

2014 FEB 5 AM 11 54

LAUDO ARBITRAL DE DERECHORECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD**CASO ARBITRAL N° 2373-2012-CCL****Demandante: CONSORCIO CESEL S.A. – NIPPON KOEI CO. LTD.****Demandado: ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO
PÚBLICO – OSITRAN****TRIBUNAL ARBITRAL: Sr. Dr. Enrique Palacios Pareja (Presidente)****Sr. Dr. Javier Villa García Vargas (Arbitro)****Sr. Dr. Néstor Alberto Ovalle Angulo (Arbitro)****SECRETARÍA ARBITRAL: Dr. Marco Gálvez Díaz****Resolución N° 17****Lima, 28 de enero de 2014**

1. ANTECEDENTES:

1.1 HECHOS PREVIOS A LA CONTROVERSIA

1. Con fecha 24 de julio de 2006, el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, suscribió con Dubai Port World Callao S.A. (en adelante, "DPWC") el "Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al Rompeolas Sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur"
2. En el marco de dichos trabajos, el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de uso Público (en adelante, "OSITRAN") suscribió con la empresa Consorcio Cesel S.A. – NipponKoei Co. Ltd. (en adelante, "Consortio Cesel") el Contrato de Supervisión No. 0010-08-OSITRAN (en adelante, el "Contrato de Supervisión") por medio del cual, Consorcio Cesel llevaría a cabo la supervisión correspondiente a la primera fase de Desarrollo del Nuevo Terminal Portuario del Callao – Zona Sur,
3. La Cláusula Segunda del Contrato de Supervisión, referida al objeto del Contrato, estableció que las actividades que realizaría Consorcio Cesel consistían en la revisión del Expediente Técnico y la supervisión de la ejecución de obras y equipamiento. Asimismo, se pactó en la Cláusula Tercera que la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, "APN") tendría la competencia exclusiva para la aprobación de la totalidad de los servicios relativos a la supervisión del Diseño así como la documentación que lo sustente.

4. Posteriormente, con fecha 18 de setiembre de 2013, se suscribió la Adenda N° 1 al Contrato de Supervisión, según la cual *"las partes acuerdan aplicar factores de ajuste a los montos de la inversión modificados por el Concedente, con la finalidad de mantener intacto el monto del contrato de EL SUPERVISOR"*
5. El Expediente Técnico contemplaba originalmente la ejecución de diversas obras en roca. Entre ellas se contempló la Restitución de la Sección del Rompeolas a efectuarse con rocas de diferentes tamaños, para las capas de núcleo, filtro y coraza.
6. Al respecto, DPWC realizó investigaciones en el Rompeolas Sur para verificar los niveles del estrato resistente, a efectos de determinar si la fundación para las obras a construirse sobre éstos garantizarán su estabilidad. Estas investigaciones concluyeron que la cimentación del Dique no reunía las condiciones de estabilidad necesarias. En atención a ello se propuso la construcción de una berma exterior que garantice su estabilidad.
7. En respuesta a dicha propuesta, la Gerencia General de la APN cursó la Carta No. 403-2009-APN/GG mediante la cual se autorizó a DPWC para que elabore el Expediente Técnico respectivo.
8. De otro lado, en base a los estudios llevados a cabo por DPWC, se concluyó que el trabajo de Relleno de la Zona 1-B, aledaña a la Berma de Estabilización era necesaria para posibilitar los alcances comprometidos por éste para la Fase I del Contrato de Concesión.
9. Asimismo, mediante Carta No. IP.DPWC.018.11 del 28 de marzo de 2011, DPWC presentó a la APN la solicitud de cambio SC No. 004,

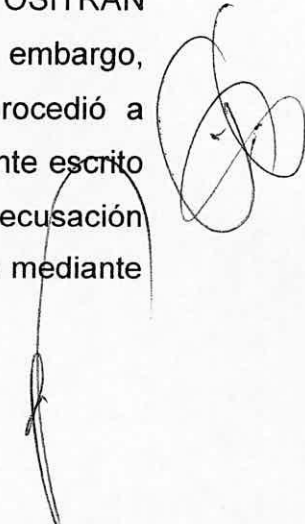
respecto de la cual la APN indicó que el Expediente Técnico presentado por DPWC corresponde a una solicitud de Cambio de Obra Mayor.

1.2 DEL INICIO DEL ARBITRAJE Y DE LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

10. En la Cláusula Décimo Sexta del Contrato se establece que cualquier controversia que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del mismo, será resuelta de manera definitiva mediante arbitraje de derecho conforme al procedimiento que se establece en la cláusula bajo comentario. Asimismo, en dicha cláusula se señala que las disposiciones para la ejecución del arbitraje se establecen en la Ley General de Arbitraje así como en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

11. Con fecha 03 de julio de 2012, Consorcio Cesel remitió su petición arbitral, en la cual designó como árbitro de parte al Dr. Alberto Rizo-Patrón Carreño. Dicha petición fue notificada al OSITRAN con fecha 12 de julio de 2012, quienes presentaron un escrito de apersonamiento el 19 de julio de 2012 mediante el cual se sometieron de forma expresa al Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio. Asimismo, designaron como árbitro al Dr. Ruben Antacio Nuñez.

12. Frente a ambas designaciones, tanto Consorcio Cesel como OSITRAN formularon recusación contra los árbitros mencionados. Sin embargo, ante la renuncia del árbitro propuesto por OSITRAN, se procedió a designar como nuevo árbitro al Dr. Nestor Alberto Ovalle mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2012. Asimismo, respecto a la recusación pendiente, el Consejo Superior de Arbitraje la estimó fundada mediante Resolución de fecha 05 de setiembre de 2012.



13. Posteriormente, Consorcio Cesel designó como nuevo árbitro al Dr. Javier Villa García Vargas. De esta manera, ambos árbitros debieron designar al Presidente del Tribunal Arbitral. Sin embargo, ante la falta de acuerdo, el Consejo Superior de Arbitraje procedió con la designación mediante mecanismo aleatorio conforme al artículo 27° del Reglamento de Arbitraje del Centro. De esta forma se nombró residualmente al Dr. Enrique Palacios Pareja, quien aceptó dicha designación el 15 de enero de 2013.

14. De esta manera, se programó la audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral para el día 14 de febrero de 2013. Para la realización de dicha diligencia, las partes fueron debidamente citadas, conforme se aprecia de los correspondientes cargos de notificación que obran en el expediente. En dicha Audiencia, los miembros del Tribunal Arbitral establecieron que las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional, así como las Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional serían aplicables al presente arbitraje.

15. Asimismo, en el numeral 21 del acta de instalación, se señaló que Consorcio Cesel presentaría su demanda en un plazo no mayor de 20 días.

1.3 ACTOS POSTULATORIOS. POSICIONES DE LAS PARTES.

1.3.1 LA DEMANDA DE CONSORCIO CESEL

16. Con fecha 14 de marzo de 2013, Consorcio Cesel presentó escrito mediante el cual interpone demanda en contra de OSITRAN. Plantea las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Que se reconozca y apruebe el pago a favor de Consorcio Cesel de US\$ 331,958.78 más IGV, por concepto de Mayores Servicios de Consultoría.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que se reconozca el monto de US\$ 331,958.78 más IGV, por equidad, invocando el principio que nadie puede enriquecerse a costa de otro en el caso de la mayor inversión realizada en la Berma de de Estabilización del Rompeolas Sur.

Segunda Pretensión Principal: Que se reconozca y apruebe un monto de US\$ 279,055.66 más IGV, a favor de Consorcio Cecel por los trabajos realizados en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que se apruebe, a favor de Consorcio Cesel un monto de US\$ 279,055.66 más IGV, por equidad, invocando el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro en el caso de la mayor inversión realizada en la Berma de de Estabilización del Rompeolas Sur.

Pretensión Alternativa a la Primera y Segunda Pretensiones Principales: En el supuesto que se declarasen infundadas la Primera y Segunda Pretensiones Principales, que se declare sin efecto el Oficio No. 097-12-GS-OSITRAN por el que OSITRAN solicita al Consorcio la devolución de US\$ 83,914.97 más IGV, en ejecución de la Liquidación del Contrato.

Tercera Pretensión Principal: Que se reconozca y apruebe un monto de US\$ 20,000.00 más IGV, a favor de Consorcio Cesel por concepto de indemnización correspondiente al daño emergente generado por el mantenimiento prolongado de las cartas fianza bancarias.

Cuarta Pretensión Principal: Que se apruebe la Liquidación Final de los Servicios de Supervisión de la Obra del Contrato de fecha 14 de marzo de 2008 y del Contrato No. 0010-08-OSITRAN

Pretensión Accesorio: Que se disponga el pago de intereses de acuerdo a ley, costas y costos derivados del presente proceso, más

17. Las pretensiones de la demandante se sustentan en los siguientes fundamentos de hecho:

Sobre la Primera Pretensión Principal:

Consorcio Cesel señala que en el Contrato celebrado con OSITRAN se pactó llevar a cabo un estudio previo respecto de la situación en que se encontraba la Berma de Estabilización con la finalidad de saber si la obra encargada sería propicia o no para el fin con el que se encomendó.

Agrega que el resultado arrojado por los estudios indicaba ciertas fallas estructurales que representarían un riesgo inminente para las obras contratadas para el Muelle Sur que podrían inutilizar lo que se pudiese construir. En este sentido, se propuso la ampliación del ancho promedio de la Berma de Estabilización, así como la fortificación de la estructura que la sostiene.

Señala que la propuesta fue aprobada mediante la carta No. 193-2011-APN/GG de fecha 17 de marzo de 2011, por la APN, considerándose como una Obra Mayor, y por lo tanto, un cambio sustancial en el Expediente Técnico.

Sobre la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal

Refiere que el reconocimiento del monto señalado en la demanda obedece al principio de equidad, según el cual nadie puede enriquecerse a costa de otro, principio que se ve reflejado en el artículo 1954° del Código Civil.


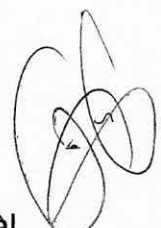
Sobre la Segunda Pretensión Principal

Manifiesta que los estudios realizados por DPWCdemostraron la necesidad de llevar a cabo trabajos de Relleno en la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización para posibilitar la terminación de los alcances comprometidos en la Fase I del Contrato.

Agrega que tanto OSITRAN como la APN tenían conocimiento de la necesidad de realizar mayores servicios de los contratados, y que dichos servicios constituyeron trabajos de carácter necesario para conseguir la definitiva estabilidad de la obra contratada y que la misma no corriese peligro de destruirse o desmoronarse en un lapso breve de tiempo.

