados Nro. 5 originado por las diferencias encontradas durante la ejecución de las obras en las sub partidas del Expediente Técnico que no fueron reemplazadas por las Obras alternativas presentada al OSITRAN el 01 de setiembre del 2009.

f.- Solicitud que contiene el Tomo I: Resumen Ejecutivo del Expediente de reajuste de metrados Nro. 6, acompañado de un DVD conteniendo el expediente completo para la revisión y opinión correspondiente, solicitud presentada al OSITRAN el 12 de agosto del 2010.

g.- Solicitud que contiene el Expediente de reajuste de metrados Nro. 7, acompañado de un DVD conteniendo el expediente completo para la revisión y opinión correspondiente, solicitud presentada al OSITRAN el 20 de enero del 2011.

Estas solicitudes de La Concesionaria fueron recibidas por el Regulador en las fechas antes indicadas y merecieron las respectivas respuestas de conformidad con los oficios que se consignan a continuación y que si bien no obran en el expediente han sido mencionados en diversas partes de las Resoluciones que han sido presentadas como anexo 9A de la demanda. También se precisará en los literales siguientes la fecha máxima que tenía el OSITRAN para emitir sus pronunciamientos (considerando la fecha de los requerimientos de La Concesionaria) y los días de demora en los que finalmente incurrió:

a.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 1
Oficio Nro. 1199-07-GS-OSITRAN de fecha 3 de julio del 2007
Fecha máxima para la emisión de pronunciamiento 16.02.2007.
Período de demora en la aprobación: 137 días

b.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 2
Oficio Nro. 2424-07-GS-OSITRAN de fecha 25 de agosto del 2008
Fecha máxima para la emisión de pronunciamiento 28.11.2007.
Período de demora en la aprobación: 271 días

c.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 3
Oficio Nro. 3375-08-GS-OSITRAN de fecha 11 de diciembre del 2008
Fecha máxima para la emisión de pronunciamiento 28.11.2008.
Período de demora en la aprobación: 13 días

d.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 4
Oficio Nro. 1182-09-GS-OSITRAN de fecha 8 de abril del 2009
Fecha máxima para la emisión de pronunciamiento 25.03.2009.
Período de demora en la aprobación: 14 días

e.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 5
Oficio Nro. 3251-09-GS-OSITRAN de fecha 15 de setiembre del 2009
Fecha máxima para la emisión de pronunciamiento 15.09.2009.
Período de demora en la aprobación: 0

f.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 6
Oficio Nro. 4241-10-GS-OSITRAN de fecha 5 de octubre del 2010
Fecha máxima de pronunciamiento 26.08.2010.
Período de demora en la aprobación: 40 días

g.- Solicitud de reajuste de metrados Nro. 7
Oficio Nro. 1122-11-GS-OSITRAN de fecha 15 de marzo del 2011
Fecha máxima para la emisión de pronunciamiento 03.02.2011.
Período de demora en la aprobación: 40 días

Por lo expuesto, el Tribunal llega a la conclusión que ha existido extemporaneidad en los pronunciamientos del Regulador.

El Tribunal considera, entonces, que debe declararse fundada en parte esta pretensión, ya que, por un lado, en cuanto a la solicitud de reajuste de metrados Nro. 5 no se produjo la demora alegada por La Concesionaria y, por otro lado, el aspecto vinculado con el perjuicio que pudo haber sufrido dicha Concesionaria presenta algunas particularidades que serán examinadas en los siguientes párrafos.

Respecto al segundo punto controvertido:

2.- Determinar si como consecuencia de lo solicitado en el primer punto, corresponde ordenar que el demandado pague a favor de la Concesionaria la suma de US\$ 3'403,200

dólares americanos, por concepto de recursos no utilizados (stand by) durante el período de exceso (demora) que el demandado se tomó para aprobar el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados) y que estuvieron disponibles en los sectores involucrados para la ejecución de los trabajos. A dicho monto, deberá agregarse:

- (iv) Gastos Generales indicados como en el literal a) del numeral 7.10 de la Adenda N° 5 al Contrato de Concesión.
- (v) Ajuste por concepto de variación de precios de los insumos de la construcción, de acuerdo al Contrato de Concesión, aplicado al sub total obtenido hasta el ítem (i).
- (vi) Costo de Capital propio, aplicado al sub total resultante hasta el ítem (ii), tomando en consideración los siguientes parámetros:

-Tasa de Costo de Capital Propio (15.4%), utilizado por PROINVERSION (indicado en el numeral 2.1. "Los costos de financiamiento del Concesionario" del Informe N° 1A.2005/OPE/PROINVERSION del 20 de abril de 2005) en la determinación de los valores máximos del Pago Anual por Obras (PAO) y Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)

-Período de ajuste, correspondiente al período de demora en aprobación de los mayores metrados.

(IV) Impuesto General a las Ventas (IGV), aplicado al sub total obtenido hasta el ítem (iii).

(V) Intereses moratorios correspondientes

La pretensión, en este caso, a pesar de su redacción, no es una pretensión accesoria que tenga que seguir necesariamente la suerte de la pretensión que ha sido amparada por el Tribunal, porque aquélla tiene sus propias notas de autonomía.

Esta pretensión persigue que El Concedente le pague a La Concesionaria determinada suma de dinero por concepto de recursos no utilizados (stand by) durante el período de exceso (demora) que el demandado se tomó para aprobar el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados) y que estuvieron disponibles en los sectores involucrados para la ejecución de los trabajos.

Es necesario tener claro que una cosa es la extemporaneidad de los pronunciamientos del Regulador y otra cosa es la consecuencia que pueda derivar de esa respuesta dada fuera del plazo contractual.

El Tribunal estima que si bien es verdad que está probado que existió demora en la aprobación de los expedientes de reajuste de metrados que han sido mencionados anteriormente, no es menos cierto que existen imprecisiones en los hechos que apoyan este petitorio de pago que ahora se examina, ya que El Concedente ha manifestado que La Concesionaria presenta el

expediente técnico de reajuste de metrados por los trabajos ya ejecutados, no por ejecutar y que, en todo caso, no se puede asociar los plazos de la necesidad de ejecutar mayores metrados (cuya orden la dio el Supervisor con la conformidad del Regulador dentro de los diez días útiles establecidos en la Cláusula 6.4.A.6), con los plazos previstos para la valorización de los mayores metrados ejecutados.

Ha señalado El Concedente que, en todo caso, el reclamo está referido al plazo del pago de las valorizaciones.

Ahora, La Concesionaria no ha sido del todo explícita en su demanda en cuanto a los hechos que apoyan esta pretensión en sí y más bien con escrito de fecha 17 de Enero del 2012, cuando se pronuncia sobre la contestación a la demanda, refiere, entre otras cosas, que el procedimiento empleado tuvo un carácter extracontractual. Indica también, que la Supervisión en Obra no autorizaba la ejecución de trabajos que previamente no hayan sido aprobados a través de un Proyecto de Ingeniería de Detalle, o que en el caso de mayores metrados cuenten con pronunciamiento favorable del REGULADOR, por lo que considera que no es correcto afirmar que el OSITRAN cumplió con autorizar la ejecución de los trabajos dentro del plazo de 10 días, como tampoco es correcto que su reclamo verse sobre el plazo indicado en el Contrato de Concesión, para la autorización de ejecución de los mayores metrados indicados en la Cláusula 6.4.A. del Contrato de Concesión.

Indica La Concesionaria que resulta impracticable lo señalado por El Concedente, en el sentido que las variaciones de metrados podrían haber existido y, por tanto, que podían haber sido ejecutados al culminar los metrados vinculados al PAO Contractual, porque, en primer lugar, no tiene asidero o sustento contractual alguno, y en segundo lugar porque, si por ejemplo surge la necesidad de ejecutar trabajos (por tanto metrados) no contemplados en el PID ni en el PAO Contractual y que son necesarios y/o predecesoras de otras que sí forman parte del PID y del PAO Contractual, estos mayores metrados no podrían ser ejecutados si se diese validez a la tesis de El Concedente y de ser así tampoco podrían ejecutarse los metrados vinculados al PAO que suceden a dichos mayores metrados, con lo cual la obra no podría ser culminada.