Sobre la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

Refiere que el reconocimiento de los montos solicitados obedece al principio de equidad, por cuanto el artículo 1954° del Código Civil prescribe que nadie puede enriquecerse a costa de otro.



Sobre la Pretensión Alternativa a la Primera y Segunda Pretensiones Principales

Consortio Cesel solicita que se deje sin efecto el Oficio No. 097-12-GS-OSITRAN mediante el cual la entidad solicita una deducción a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones equivalente a la suma de US\$ 83, 914.97 en función de que aquel implicaría un desmedro injustificado de la demandante que además acarrearía un enriquecimiento indebido por parte del Estado.

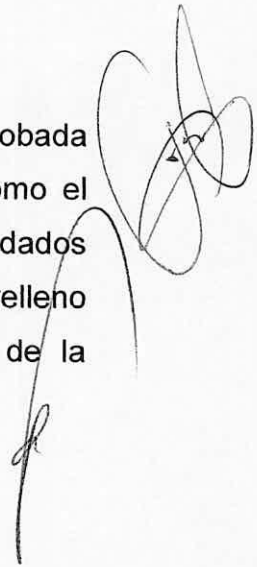
Sobre la Tercera Pretensión Principal

Señala que Consortio Cesel ha sufrido un perjuicio al no aprobarse oportunamente la Liquidación Final del Contrato. Ello generó que se incurra en un gasto adicional correspondiente al mantenimiento de las Cartas Fianzas que fueron materia de la relación contractual con la demandada.

Sobre la Cuarta Pretensión Principal

Argumenta que el costo de los servicios brindados por Consortio Cesel a favor del Estado se han incrementado en tanto se llevaron a cabo mayores servicios que aquellos que estuvieron pactados originalmente en la el Contrato.

De este modo se señala que la Liquidación Final que debe ser aprobada es aquella que incluye tanto el monto pactado originalmente, como el deductivo No. 1, el adicional No. 1 y los mayores servicios brindados tanto por la ampliación de la Berma de Estabilización como por el relleno de la Zona 1-B, y a los que habría que adicionar, el monto de la indemnización y los intereses correspondientes, de ser el caso.



Sobre las pretensiones accesorias

Manifiesta que los intereses legales al 14 de marzo de 2013 ascienden a US\$ 2,156, los que deberán ser actualizados a la fecha en que sean efectivamente cancelados. Agrega que de conformidad a lo establecido por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, la demandada deberá asumir los costos arbitrales que se hayan generado con razón al presente proceso.

18. La contestación de la demanda fue admitida por resolución N° 2 del Tribunal Arbitral de fecha 06 de diciembre de 2012.

19. Con fecha 11 de abril de 2013, OSITRAN dedujo las excepciones de oscuridad y ambigüedad en el modo de exponer la demanda así como de representación defectuosa o insuficiente del demandante. Sobre la primera se alega que existe una duplicidad de las pretensiones económicas formuladas en la demanda. En atención a ello, se solicitó al Tribunal la suspensión del proceso hasta que la demandante subsane los siguientes defectos:

- a. El monto de la cuantía demandada no corresponde con los señalados en la solicitud de arbitraje.
- b. Los conceptos demandados en la primera y segunda pretensiones principales se corresponden con la cuarta pretensión principal.
- c. No existe coherencia entre los hechos propuestos y las pretensiones procesales planteadas.

Sobre la segunda excepción se afirmó que los poderes anexados a la demanda arbitral no acreditan que la representación sea actual y se

encuentre vigente en la medida que los mismos datan desde el año 1999 hasta el 2008.

20. Mediante escrito de fecha 02 de mayo de 2013, Consorcio Cesel absolvió el traslado de las excepciones realizado mediante la Resolución No. 3. Al respecto señaló que OSITRAN no ha acreditado fehacientemente cómo es que se ve diezmado su derecho a la defensa o en qué consiste la oscuridad o ambigüedad de la demanda arbitral. Asimismo niega que exista identidad entre las pretensiones formuladas en la demanda, toda vez que aquellas difieren respecto de los conceptos que incluyen.

21. Sobre la excepción de representación defectuosa o insuficiente, señalaron que el documento anexado a la demanda no contiene un plazo de vigencia o caducidad, por lo que se mantiene vigente para todos sus efectos legales hasta que sea expresamente revocado.

22. Mediante Resolución N° 11 de fecha 15 de julio de 2013 el Tribunal resolvió declarar infundada la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y declarar infundada la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante.

1.3.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR OSITRAN

23. Con fecha 25 de abril de 2013, OSITRAN presentó su escrito de contestación a la demanda, donde contradijo todas y cada una de las pretensiones planteadas por Consorcio Cesel, solicitando se declare infundada la demanda en todos sus extremos, por las siguientes razones:

La demandada refiere que las pretensiones formuladas no cuentan con respaldo técnico o legal; por lo que en su oportunidad, a nivel administrativo fueron denegadas. Asimismo manifiesta que la Berra de

Estabilización del Rompeolas Sur no pudo ser considerada como una obra adicional toda vez que en la Cláusula Segunda de la Adenda 1 del Contrato de Supervisión se pactó *“aplicar los factores de ajuste a los montos de la inversión modificados por el Concedente, con la finalidad de mantener intacto el monto del Contrato de El SUPERVISOR”*

Agrega que no fue posible reconocer mayores servicios de supervisión de la Berma de Estabilización en tanto los servicios se ejecutaron bajo el sistema de suma alzada. Alega que bajo este sistema se busca mantener la invariabilidad tanto del precio como de la magnitud del servicio.

De otro lado, en relación a los mayores trabajos producidos respecto del relleno de la Zona 1-B, la demandada señala que el Consorcio Cesel supervisó la ejecución de la obra en cuestión sin ninguna autorización o pedido de OSITRAN; en tanto el propio concesionario la consideró como una obra necesaria.

Agrega que la obra del relleno de la Zona 1-B no contaba con Expediente Técnico alguno y; resulta obligatorio que para llevar a cabo las acciones de supervisión, el demandante haya contado previamente con la autorización correspondiente; tanto más si es que la obra a supervisar no contaba con expediente que lo sustente.

1.3.3. LA RECONVENCIÓN DE OSITRAN

24. Posteriormente, mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2013, OSITRAN propone reconvención contra Consorcio Cesel en la que plantea las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Se declare la aprobación de la Liquidación Final conforme al Contrato suscrito por las parte, la

cual arroja un saldo ascendente a US\$ 83,914.97 más intereses legales

Segunda Pretensión Principal: Se ordene el pago de US \$ 83,914.97 más intereses legales a cargo de Consorcio Cesel a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

25. Las pretensiones propuestas en la reconvención se sustentan en los siguientes fundamentos:

La demandada refiere que la Liquidación Final del Contrato arroja un saldo por devolver a cargo de Consorcio Cesel equivalente a US\$ 83,914.97 conforme se comunicó a la demandante mediante Oficio No. 097-12-GS-OSITRAN.

Manifiesta que no corresponde reconocer un mayor pago en relación al servicio generado por supervisar la obra realizada sobre la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur, toda vez que ésta se ejecutó sin contar con la debida aprobación por parte de la APN; y en tanto OSITRAN no solicitó la intervención de Consorcio Cesel para realizar acciones de supervisión respecto de la Berma

Asimismo agrega que no corresponde reconocer un mayor pago en relación a los trabajos producidos por la supervisión de la obra de relleno de la Zona 1-B en tanto no se contó con una autorización ni pedido de OSITRAN.

26. Mediante resolución N° 7 el Tribunal corre traslado de la reconvención al Consorcio Cesel para que exprese lo conveniente a su derecho.

1.3.4. CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN POR CONSORCIO CESEL

27. Con fecha 10 de junio de 2013, Consorcio Cesel presentó su escrito de contestación a la reconvencción, negando los argumentos esgrimidos por la demandada en los siguientes términos:

Consortio Cesel reafirma la postura presentada en su escrito de demanda y niega que las pretensiones demandadas carezcan de sustento técnico o legal. Agrega que la ampliación de la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur fue considerada al interior del expediente técnico como una obra mayor conforme a la carta No. IP.DPWC.018.1. En tal sentido, la demandante alega que con la modificación del Expediente Técnico se constituyó la variación de la ampliación de la Berma de Estabilización como una Obra Mayor.

28. Mediante Resolución N° 8, el Tribunal Arbitral incorporó en el proceso al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en calidad de coadyuvante de OSITRAN. De este modo, mediante escrito de 12 de junio de 2013, el Ministerio se apersonó al proceso y absolvió la demanda en los términos siguientes:

Manifiesta que no es posible reconocer mayores servicios de supervisión debido a que estos se ejecutaron bajo la modalidad de suma alzada, la cual implica que el precio sea invariable. Agrega que la ampliación de la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur se aprobó como solicitud de cambio, por lo que no encaja dentro de los alcances de la Adenda N°1 del Contrato de Supervisión.

De otro lado, señala que el servicio adicional de relleno de la Zona 1-B fue desestimado en base a que OSITRAN no solicitó la intervención de Consorcio Cesel para supervisar la obra, por no contarse con expediente

técnico, resultando necesario para llevar a cabo las acciones de supervisión, que la supervisión haya contado previamente con la autorización correspondiente.

1.4. AUDIENCIA DE FIJACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

29. Con fecha 01 de julio de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral con la asistencia de Consorcio Cesel, OSITRAN y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

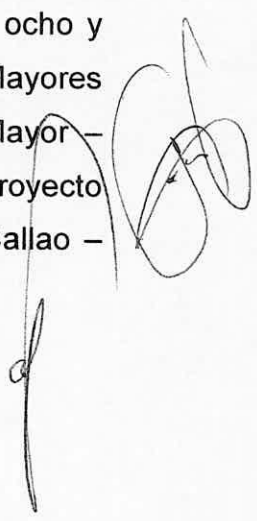
30. El Tribunal Arbitral, en uso de sus facultades y con la conformidad de la parte asistente a dicha audiencia, fijó los siguientes puntos controvertidos:

1.4.1 PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

Primera Pretensión Principal: Que se reconozca y apruebe el pago a favor de Consorcio Cesel de US\$ 331,958.78 más IGV, por concepto de Mayores Servicios de Consultoría

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no reconocer al Consorcio el pago de US\$ 331,958.78 (Trescientos treinta y un mil novecientos cincuenta y ocho y 78/100 Dólares Americanos) más IGV, por concepto de Mayores Servicios de Consultoría generados por supervisar el Cambio Mayor – Berma de Estabilización del Rompeolas Sur en el marco del Proyecto “Nuevo Terminal de Contenedores en el terminal Portuario del Callao – Zona Sur”, Contrato No. 0010-08-OSITRAN.



Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que se reconozca el monto de US\$ 331,958.78 más IGV, por equidad, invocando el principio que nadie puede enriquecerse a costa de otro en el caso de la mayor inversión realizada en la Berma de de Estabilización del Rompeolas Sur.

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no reconocer al Consorcio el pago de US\$ 331,958.78 (Trescientos treinta y un mil novecientos cincuenta y ocho y 78/100 Dólares Americanos) más IGV, por equidad, invocando el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, en el caso de mayor inversión realizada en la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur.

Segunda Pretensión Principal: Que se reconozca y apruebe un monto de US\$ 279,055.66 más IGV, a favor de Consorcio Cecel por los trabajos realizados en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur.

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no reconocer y aprobar el pago a favor del Consorcio de US\$ 279,055.66 (Doscientos setenta y nueve mil cincuenta y cinco y 66 /100 Dólares Americanos) más IGV, por los trabajos realizados en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur correspondiente al "Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur".

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que se apruebe, a favor de Consorcio Cesel un monto de US\$ 279,055.66 más IGV, por equidad, invocando el principio de que nadie puede enriquecerse

20'

a costa de otro en el caso de la mayor inversión realizada en la Berma de de Estabilización del Rompeolas Sur.

Para ello el Tribunal deberá:

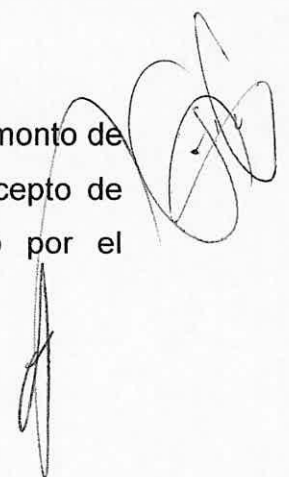
Determinar si corresponde o no aprobar el pago a favor del Consorcio de US\$ 279,055.66 (Doscientos setenta y nueve mil cincuenta y cinco y 66/100 Dólares Americanos) más IGV, por equidad, invocando el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, en el caso del Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur.

Pretensión Alternativa a la Primera y Segunda Pretensiones Principales: En el supuesto que se declarasen infundadas la Primera y Segunda Pretensiones Principales, que se declare sin efecto el Oficio No. 097-12-GS-OSITRAN por el que OSITRAN solicita al Consorcio la devolución de US\$ 83,914.97 más IGV, en ejecución de la Liquidación del Contrato.

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar –en el supuesto que se declaren infundadas la Primera y Segunda Pretensiones Principales- si corresponde o no que se declare sin efecto el Oficio No. 097-12-GS- OSITRAN por el que OSITRAN solicita al Consorcio la devolución de US\$ 83,914.97 (Ochenta y tres mil novecientos catorce y 97/100 Dólares Americanos) más IGV, en ejecución de la Liquidación del Contrato.

Tercera Pretensión Principal: Que se reconozca y apruebe un monto de US\$ 20,000.00 más IGV, a favor de Consorcio Cesel por concepto de indemnización correspondiente al daño emergente generado por el mantenimiento prolongado de las cartas fianza bancarias.



Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no reconocer y aprobar el pago a favor del Consorcio de US\$ 20,000.00 (Veinte mil y 00/100 Dólares Americanos) más IGV, por concepto de indemnización por el daño emergente generado por el mantenimiento prolongado de las Cartas Fianzas.

Cuarta Pretensión Principal: Que se apruebe la Liquidación Final de los Servicios de Supervisión de la Obra del Contrato de fecha 14 de marzo de 2008 y del Contrato No. 0010-08-OSITRAN

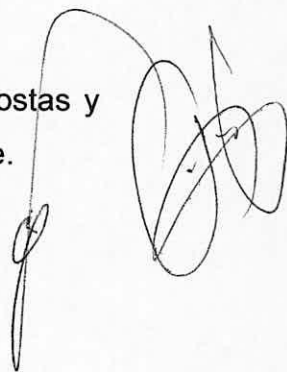
Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no aprobar la Liquidación Final de los Servicios de Supervisión de la Obra del Contrato de fecha 14 de marzo de 2008 y del Contrato No. 0010-08-OSITRAN, con un saldo a favor del Consorcio de US\$ 633,271.50 (Seiscientos treinta y tres mil ciento setenta y uno y 50/100 Dólares Americanos) más IGV.

Pretensión Accesorio: Que se disponga el pago de intereses de acuerdo a ley, costas y costos derivados del presente proceso.

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no disponer el pago de intereses, costas y costos derivados del presente proceso, más el IGV correspondiente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke at the bottom.

1.4.2. PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA RECONVENCIÓN

Primera Pretensión Principal: Se declare la aprobación de la Liquidación Final conforme al Contrato suscrito por las partes el cual arroja un saldo ascendente a US\$ 83,914.97 más intereses legales

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si al declararse la aprobación de la Liquidación Final conforme al Contrato suscrito por las partes, se concluya que la misma arroja un saldo ascendente a US\$ 83,914.97 (Ochenta y tres mil novecientos catorce con 97/100 Dólares Americanos), más intereses legales, a cargo de Consorcio Cesel a favor del MTC

Segunda Pretensión Principal: Se ordene el pago de US \$ 83,914.97 más intereses legales a cargo de Consorcio Cesel a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Para ello el Tribunal deberá:

Determinar si corresponde o no que el Consorcio pague los US\$ 83,914.97 (Ochenta y tres mil novecientos catorce con 97/100 Dólares Americanos) más intereses legales a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

31. En la misma audiencia del 01 de julio de 2013, el Tribunal admitió los siguientes Medios Probatorios:

De la demanda presentada por Consorcio Cesel

Se admitieron las pruebas presentadas en el acápite IV. Medios Probatorios numerales 5.1 al 5.24 del escrito de demanda presentado el 14 de marzo de 2013.

De la contestación a la demanda presentada por OSITRAN

Se admitieron las pruebas presentadas en el acápite IV. Medios Probatorios numerales 4.1 al 4.13 del escrito de contestación a la demanda y reconvención, presentado el 25 de abril de 2013.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios presentados en el escrito de fecha 14 de mayo de 2013, contenidos en los numerales 6.1 y 6.2.

De la absolución de demanda presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Se admitieron los medios probatorios referidos en el acápite III Medios Probatorios del escrito presentado el 12 de junio de 2013.

32. Además, en el numeral 5 del Acta de Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de 5 días hábiles a efectos que presenten sus alegaciones y conclusiones finales.

33. El 24 de julio de 2013 tanto OSIPTEL como Consorcio Cesel presentaron escritos desarrollando sus alegatos y conclusiones finales. Con fecha 25 de julio de 2013, el Ministerio de Transportes Públicos y Comunicaciones realizó lo mismo.

34. Posteriormente, el 28 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de OSIPTEL y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y la inasistencia de Consorcio Cesel, pese a haber sido debidamente citada para dicha audiencia, conforme obra en el expediente.
35. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los abogados de las partes asistentes, quienes informaron y respondieron las preguntas y consultas del Tribunal.

1.4.3. CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN

Mediante Resolución N° 14 de fecha 11 de diciembre de 2013 el Tribunal declaró cerrada la instrucción y fijó plazo para laudar. Mediante escrito N° 15 presentado el 9 de enero de 2014, OSITRAN presentó documentos adicionales, tales como (i) la sentencia judicial que declara infundada la demanda contencioso administrativa presentada por el Concesionario DP Word Callao S.R.L. contra la Resolución de OSITRAN que lo sancionó por iniciar la ejecución de obras en la Zona 1-B, sin contar con expediente técnico aprobado, y (ii) el Oficio de la Autoridad Portuaria Nacional que refiere que aprobó el expediente técnico pero que no autorizó el inicio de la ejecución de las obras. Estos documentos fueron puestos en conocimiento de la demandante, quien absolvió el trámite.

El Tribunal considera que los mencionados documentos, además de extemporáneos, no enervan el sentido de la decisión sobre la segunda pretensión principal de la demanda, ni sus fundamentos sustentados en el acápite 2.3. de este laudo.

2.- ANALISIS Y MOTIVACIÓN

- 2.1 Que al Tribunal Arbitral le compete pronunciarse sobre las pretensiones contenidas en la demanda propuestas por el Consorcio Cesel y las propuestas en la reconvención por OSITRAN. Al respecto, primero serán objeto de análisis en este Laudo las propuestas en la demanda y, luego, las propuestas en la reconvención.

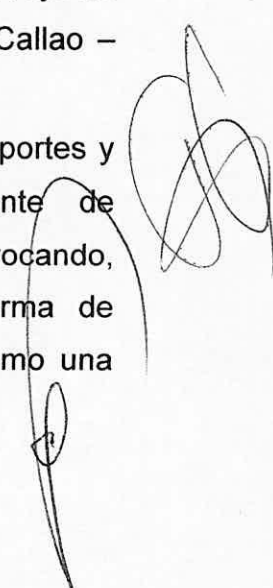
En relación a las pretensiones de la demanda ésta contiene cuatro pretensiones principales, dos subordinadas, una alternativa a la primera y segunda pretensión principal y dospretensiones accesorias; en tal sentido, en función de la naturaleza de las pretensiones propuestas corresponderá que el Tribunal se avoque a analizar primero las pretensiones principales y en función de ello, lo que corresponda, respecto a las subordinadas y alternativa.

En el caso de la reconvención propuesta por OSITRAN ésta contiene dos pretensiones principales que serán analizadas posteriormente.

- 2.2 Primera Pretensión Principal de la Demanda.

Conforme ha sido indicado anteriormente, la primera pretensión principal de la demanda persigue se reconozca y ordene el pago a favor de Consorcio Cesel de US\$ 331,958.78, más IGV, por concepto de Mayores Servicios de Consultoría originados por la supervisión del Cambio Mayor – Berma de Estabilización del Rompeolas Sur en el marco del Proyecto “Nuevo Terminal de Contenedores en el terminal Portuario del Callao – Zona Sur”, Contrato No. 0010-08-OSITRAN.