Sostiene La Concesionaria, que técnicamente, dicha posición de la demandada es impracticable, porque los mayores metrados deben ejecutarse en la oportunidad que éstos son necesarios para lograr la continuidad de la obra, pues, en caso contrario podrían ocasionar retrasos y/o paralizaciones de obra.

Finalmente, considera que una prueba de que, la posición de el Concedente es errada, es que el propio Contrato de Concesión prevé en las Cláusulas 6.4.A.2. al 6.4.A.6 la posibilidad de ejecutar mayores metrados, sin establecer para ello plazos perentorios para solicitarlos, porque se entiende que ello ocurre en la medida de lo necesario, y de ninguna manera tendría que haber esperado ejecutar el 100% del PAO Contractual a los 48 meses, para recién ejecutar los mayores metrados."

Toda esta argumentación que enuncia La Concesionaria para apoyar esta pretensión, no parece guardar conformidad con este petitorio que concierne al pago de la suma requerida equivalente a US\$ 3'403,200 dólares americanos y más bien hace imprecisos los alcances de su reclamación, lo que implica que tendrían que ser enmendados y/o ampliados no sólo a través de

argumentos que esclarezcan la materia controvertida sino también a través de los medios probatorios respectivos que no se han actuado en este proceso, pues se cerró la etapa probatoria sin que La Concesionaria hubiese podido hacer las respectivas precisiones o aclaraciones tal como correspondía.

Por estos motivos, el Tribunal debe concluir que no hay conexión lógica entre los hechos y el petitorio para que se le pague la cantidad de US\$ 3'403,200 dólares americanos, presentándose la causal de improcedencia prevista en el inciso 5) del Artículo 427°, del Código Procesal Civil.

En mérito a lo expuesto se declara Improcedente la pretensión para que se le pague a La Concesionaria la cantidad de US\$ 3'403,200 dólares americanos, por concepto de recursos no utilizados (stand by) durante el período de exceso (demora) que el demandado se tomó para aprobar el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados) y que estuvieron disponibles en los sectores involucrados para la ejecución de los trabajos. Igualmente resultan improcedentes los otros conceptos que reclama en ese punto de su demanda (gastos generales, costo de capital propio y otros).

3- Respecto al tercer punto controvertido:

“ En el supuesto caso que el Tribunal Arbitral desestime las pretensiones anteriores, determinar si corresponde ordenar al demandado el pago de US\$ 3'403,200, más los montos resultante de la aplicación de: Gastos generales, reajuste por concepto de variación de precios de insumos de la construcción, costo de capital propio, IGV e intereses moratorios que corresponda a favor de la Concesionaria, por concepto de enriquecimiento sin causa de conformidad con lo previsto en el artículo 1954° del Código Civil.”

Al haberse desestimado la pretensión de pago referida en el punto anterior, corresponde que se examine esta pretensión subordinada que ha planteado La Concesionaria.

El artículo 1954° del Código Civil señala que: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

La pretensión de enriquecimiento injustificado tiene como efecto jurídico la restitución (*in rem verso*). Si no fuera posible la restitución del objeto, ella se entenderá por su valor equivalente. Con esta fórmula se trata de equilibrar los patrimonios.

La doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como un remedio que pretende amparar todos aquellos casos de enriquecimiento sin causa que pasaron, de alguna manera, inadvertidos para el legislador, razón por la cual los que han resultado afectados no encuentran a mano remedio alguno en la norma legal existente. Empero, no obstante esta situación, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no permiten ni aceptan que una persona se beneficie a expensas de otra, sancionando esa situación gravosa a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.