En relación a esta pretensión, OSITRAN y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (incorporado al proceso como coadyuvante de OSITRAN)solicitaron al Tribunal el rechazo de la misma invocando, fundamentalmente, los siguientes argumentos: i) Que la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur no puede ser considerada como una



obra adicional toda vez que, en la Cláusula Segunda de la Adenda 1 del Contrato de Supervisión las partes acordaron: *"aplicar los factores de ajuste a los montos de la inversión modificados por el Concedente, con la finalidad de mantener intacto el monto del Contrato de El SUPERVISOR"*; ii) Que no es procedente reconocer el pago demayores servicios de supervisión de la Berma de Estabilización por cuanto los servicios se pactaron y ejecutaron bajo el sistema de suma alzada. Alegan que, bajo dicho sistema las partes buscaron y acordaron mantener la invariabilidad tanto del precio como de la magnitud del servicio; en tal sentido sostiene, ello debe originar el rechazo del mayor pago pretendido por el Consorcio demandante.

- 2.2.1 En relación al primer argumento de defensa invocado por OSITRAN debemos manifestar que la Cláusula Segunda de la Adenda 1 del Contrato de Supervisión suscrita por las partes (que corre como Anexo No. 10-A de la contestación de demanda) establece que suobjeto fue: *"(...) aplicar factores de ajuste a los montos de la inversión modificados por el Concedente, con la finalidad de mantener intacto el monto del contrato de EL SUPERVISOR"*; es decir, la finalidad de dicha Adenda fue mantener intacto el monto del Contrato de Supervisión en relación a los nuevos montos de inversión modificados por el Concedente y no respecto de **las modificaciones del expediente técnico** por la Ampliación de la Berma Estabilizadora y el Relleno de la Zona de la Zona 1-B, pues la referida Adenda no se refiere a ninguno de ellos.

Al respecto, de los numerales 5 y 6 de la referida Adenda se desprende que el Concesionario realizó propuestas de optimización del expediente técnico aprobadas por el Concedente consistentes en: "Optimización de la Sub Estructura del Muelle" y "Optimización de la cimentación del Edificio Administrativo". Dichas optimizaciones originaron variaciones en el monto de inversión que al final debía efectuar el Concesionario; en tal sentido, con el objeto de mantener intacto el porcentaje del 3.8913% (del Monto de la Inversión) pactado como retribución por los servicios de supervisión se

pactó en la Adenda: "(...) aplicar factores de ajuste a los montos de la inversión modificados por el Concedente, con la finalidad de mantener intacto el monto del contrato de EL SUPERVISOR".

En consecuencia, la referida Adenda regula el régimen acordado por las partes respecto de las optimizaciones aludidas, las mismas que no son objeto de la demanda que ha originado el presente proceso.

La Ampliación de la Berma Estabilizadora y el Relleno de la Zona de la Zona 1-B no formaron parte del expediente técnico original; en tal sentido, tampoco son, ni pueden ser, "optimizaciones del expediente técnico" por lo que no corresponde que se les sean aplicables las reglas referidas a ellas.

- 2.2.2 Coadyuva a lo anteriormente sostenido sobre la inaplicación de la referida Adenda para determinar la procedencia o no del reclamo referido a la Ampliación de la Berma Estabilizadora y al Relleno de la Zona de la Zona 1-Blo sostenido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su escrito No. 2, de absolución de la demanda, página 7 donde ha indicado lo siguiente: ***"La Berma de Estabilización del Rompeolas Sur se aprobó como solicitud de cambio, por lo que no encaja dentro de la Adenda No. 1 del Contrato de Supervisión (aplicación de factores de ajuste a los montos de inversión)".*** (El resaltado es agregado).

Por último, la mencionada Adenda fue suscrita el 18 de setiembre de 2009, para regularizar situaciones producidas antes de dicha fecha (de ahí que la cláusula cuarta, referida a su vigencia, disponga su aplicación retroactiva); en tanto que, los trabajos de ampliación de la Berma de Estabilización fueron efectuados posteriormente, entre mayo y diciembre de 2010; en tal sentido, la mencionada Adenda no pudo estar referida a regular las consecuencias de las modificaciones del expediente técnico que aún no se habían producido y que, probablemente, en ese momento se desconocía si posteriormente se producirían o no.

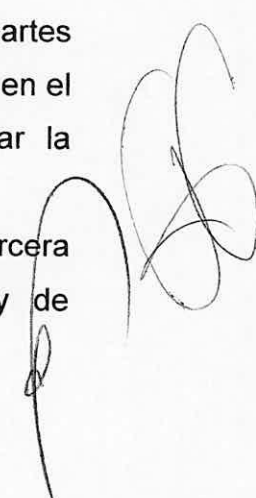
Por lo expuesto consideramos que la existencia de la Adenda 1 del Contrato de Supervisión no es motivo válido para desestimar el extremo de la demanda objeto de análisis en este punto.

2.2.3 En relación al segundo argumento de defensa invocado por OSITRAN debemos manifestar que, de la revisión del Contrato No. 0010-08-OSITRAN suscrito entre las partes que obra en autos, se desprende que el mismo, efectivamente, fue celebrado bajo la modalidad de Suma Alzada conforme indica OSITRAN en su contestación a la demanda. La Cláusula 9.1 del Contrato señala lo siguiente: *"El monto correspondiente a los servicios objeto del presente Contrato es a SUMA ALZADA (...)";* en tal sentido, deviene en aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 40° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo No. 184-2008-EF) que, entre otras cosas, dispone lo siguiente con relación al sistema de suma alzada: *"(...) El postor formulará su propuesta por **un monto fijo integral** y por un determinado plazo de ejecución"*(El resaltado es agregado). De lo expuesto se desprende que, bajo el referido sistema de suma alzada el ofertante se obliga a ejecutar el íntegro de las prestaciones requeridas en el plazo y por el mismo monto ofertado, y que la entidad se obliga a pagarle dicha suma al contratista que hubiera sido seleccionado.

Al respecto, también, es de aplicación al presente caso el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo No. 1017) referido a las prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones que establece, entre otras cosas, que: *"Excepcionalmente (...) la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que fueran indispensables para alcanzar la finalidad del contrato (...)".*

Del citado dispositivo se desprende que, excepcionalmente, las partes pueden modificar el precio acordado bajo el sistema de suma alzada en el caso de prestaciones adicionales de obra necesarias para lograr la finalidad del contrato.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria y Final del Reglamento de la Ley de



Contrataciones del Estado, las opiniones mediante las cuales el OSCE absuelve consultas de carácter general tienen carácter vinculante; en este sentido, de la Opinión No. 108-2012/DTN de la OSCE se desprende que, puede modificarse el precio de un contrato ejecutado bajo la modalidad de suma alzada siempre que las prestaciones adicionales resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato. Además, la referida Opinión menciona dos exigencias adicionales que deben cumplirse para efectos de validar la modificación del precio en un contrato ejecutado bajo la modalidad de suma alzada. La primera es que: *"(...) la Entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones si los planos y especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual, justamente, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato"*. La segunda consiste en que, la modificación de los planos y de las especificaciones técnicas no sea por causas imputables al contratista.

2.2.4 De los dispositivos legales y Opinión anteriormente citados se desprende que, si bien en los contratos celebrados bajo la modalidad de suma alzada el precio y el servicio acordado deben mantenerse fijo e invariable; también es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado y Opinión citada permiten modificar el precio acordado en el caso de prestaciones adicionales que fueran necesarias para lograr la finalidad del contrato, que se originen en la modificación de planos y de especificaciones técnicas durante la ejecución contractual y que no se originen en omisiones, culpa o negligencia del contratista.

2.2.5 Que en el presente caso ha quedado acreditado en el proceso arbitral lo siguiente:

i) que el Consorcio Cesel demandante, efectivamente, realizó mayores servicios de consultoría como consecuencia de la supervisión del Cambio – Berma de Estabilización del Rompeolas Sur en el marco del

Proyecto "Nuevo Terminal de Contenedores en el terminal Portuario del Callao – Zona Sur";

ii) que esos mayores servicios de consultoría se originaron en una Solicitud de Cambio del Expediente Técnico (respecto de la Berma de Estabilidad al Exterior del Rompeolas Sur) presentada por el Concesionario, DP World, a la Autoridad Portuaria Nacional, la misma que fue calificada por la Autoridad como **OBRA MAYOR** (según acredita la Carta No. 021-2011-APN, del 31 de marzo de 2011, que corre como Anexo No. 1-23 de la demanda);

iii) que la Cláusula Tercera de la Adenda No. 1 al Contrato de Concesión que corre como Anexo No. 1-E de la contestación de demanda define las Obras Mayores de la siguiente manera: *"Aquellas obras que por su alcance comprometen la estructura, la resistencia de materiales y/o los aspectos de arquitectura principal en una edificación (...)".* Lo que significa que, a criterio de la Autoridad Portuaria Nacional, el cambio en la Berma de Estabilidad del Rompeolas Sur solicitado era uno importante que comprometía la estructura de la edificación;

iv) que la referida solicitud de cambio del expediente técnico fue **APROBADA** por la Autoridad Portuaria Nacional según consta del Oficio No. 407-2011-APN, del 31 de marzo de 2011, que corre como Anexo No. 1-24 de la demanda;

v) En consecuencia, los mayores servicios de consultoría efectivamente prestados por el Consorcio demandante se originaron en un Cambio del Expediente Técnico solicitado por el Concesionario y aprobado por la Autoridad Portuaria Nacional como Obra Mayor; en tal sentido, los mismos fueron unos de envergadura, no imputables al Consorcio demandante dado que, no se originan en omisiones, culpa o negligencia del Consorcio demandante.


2.2.6 Adicionalmente debe mencionarse que, la Solicitud de Cambio de la Berma de Estabilidad al Exterior del Rompeolas Sur se produjo como

consecuencia de estudios posteriores efectuados por el Concesionario que establecieron que la estructura preexistente se encontraba en deficientes condiciones por lo que, por razones de seguridad, se consideró necesario para el logro de los fines del Contrato la realización de la misma y por ello fue aprobada por la Autoridad Portuaria Nacional.

Al respecto, la Autoridad Portuaria Nacional en el Oficio No. 407-2011-APN, del 31 de marzo de 2011 (que corre como Anexo No. 1-24 de la demanda), señala lo siguiente con relación a la necesidad de Ampliar el Ancho de la Berma Estabilizadora: *"Cabe manifestarle, que la presente Solicitud de Cambio responde a una actualización del Expediente Técnico aprobado por la APN, en su oportunidad, al estar vinculado el mismo con **las nuevas investigaciones geotécnicas desarrolladas en el lugar por DPWC**, y que han motivado optimizar el ancho de la berma, que está **destinado a mantener la estabilidad del rompeolas sur en el área comprometida con la Etapa 1 del proyecto "Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur"** (El resaltado es agregado).*

La referida Solicitud de Cambio de la Berma de Estabilidad tuvo por objeto Ampliar el Ancho de la Berma Estabilizadora de 10.00 m a 43.00, como efectivamente se realizó, razón por la que la Autoridad la consideró Obra Mayor.