Teniendo en cuenta lo expresado en esta norma y la doctrina existente, los elementos que tipifican el enriquecimiento sin causa son: a) una ventaja para una de las partes; b) un detrimento patrimonial correlativo de la otra y c) la falta de justificación, siendo la consecuencia legal: la indemnización según lo indicado en el artículo 1954° del Código Civil.

Esta situación jurídica de quien se enriquece puede configurarse en la adquisición de un derecho, obtener posesión de un bien, el ahorro de un gasto; el empobrecimiento importa, por su parte, toda disminución del patrimonio de quien plantea el reclamo, siendo necesario que de por medio se verifique una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Por otra parte, considerando que el enriquecimiento sin causa tiene una aplicación subsidiaria, no resulta siendo procedente cuando el empobrecido pueda ejercitar otra pretensión tal y como lo dispone el artículo 1955° del Código Civil que establece que: "La acción a que se refiere el artículo 1954° del referido cuerpo normativo no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización", motivo por el que se debe determinar si en el presente caso se puede configurar o no dicha situación.

Ahora bien, ante el hecho de que, como ya ha expresado anteriormente al resolver el segundo punto controvertido, no existe conexión lógica entre el petitorio y los hechos que lo pretenden sustentar el Tribunal decide declarar improcedente la acción a que se refiere este punto controvertido.

Respecto al cuarto punto controvertido:

"Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genere la tramitación del presente arbitraje"

El artículo 57° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece que el Tribunal Arbitral debe pronunciarse en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

En el Contrato de Concesión, cláusula 16.12., que trata del convenio arbitral, se indica, entre otras cosas, que todos los gastos que irroge la resolución de una controversia técnica o no técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de la controversia, serán cubiertos por la parte vencida.

Al respecto, el Colegiado considera que no se da en estricto esta situación para la parte demandada, puesto que debido a la gran complejidad del caso, tanto ella como La Concesionaria han demostrado contar con razones válidas para litigar así como no se ha advertido dilación o entorpecimiento manifiesto practicado por alguna de ellas.

En ese sentido y teniendo en cuenta, a la vez, lo establecido en el inciso 3) del artículo 57° glosado, el Tribunal considera que cada parte debe asumir los gastos de sus defensas respectivas, incluyendo lo que han pagado por concepto de honorarios arbitrales y gastos en

general, sin perjuicio de que se realicen las devoluciones respectivas en caso de haberse producido la subrogación en algún pago.

IV-LAUDO:

PRIMERO: DECLARAR, POR UNANIMIDAD, FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal de La Concesionaria y, en consecuencia, que se ha incumplido el plazo de 10 días hábiles, establecido en la Cláusula 6.4.A.6 del Contrato de Concesión, para la emisión del pronunciamiento sobre el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados), del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, Tramo: Puente Inambari-Iñapari.

SEGUNDO: DECLARAR, POR UNANIMIDAD, IMPROCEDENTE la pretensión de la Concesionaria para que se le pague la suma de US\$ 3'403,200 dólares americanos, por concepto de recursos no utilizados (stand by) durante el período de exceso (demora) que el demandado se tomó para aprobar el reconocimiento y compensación de diferencias en metrados del Expediente Técnico en la Ejecución de Obras (Reajuste de Metrados) y que estuvieron disponibles en los sectores involucrados para la ejecución de los trabajos más los otros conceptos que reclama de modo accesorio cuando formula esta pretensión.

TERCERO. DECLARAR, POR UNANIMIDAD, IMPROCEDENTE la pretensión subordinada de enriquecimiento sin causa propuesta por La Concesionaria.

CUARTO. Disponer que las partes asuman sus propios gastos y los gastos comunes, honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria arbitral, es decir sus costas y costos, en partes iguales.

Notifíquese a las partes.



RICHARD MARTIN TIRADO
Presidente del Tribunal Arbitral



HORACIO CANEPA TORRE
Arbitro



WEYDEN GARCIA ROJAS
Arbitro