En consecuencia si bien es cierto que, originalmente, el expediente técnico previo la existencia de la Berma con características distintas de las definitivas o finales; también es cierto que, en el presente caso se estuvo frente a un cambio poco significativo de metros de la misma, sino al incremento sustancial de más de 4 veces del Ancho de la Berma Estabilizadora, lo que importó, sin lugar a dudas, un mayor servicio de supervisión efectuado por el Consorcio demandante que amerita ser retribuido; en tal sentido, consideramos deberá declararse fundado este extremo de la demanda y como consecuencia de ello debe ordenarse el pago a favor de Consorcio Cesel de US\$ 331,958.78, más IGV, por



concepto de Mayores Servicios de Consultoría originados por la supervisión del Cambio Mayor – Berma de Estabilización del Rompeolas Sur.

2.3 Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

Conforme ha sido indicado anteriormente, la segunda pretensión principal de la demanda persigue se reconozca y ordene el pago al Consorcio Cesel de US\$279,055.66, más IGV, por los trabajos realizados en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur correspondiente al “Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur”.

En relación a esta pretensión, OSITRAN y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitaron al Tribunal el rechazo de la misma invocando, fundamentalmente, los siguientes argumentos: i) que el Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización no estuvo considerada en el Expediente Técnico original y, tampoco, se tramitó como solicitud de cambio; ii) que el propio Consorcio demandante ha reconocido en la página 5 numeral 2.9.1 de la demanda que, los trabajos realizados en dicha zona *“corresponden a obras que se encuentran fuera del área definida en nuestros alcances contractuales de Supervisión”*; iii) que el Concesionario efectuó los trabajos de Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización sin haber sido aprobado el Expediente Técnico por la Autoridad Portuaria Nacional y que OSITRAN informó al Consorcio demandante que no reconocería los mayores servicios prestados por tal concepto.

2.3.1 Que en relación a los argumentos de defensa invocados por OSITRAN debe tenerse presente que obra en el expediente arbitral la Adenda No. 1 al Contrato de Concesión, la misma que corre como Anexo No. 1-E de la contestación de demanda.

Dicha Adenda No. 1 fue suscrita por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Autoridad Portuaria Nacional y el

CONCESIONARIO. Además, de sunumeral 11 se desprende que, la misma fue previamente aprobada por OSITRAN mediante Acuerdo No. 1237-337-10-CD-OSITRAN, del 20 de enero de 2010.

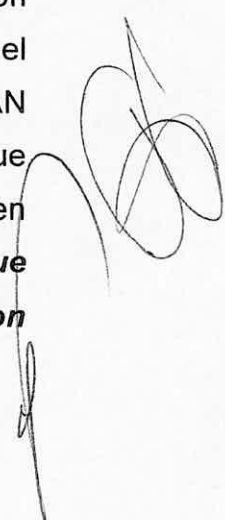
2.3.2 La referida Adenda contiene la modificación de la Cláusula 15.6 del Contrato de Concesión que establece lo siguiente: *"En caso el CONCESIONARIO decidiera desarrollar infraestructura adicional, las Partes acuerdan que el CONCESIONARIO deberá presentar a la APN, además de los requisitos establecidos en las cláusulas 15.6 a 15.9, los siguientes documentos (...). El procedimiento para su evaluación en lo que se refiere a los plazos y solución de controversias, se regulará conforme a lo establecido para la modificación de la Obra Mayor. **Corresponderá al REGULADOR directamente, o a través del Supervisor de Obras que designe, efectuar las acciones de supervisión que le competen durante el desarrollo de dicha infraestructura adicional. Los costos derivados de las actividades de supervisión no podrán exceder del seis por ciento (6%) del valor estimado y serán de cargo del CONCEDEnte**".* (El resaltado es agregado).

2.3.3 La citada Adenda contiene también la modificación de la Cláusula 6.6 del Contrato de Concesión referida a los efectos de la aprobación del Expediente Técnico y al procedimiento para la evaluación de la Obra Mayor indicando lo siguiente: *"Aprobado el Expediente Técnico se entenderá que el CONCESIONARIO cuenta con la autorización de la APN para la ejecución de las Obras, sin perjuicio de las demás licencias, permisos y/o autorizaciones que pudiera requerir el CONCESIONARIO (...). Si durante la ejecución de las Obras el CONESIONARIO considera que se debe realizar modificaciones al Expediente Técnico aprobado, deberá presentar a la APN, para su evaluación, su solicitud debidamente fundamentada (...). La APN dentro de los diez (10) días calendario de presentada la solicitud, deberá pronunciarse sobre la calificación indicada*

por el CONESIONARIO. Transcurrido dicho plazo sin que la APN haya formulado calificación, se entenderá aprobada la calificación propuesta”.

2.3.4 Corre también en el proceso arbitral el Oficio No. 2461-2010-GS-OSITRAN, del 14 de junio de 2010 (como Anexo No10-F de la contestación de la demanda), emitido por el Gerente de Supervisión de OSITRAN y visado por el Jefe de Puertos y Supervisor de Inversiones de OSITRAN en el que, contestando al pedido de suscripción de una Adenda al Contrato de Supervisión por los servicios adicionales de supervisión de la Zona 1-B OSITRAN manifestó lo siguiente: *“Sobre el particular, debemos precisar que **la suscripción de dicha Adenda de momento no es posible, por cuanto la Autoridad Portuaria Nacional, aún no ha aprobado el Expediente Técnico presentado por la empresa concesionaria, el mismo que contiene la solución de la estabilidad del rompeolas sur, solución que se ubica dentro de la zona denominada 1-B (...)** Debemos hacer de su conocimiento también, que tratándose de una Obra Nueva, no considerada en el Expediente Técnico original aprobado por la APN, los servicios adicionales de supervisión que viene generando, no cuentan con la disponibilidad presupuestal del concedente en la actualidad, por lo que en el caso de suscribirse una posible Adenda de ampliación de dichos servicios, será necesario solicitar dicha disponibilidad ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones”* (El resaltado es agregado).

2.3.5 Obra también en el proceso arbitral la Nota No. 939-10-GS-OSITRAN, del 01 de julio de 2010, en la que el Supervisor de Inversiones del Muelle Sur y el Jefe de Puertos, ambos de OSITRAN, informan de una reunión sostenida con asistencia de la Autoridad Portuaria (Concedente), el Concesionario, el Consorcio Supervisor (Supervisor) y OSITRAN (Regulador). Según se indica uno de los puntos de la agenda fue *“Presentación del Expediente Técnico de la denominada Zona 1-B”* y en relación a éste tema se indicó lo siguiente: ***“El Regulador manifestó que al haberse suscrito la Adenda N° 1 al contrato de concesión con***



fecha 11 de marzo 2010, se había dado las herramientas necesarias para la ejecución de obras adicionales no contempladas en el Expediente Técnico original, por tanto no entendía cómo es que han transcurrido más de cien (100) días sin que el Expediente Técnico de la nueva obra adicional de la "Zona 1-B" no haya sido presentada por el Concesionario. Advirtió que por esta razón se había iniciado un proceso administrativo sancionador al Concesionario, el mismo que se encuentra en trámite. Por otro lado el Regulador agregó que es importante que el Concedente exija la presentación del Expediente Técnico aludido al Concesionario, puesto que es su responsabilidad la aprobación de obras adicionales, según lo señala la Adenda N° 01 al contrato de concesión. Asimismo precisó que se encuentra a la espera de la aprobación de dicho Expediente Técnico para solicitar ante el MTC, la disponibilidad presupuestal que le permita pagar los servicios de supervisión, ya que la "Zona 1-B" se trata de un área que no está comprendida dentro de las metas que corresponden a la primera fase del proyecto. Por otro lado, tanto el Regulador como el Concedente y la Supervisión, coincidieron en señalar que así como el Concesionario exige celeridad en la emisión de informes de opinión, debe haber reciprocidad en el Concesionario para la presentación de los Expedientes Técnicos de Obras adicionales así como de solicitudes de cambio. Finalmente, el Concesionario se comprometió a presentar el Expediente técnico de la "Zona 1-B" antes del 21 de julio de 2010, fecha señalada como límite para la presentación del informe de opinión de la recepción de obras por parte del Regulador". (El resaltado es agregado).



- 2.3.6 Que corre en el expediente arbitral también la Carta No. 1074-2012-APN/GG, del 12 de julio de 2012 (Anexo No. 1-4Y de la demanda) mediante la cual el Gerente General de la Autoridad Portuaria Nacional informa al Concesionario, DP World Callao S.A., la Aprobación del Expediente Técnico del Relleno de la Zona 1B aledaña a la berma de estabilidad al exterior del Rompeolas Sur.

2.3.7 De los medios probatorios anteriormente indicados se desprende, entre otras consideraciones, las siguientes:

- i) que el numeral 15.6 del Contrato de Concesión (modificado por la Adenda No. 1) autoriza al Concesionario a desarrollar infraestructura adicional a la prevista en el Expediente Técnico original para lo cual el Concesionario debería presentar una solicitud a la Autoridad Portuaria Nacional, la misma que se tramitaría como Obra Mayor;
- ii) que el mismo numeral 15.6 del Contrato de Concesión (modificado por la Adenda No. 1) establece que, la infraestructura adicional que desarrolle el Concesionario deberá ser supervisada durante su desarrollo por el Supervisor, quien, por tal servicio, tendría derecho a percibir una retribución no superior a 6% del valor estimado de la misma correspondiéndole su pago al Concedente;
- iii) que el Supervisor de Inversiones del Muelle Sur de OSITRAN y el Jefe de Puertos de OSITRAN consideraron que, con la suscripción de la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, se aprobaron las herramientas necesarias para la ejecución de obras adicionales no contempladas en el Expediente Técnico original, como sería el caso del Relleno de la Zona 1B aledaña a la berma de estabilidad;
- iv). que en el marco del Contrato de Concesión (modificado por la Adenda No. 1) el Concesionario consideró desarrollar una infraestructura adicional u obra nueva consistente en el Relleno de la Zona 1B aledaña a la berma de estabilidad con la finalidad de consolidar la estabilidad del Rompeolas Sur e incrementar la extensión del patio de contenedores; que de conformidad con lo previsto en el referido numeral 15.6 del Contrato, dicha obra correspondía ser supervisada por el Consorcio demandante y dicho servicio de supervisión retribuido en los términos señalados en el mismo numeral;
- v) de lo anteriormente expuesto se desprende que la ejecución de la nueva obra Relleno de la Zona 1B aledaña a la berma de estabilidad al exterior del Rompeolas Sur estaba prevista en el Contrato de Concesión,

al igual que la labor de supervisión que le correspondía efectuar al Consorcio demandante, así como el pago de una retribución adicional que le correspondía percibir por los servicios adicionales prestados. En dicho contexto se entienden y se explican los términos del Oficio No. 2461-2010-GS-OSITRAN, del 14 de junio de 2010, del Gerente de Supervisión de OSITRAN en el que, lejos de negarse a pagar al Consorcio demandante los mayores servicios prestados derivados de la supervisión del Relleno de la Zona 1B, OSITRAN manifiesta que, de momento, no es posible el pago de dichos mayores servicios porque aún no se ha aprobado el Expediente Técnico correspondiente, indicándole al Consorcio que tratándose de una Obra Nueva era necesario previamente solicitar disponibilidad al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Adicionalmente, en el referido Oficio la propia OSITRAN reconoce que se habrían generado servicios adicionales pues indica: *"Debemos hacer de su conocimiento también, que tratándose de una Obra Nueva, no considerada en el Expediente Técnico original aprobado por la APN, los servicios adicionales de supervisión que viene generando, no cuentan con la disponibilidad presupuestal del concedente en la actualidad, por lo que en el caso de suscribirse una posible Adenda de ampliación de dichos servicios, será necesario solicitar dicha disponibilidad ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones"* (El resaltado es agregado). Dicha afirmación está ratificada con lo expuesto en la Nota No. 939-10-GS-OSITRAN por el Supervisor de Inversiones del Muelle Sur y el Jefe de Puertos, ambos de OSITRAN, quienes informaron que: *"Por otro lado el Regulador agregó que es importante que el Concedente exija la presentación del Expediente Técnico aludido al Concesionario, puesto que es su responsabilidad la aprobación de obras adicionales, según lo señala la Adenda N° 01 al contrato de concesión. Asimismo precisó que se encuentra a la espera de la aprobación de dicho Expediente Técnico para solicitar ante el MTC, la disponibilidad presupuestal que le permita pagar los servicios de*



supervisión, ya que la "Zona 1-B" se trata de un área que no está comprendida dentro de las metas que corresponden a la primera fase del proyecto".

vi) está probado en el proceso que la Autoridad Portuaria Nacional aprobó el Expediente Técnico del Relleno de la Zona 1B aledaña a la berma de estabilidad al exterior del Rompeolas Sur lo que significa que, en aplicación del numeral 6.6 del Contrato de Concesión (modificado por la Adenda No. 1) que el Concesionario contó, posteriormente, con la autorización de la Autoridad Portuaria Nacional para la ejecución de las obras

vii) queda pendiente de determinar si el hecho que el Concesionario hubiera ejecutado el Relleno de la Zona 1B sin que, previamente, hubiera existido expediente técnico aprobado -aun cuando, posteriormente, lo hubiera sido-, es motivo válido para el no pago de los mayores servicios prestados por la supervisión del referido Relleno de la Zona 1B.

Al respecto, consideramos que, el hecho que el Expediente Técnico hubiera sido aprobado posteriormente no enerva el derecho del Consorcio demandante de percibir una contraprestación por los mayores servicios realmente prestados, conforme se infiere del Oficio No. 2461-2010-GS-OSITRAN y de la Nota No. 939-10-GS-OSITRAN, por cuanto, las obras ejecutadas requerían efectivamente de una supervisión de las mismas que correspondía realizar al Consorcio demandante, hecho que se ve subsanado con la posterior aprobación del expediente técnico; que, adicionalmente, la demora en la aprobación del Expediente Técnico no es un hecho imputable al Consorcio demandante dado que a él no le correspondía presentarlo, ni aprobarlo; en tal sentido, no es procedente que sufra las consecuencias desfavorables de una omisión que no le es imputable. Por último, lo anteriormente expuesto en nada enerva o libera de la responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria en que pudiera haber incurrido el Concesionario por ejecutar la obra sin previamente tener el expediente técnico aprobado (y viceversa, las sanciones que el

Concesionario pueda haber recibido por la misma razón tampoco afectan el derecho del demandante a percibir la contraprestación por los servicios efectivamente prestados); en consecuencia, en virtud de las consideraciones anteriormente expuestas consideramos deberá declararse fundada la segunda pretensión principal de la demanda y ordenar el pago al Consorcio Cesel de US\$279,055.66, más IGV, por los trabajos realizados en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur.

2.4 Pretensiones Subordinadas y Alternativa

La demanda interpuesta por el Consorcio demandante contiene, además, dos pretensiones subordinadas a la primera y segunda pretensiones principales y una alternativa también respecto de la primera y segunda pretensiones principales.

En relación a las pretensiones subordinadas procedería que el Tribunal se pronuncie con relación a ellas sólo en caso se hubiera desestimado la primera y segunda pretensiones principales que, conforme ha sido indicado en las considerandos anteriores el Tribunal considera que, la primera y segunda pretensiones son fundadas; en tal sentido se abstiene de pronunciarse respecto de las pretensiones subordinadas.

En relación a la denominada pretensión alternativa propuesta, ésta deviene también en infundada por cuanto, conforme se desprende del numeral 1.1.4 de la demanda dicha pretensión alternativa se plantea en caso el Tribunal declare infundadas la primera y segunda pretensiones principales supuesto que, conforme ha sido indicado, no se da en el caso de autos.

2.5 Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

El Consorcio demandante plantea como tercera pretensión principal de su demanda que se reconozca y apruebe el pago de US\$ 20,000.00 más IGV, a su favor, por concepto de indemnización correspondiente al daño

emergente que afirma se le habría generado por el mantenimiento prolongado de las cartas fianzas bancarias; que al respecto, la pretensión de indemnización persigue la reparación o el resarcimiento del daño efectivamente causado y debidamente acreditado en el proceso. Que el Consorcio demandante alega que, se le ha causado un perjuicio por no haberse aprobado la liquidación final del contrato en su oportunidad.

Que de acuerdo a ley el Consorcio demandante soporta la carga de probar la existencia y cuantía de los referidos daños reclamados y es quien debe sufrir los efectos o consecuencias en caso inobservarse su carga; que en relación a este extremo de la demanda el Tribunal considera que la prueba aportada por el Consorcio demandante no acredita fehacientemente la existencia de los daños y perjuicios reclamados por lo que en este Tribunal es de opinión de declarar infundado este extremo de la demanda por improbadó;

2.6 Cuarta Pretensión Principal.

Que el Tribunal Arbitral apruebe la Liquidación Final de los Servicios de Supervisión de la Obra del Contrato de fecha 14 de marzo de 2008 y del Contrato No. 0010-08-OSITRAN con un saldo a su favor de US\$ 633,171.50 dólares americanos, más IGV; al respecto, conforme se desprende de las consideraciones anteriores el Tribunal ha considerado que debe declararse fundada la primera y segunda pretensiones principales ordenándose el pago a favor del Consorcio demandante de las sumas de US\$ 331,958.78, más IGV y US\$ 279,055.66, más IGV; que adicionalmente, OSITRAN ha reconocido un adicional a favor del Consorcio demandante de US\$ 19,871.99 más IGV y por último, el Consorcio demandante ha reconocido el Deductivo No. 1 por US\$ 91,651.79, más IGV; como consecuencia de lo cual procede que el Tribunal Arbitral apruebe como Liquidación Final de los Servicios de Supervisión de la Obra del Contrato de fecha 14 de marzo de 2008 y del

Contrato No. 0010-08-OSITRAN por la suma de US\$ 539,234.64 dólares americanos, más IGV, a favor del Consorcio demandante.

2.7 Pretensión Accesorio

Que el Consorcio demandante plantea como pretensiones accesorias el pago del interés legal devengado y, adicionalmente, el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Que en relación a la primera pretensión accesorio referida al pago del interés legal devengado por los mayores servicios de consultoría ordenados pagar por la supervisión de la ampliación de la berma de estabilización y del relleno de la Zona 1B el Tribunal considera que, en aplicación de lo dispuesto por el 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde reconocer al Consorcio demandante el pago del interés legal correspondiente; sin embargo, considera sin sustento la pretensión del Consorcio de que dichos intereses se liquiden desde el 01 de diciembre de 2011, teniendo en consideración que la Autoridad Portuaria Nacional recién aprobó el Expediente Técnico del Relleno de la Zona 1B mediante Carta No. 1074-2012-APN/GG, del 12 de julio de 2012; en tal sentido, el Tribunal considera que el interés legal a pagarse por los mayores servicios de supervisión reclamados en la primera y segunda pretensión principal de la demanda deberán correr a partir de la fecha de notificación a la entidad demandada con la petición de arbitraje que origino el presente proceso;

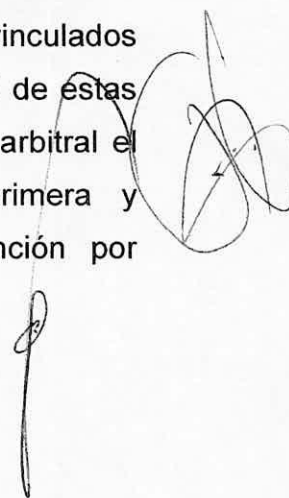
Que en lo referido al pago de las costas y costos del proceso reclamados como pretensión accesorio de la demanda el Tribunal considera que, si bien es cierto está declarando fundada la primera y segunda pretensión principal de la demanda y fundada, en parte, la cuarta pretensión principal; también es cierto que, el Tribunal está rechazando la tercera pretensión principal y pretensiones alternativas propuestas en la demanda; en tal sentido, teniendo presente adicionalmente que OSITRAN tuvo consideraciones para seguir el presente proceso, el Tribunal es de

opinión que ambas partes deben asumir las costas y costos procesales en que cada una hubiera incurrido; en tal sentido corresponde declarar infundado este extremo de la demanda.

2.8 Reconvención.

La reconvención planteada por OSITRAN contiene dos pretensiones principales que son: i) Primera que se declare la aprobación de la Liquidación Final conforme al Contrato suscrito por las partes, el cual arroja un saldo ascendente a US\$ 83,914.97 más intereses legales; ii) Segunda que se ordene el pago de US \$ 83,914.97 más intereses legales a cargo de Consorcio Cesel a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Que estando a las consideraciones anteriormente expuestas en los numerales 2.2 y 2.3 del presente Laudo y, en específico, la indicada en el numeral 2.6, el Tribunal expresa que dado que está declarando fundada la primera y segunda pretensiones principales de la demanda y, como consecuencia de ello, ordenando el pago a favor del Consorcio demandante de las sumas de US\$ 331,958.78, más IGV y US\$ 279,055.66, más IGV, por razón de mayores servicios de consultoría efectivamente prestados por la supervisión del Cambio Mayor – Berma de Estabilización del Rompeolas Sur y por el Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur en el marco del Proyecto “Nuevo Terminal de Contenedores en el terminal Portuario del Callao – Zona Sur”; y siendo que éstos extremos están estrechamente vinculados con los que son objeto de la reconvención planteada; en virtud de estas consideraciones y las demás expuestas en el presente laudo arbitral el Tribunal concluye que debe declararse infundadas la primera y segunda pretensiones principales planteadas en la reconvención por OSITRAN

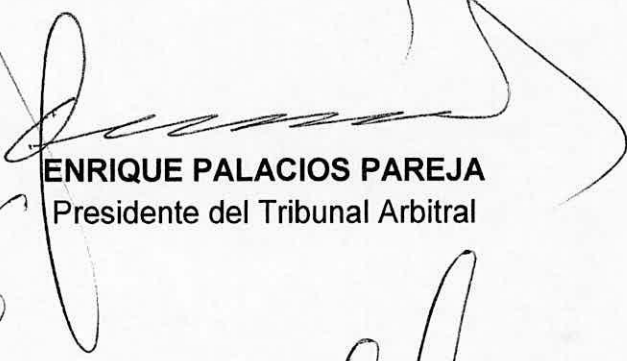


3.- PARTE RESOLUTIVA.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas el Tribunal Arbitral RESUELVE lo siguiente:

- 3.1 Declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda y en consecuencia se reconoce y aprueba el pago a favor del Consorcio Cesel S.A. – NipponKoei Co. Ltd. de US\$ 331,958.78, más IGV, por concepto de Mayores Servicios de Consultoría en relación a la ampliación de la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur;
- 3.2 Declarar fundada la segunda pretensión principal de la demanda y en consecuencia se reconoce y aprueba el pago a favor del Consorcio Cesel S.A. – NipponKoei Co. Ltd. de US\$ 279,055.66, más IGV, por concepto de Mayores Servicios de Consultoría en relación al Relleno de la Zona 1-B adyacente a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur;
- 3.3 Declarar infundada la tercera pretensión principal de la demanda que perseguía el pago de US\$ 20,000.00, más IGV, por concepto de indemnización de daños y perjuicios;
- 3.4 Declarar fundada en parte la cuarta pretensión principal de la demanda y apruébese la Liquidación Final de los Servicios de Supervisión de la Obra del Contrato de fecha 14 de marzo de 2008 y del Contrato No. 0010-08-OSITRAN con un saldo a favor del Consorcio Cesel S.A. – NipponKoei Co. Ltd. de US\$ 539,234.64 dólares americanos, más IGV;
- 3.5 Declarar que el Tribunal se abstiene de pronunciarse respecto de las pretensiones subordinadas a la primera y segunda pretensiones principales de la demanda;
- 3.6 Declarar infundada la pretensión alternativa contenida en la demanda;
- 3.7 Declarar fundada en parte la primera pretensión accesoria de la demanda disponiéndose que el interés legal a pagarse por los mayores servicios de supervisión reclamados en la primera y segunda pretensión principal de la demanda deberán correr a partir de la fecha de notificación a la entidad demandada con la petición de arbitraje que origino el presente proceso;

- 8
- 3.8 Declarar infundada la segunda pretensión accesoria de la demanda disponiéndose que cada parte debe asumir las costas y costos procesales en que cada una hubiera incurrido;
- 3.9 Declarar infundadas la primera y segunda pretensiones principales planteadas en la reconvención;



ENRIQUE PALACIOS PAREJA
Presidente del Tribunal Arbitral



JAVIER VILLA GARCÍA VARGAS
Árbitro



MARCO GÁLVEZ DÍAZ
Secretaria Arbitral

2014 MZO 20 PM 1 59

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

Caso Arbitral N° 2373-2012-CCL

Resolución N° 20

Lima, 18 de marzo de 2014

Al escrito presentado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (en adelante “OSITRAN”) el 19 de febrero de 2014, por el cual solicita la interpretación y rectificación del Laudo Arbitral de fecha 28 de enero de 2014.

Al escrito presentado por el Procurador del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y sus Proyectos Especiales (en adelante, “el Ministerio”) el 21 de febrero de 2014 por el cual solicita la rectificación, interpretación y exclusión del Laudo Arbitral.

A los escritos presentados por Consorcio Cesel S.A. – Nipón Koei Co. Ltd. (en adelante “Cesel”) El 12 de marzo de 2014, por el cual absuelve las solicitudes planteadas por OSITRAN y el Ministerio.

Considerando:

1. Mediante Resolución No. 17 de fecha 28 de enero de 2014, el Tribunal Arbitral, en mayoría, emitió el Laudo Arbitral de Derecho, el cual fue notificado a OSITRAN el 5 de febrero de 2014.
2. Por escrito de fecha 19 de febrero de 2014, OSITRAN solicitó la interpretación y rectificación del Laudo Arbitral.
3. Por escrito de fecha 21 de febrero de 2014, el Ministerio solicitó la rectificación, interpretación y exclusión del Laudo Arbitral.
4. Mediante Resolución No. 19 de fecha 24 de enero de 2014, notificada a las partes el 26 de febrero de 2014, el Tribunal Arbitral otorgó a Cesel un plazo de

diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de dicha resolución, para que exprese lo que considere conveniente a su derecho, respecto de la solicitud de interpretación y rectificación del Laudo Arbitral, presentada por OSITRAN y de la solicitud de rectificación, interpretación y exclusión del Laudo Arbitral presentada por el Ministerio.

5. Por escrito de fecha 12 de marzo de 2014, Cesel cumplió con absolver la solicitud de interpretación y rectificación del Laudo Arbitral presentada por OSITRAN y la solicitud de rectificación, interpretación y exclusión del Laudo Arbitral presentada por el Ministerio.
6. Al respecto, en el numeral 2° del artículo 59° del Reglamento del Centro de la Cámara de Comercio de Lima, se señala que:

"(...) El Tribunal Arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por diez (10) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, dicho colegiado resolverá la solicitud en un plazo de diez (10) días. Este plazo puede ser prorrogado a iniciativa del Tribunal Arbitral por diez (10) días adicionales (...)"

7. En tal sentido, atendiendo a los considerandos precedentes, corresponde que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre las solicitudes de interpretación, rectificación y exclusión del Laudo que han sido planteadas.

Sobre la solicitud de interpretación del Laudo presentada por OSITRAN:

8. OSITRAN solicitó la interpretación del Laudo Arbitral señalando lo siguiente:
 - a. Primera solicitud de interpretación: Solicita que se aclare porqué se señala que la Adenda No. 1 al Contrato de Supervisión está referida a las optimizaciones del expediente técnico.
 - b. Segunda solicitud de interpretación: Señala que en el Laudo se consideró que la Berma es un adicional por el sólo hecho que se amplió el metraje de su construcción, y en tanto la obra no afecta la meta inicial (la Obra de la Concesión), y que las propias partes acordaron que a pesar de ello el monto contractual de la supervisión se mantendría, pregunta Ositran en qué

se ha basado el Tribunal Arbitral para concluir que corresponde un pago al Supervisor fuera del propio contrato.

- c. Tercera solicitud de interpretación: Solicita se determine cuál es la importancia de que la obra de la berma de estabilización sea declarada como solicitud de cambio, en tanto el Laudo Arbitral no se ha referido respecto de dicho extremo, llevando a una confusión de la terminología técnica empleada.
 - d. Cuarta solicitud de interpretación: Solicita que el Tribunal Arbitral establezca la diferencia entre una solicitud de cambio de Obra Mayor y uno de Obra Menor, en tanto, de acuerdo a OSITRAN, el Tribunal pondera la primera acepción como si su envergadura implicara un servicio adicional de supervisión.
 - e. Quinta solicitud de interpretación: Solicita que se señale si existe diferencia entre una solicitud de cambio y un adicional, en tanto considera que éstos términos inciden directamente en el servicio de supervisión prestado por Cesel, tanto que se ha reconocido un pago a su favor.
 - f. Sexta solicitud de interpretación: Solicita que se precise la importancia de contar con el expediente técnico de la obra para que se pueda realizar una adecuada supervisión.
 - g. Séptima solicitud de interpretación: Solicita que se aclare cuál es el medio probatorio que determinó que el Tribunal Arbitral establezca que tal supervisión fue realizada si, de acuerdo a OSITRAN, el Supervisor nunca informó sobre su ejecución teniendo como base el expediente técnico.
9. El numeral 1°, inciso b) del artículo 59° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima – el cual concuerda con lo establecido en el Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje) - el cual establece lo siguiente:

Artículo 59°.-

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar al Tribunal Arbitral:

(...)

b. La interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. (Resaltado nuestro)

10. Al respecto, ARAMBURÚ señala que:

*“Es pues, mediante la interpretación del laudo que el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección del laudo, **la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto.**”¹ (Resaltado nuestro)*

11. De lo expuesto, podemos concluir que la solicitud de interpretación de Laudo Arbitral no puede ser utilizada con la finalidad de impugnarlo o para reabrir discusiones terminológicas, de valoración de pruebas o determinación de hechos, ya que ello implicaría un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral y, por tanto, una posible modificación del contenido del mismo.

El recurso de interpretación, como bien señala la norma, se invoca únicamente para aclarar cualquier duda o concepto ambiguo, dudoso u oscuro de la parte decisoria de laudo o que influya en la determinación de los alcances de la ejecución del laudo, que sea necesario esclarecer a fin de entender con exactitud los alcances o extensión (objetiva o subjetiva) del Laudo Arbitral.

12. El Tribunal aprecia con claridad que el pedido formulado por OSITRAN no busca la aclaración de conceptos oscuros, imprecisos o dudosos contenidos en la parte resolutoria del laudo o en alguno de los fundamentos de la parte considerativa que determinen los alcances de la ejecución del Laudo. Lo que OSITRAN busca es que el Tribunal responda a preguntas relacionadas con el análisis efectuado en el laudo respecto a interpretaciones jurídicas y técnicas, valoración de pruebas y calificación de hechos; extremos que no se encuentran dentro de la parte resolutoria ni influyen en la determinación de los alcances de la ejecución.

¹ Aramburú, Manuel. En: “Comentarios a La Ley Peruana de Arbitraje”. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA. 2011. Pág. 664.

13. Amparar el pedido formulado por OSITRAN desnaturalizaría la figura de la interpretación, en tanto la respuesta al mismo no determinará, en absoluto, el alcance subjetivo de la ejecución del laudo (definiendo respecto a quienes son los sujetos que deben realizar el pago), ni objetivo (respecto de la forma, el modo o el lugar en el cual deben hacerse los pagos).

14. Por tales motivos, este colegiado considera que corresponde declarar improcedente la solicitud de interpretación realizada por OSITRAN.

Sobre la solicitud de rectificación del Laudo presentada por OSITRAN

15. De otro lado, OSITRAN busca la rectificación del Laudo Arbitral respecto de los siguientes puntos:

- a. Primera solicitud de rectificación: Solicita se rectifique el punto 3.2 de la Parte Resolutiva del Laudo que señala:

"3.2 Declarar fundada la segunda pretensión principal de la demanda y en consecuencia se reconoce y aprueba el pago a favor del Consorcio Cesel S.A. – Nipón Koei Co. Ltd. De US\$ 279,055.66, más IGV por concepto de mayores servicios de consultoría en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur"

Para que diga:

"3.2 Declarar fundada la segunda pretensión principal de la demanda y en consecuencia se reconoce y aprueba el pago a favor del Consorcio Cesel S.A. – Nipón Koei Co. Ltd. De US\$ 279,055.66, más IGV por los trabajos realizados en relación al Relleno de la Zona 1-B aledaña a la Berma de Estabilización del Rompeolas Sur"

- b. Segunda solicitud de rectificación: Solicita la rectificación del punto 4 de los antecedentes que señala lo siguiente:

"4. Posteriormente, con fecha 18 de septiembre de 2013, se suscribió la Adenda No. 1 al Contrato de Supervisión (...)"

Para que diga:

"4. Posteriormente, con fecha 18 de septiembre de 2009, se suscribió la Adenda No. 1 al Contrato de Supervisión (...)"

- c. Tercera solicitud de rectificación: Solicita la rectificación del punto 33 de los antecedentes que señala:

"33. El 24 de julio de 2013, tanto OSIPTEL como Consorcio Cesel presentaron escritos desarrollando sus alegatos (...)"

Para que diga:

"33. El 24 de julio de 2013, tanto OSITRAN como Consorcio Cesel presentaron escritos desarrollando sus alegatos (...)"

- d. Cuarta solicitud de rectificación: Solicita la rectificación del punto 34 de los antecedentes que señala:

"34. Posteriormente, el 28 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de OSIPTEL, y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (...)"

Para que diga:

"34. Posteriormente, el 28 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de OSITRAN, y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (...)"

16. El numeral 1°, inciso a) del artículo 59° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima concuerda con lo establecido en el Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje) - el cual establece lo siguiente:

Artículo 59°.-

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar al Tribunal Arbitral:

a. La rectificación **de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico, informático o de naturaleza similar.** (Resaltado nuestro)
(...)

17. Respecto de la rectificación del laudo, ARAMBURÚ ha señalado que:

*"Es importante considerar que con la rectificación del laudo, **no cabe la modificación de la decisión en cuanto al fondo de la misma, únicamente cabe, como hemos dicho, corregir algún error formal o material**"*² (Resaltado nuestro)

18. En la misma línea, CANTUARIAS señala que:

*"La rectificación o corrección de un laudo arbitral **procede únicamente cuando se han cometido errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar. No cabe utilizar este remedio para alterar el contenido de la decisión**"*³ (Resaltado nuestro)

19. Como podemos ver, si bien la norma establece la posibilidad de rectificación de algunos conceptos contenidos en el Laudo Arbitral, el contenido de dicho artículo debe ser interpretado de manera restrictiva, debiéndose amparar únicamente aquellas solicitudes que busquen una corrección respecto de aspectos formales referentes a aquellos términos que hayan sido incluidos de manera errónea dentro del Laudo.

20. Respecto de la primera solicitud de rectificación, el Tribunal considera que no corresponde amparar dicho pedido, en tanto no nos encontramos ante un error de cálculo, de transcripción o informático en el Laudo. Dicho fraseo fue incluido por el colegiado para establecer de forma más precisa los trabajos que sustentan la pretensión y que deben ser objeto del pago conforme a lo establecido en la parte resolutive del Laudo Arbitral.

² Idem. Pág. 665.

³ Cantuarias Salaverry, Fernando. "Arbitraje Comercial y de Inversiones". Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2008. Pág. 148.



21. Respecto de las demás solicitudes, el Tribunal considera que deben ser admitidas, en tanto se trata, a todas luces, de errores mecanográficos en la redacción del Laudo.
22. Por tales motivos, corresponde declarar improcedente la primera solicitud de rectificación de Laudo Arbitral planteada por OSITRAN y procedente la segunda, tercera y cuarta solicitud de rectificación de Laudo Arbitral, por lo que los puntos 4, 33 y 34 de los antecedentes del Laudo deben ser entendidos, respectivamente, de la siguiente manera:
- a. *"4. Posteriormente, con fecha 18 de septiembre de 2009, se suscribió la Adenda No. 1 al Contrato de Supervisión (...)"*
 - b. *"33. El 24 de julio de 2013, tanto OSITRAN como Consorcio Cesel presentaron escritos desarrollando sus alegatos (...)"*
 - c. *"34. Posteriormente, el 28 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de OSITRAN, y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (...)"*

Sobre la solicitud de rectificación del Ministerio

23. El Ministerio solicita la rectificación del Laudo Arbitral señalando que el Tribunal Arbitral ha confundido en los numerales 33 y 34 al organismo regulador OSITRAN por el regulador OSIPTEL.
24. Sobre este punto, nos remitimos a lo señalado en los puntos 17 a 22 de la presente Resolución. Por lo que corresponde declarar procedente la solicitud de rectificación planteada por el Ministerio.

Sobre la solicitud de interpretación del Ministerio

25. Sobre este punto, el Ministerio solicitó la interpretación del Laudo Arbitral señalando lo siguiente:
- a. Primera solicitud de interpretación: Solicita que se esclarezca cómo se debe entender la decisión que declara fundada una petición de reconocimiento a

favor de Cesel por un concepto de mayores servicios de consultoría cuando el Contrato señala que el valor final no puede ser alterado o modificado.

- b. Segunda solicitud de interpretación: Solicita que se den las razones utilizadas para el análisis respecto a la adenda que facilita el reconocimiento de servicios adicionales que no están debidamente establecidos en el expediente técnico.
- c. Tercera solicitud de integración: Solicita que el Tribunal de las razones de la motivación insuficiente del análisis efectuado en Laudo respecto a la adenda que faculta el reconocimiento de servicios adicionales que no están debidamente establecidos en el expediente técnico.

26. Respecto al alcance de las solicitudes de interpretación que se pueden presentar luego de emitido un Laudo Arbitral, nos remitimos a lo señalado por el Tribunal en los considerandos 9 a 11 de la presente Resolución.

27. Ante ello, el Tribunal considera que las solicitudes presentadas por el Ministerio, al igual que las de OSITRAN, no pretenden que la aclaración respecto de términos oscuros, imprecisos o dudosos contenidos en el Laudo.

El Tribunal considera que el pedido formulado por el Ministerio busca que este colegiado vuelva a realizar un análisis del caso, en tanto se aprecia que lo que la entidad hace, en el fondo, es presentar nuevamente argumentos para que el Tribunal vuelva a analizarlos y, de ser posible, modificar su fallo.

28. En virtud de lo expuesto, el Tribunal considera que estamos ante una reconsideración de los fundamentos expuestos en el Laudo que implicarían, incluso, una impugnación de lo dispuesto por este colegiado, lo cual se es claramente improcedente.

29. Este Tribunal Arbitral advierte que en ningún extremo del escrito presentado se propone o indica cuál es el extremo dudoso o ambiguo que deba ser materia de aclaración por el presente Tribunal.

Así, el Ministerio busca cuestionar fundamentos del Laudo que no resultan oscuros, imprecisos o dudosos, toda vez que han sido abordados indicando los

fundamentos y medios probatorios ofrecidos por las partes a lo largo del presente arbitraje.

30. Por tales motivos, este colegiado considera que corresponde declarar improcedentes la solicitud de interpretación realizada por el Ministerio.

Sobre la solicitud de integración del Ministerio

31. Asimismo, el Ministerio solicitó la integración del Laudo Arbitral solicitando que se establezcan las razones de la supuesta motivación insuficiente del Laudo respecto del reconocimiento de servicios adicionales que no están establecidos en el expediente técnico.
32. En relación a la solicitud de integración del Laudo, debemos referirnos a lo dispuesto por el numeral 1°, inciso c) del artículo 59° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima – el cual concuerda con lo establecido en el Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje) - que establece lo siguiente:

Artículo 59°.-

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar al Tribunal Arbitral:

(...)

c. La integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral.

33. Respecto de la integración de Laudo Arbitral, VIDAL señala que tiene como objetivo *“salvar las omisiones en que pueda haber incurrido el laudo al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia”*⁴. En la misma línea, ARAMBURÚ señala que:

“Ahora bien, mediante la integración del laudo no puede pretenderse que el tribunal arbitral se pronuncie sobre todos aquellos temas que pueden haber sido tratados en el arbitraje, ya que no necesariamente al

⁴ Vidal, Fernando. “Manual de Derecho Arbitral”. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. Pág. 135.

abordarse todos los temas en el laudos, se resuelve la controversia; ni para resolverla se requiere necesariamente analizar todos y cada uno de los temas discutidos. Lo que se busca cuando se solicita la integración del laudo es evitar que queden pendientes de resolver temas que se solicitaron al tribunal que resuelva, puesto que la intención de las partes al momento que encargaron a los árbitros resolver su controversia es justamente que toda ella quede resuelta y no que lo hagan de manera parcial o incompleta”⁵

34. Así, la solicitud de integración del Laudo busca salvar las omisiones dentro del mismo debido a que no se resolvieron alguno o algunos de los puntos que debieron ser resueltos en éste.
35. Sin embargo, el pedido formulado por el Ministerio no tiene como finalidad que el Tribunal resuelva algún punto que no fue materia de pronunciamiento en el Laudo, sino que busca que se esclarezca la supuesta “motivación insuficiente” contenida en dicho pronunciamiento, pedido que escapa de la naturaleza de la solicitud de integración.
36. Debemos tener en cuenta, además, que en ninguno de los acápites de la solicitud presentada por el Ministerio se menciona que este Tribunal no se haya pronunciado respecto de alguno de los puntos materia de controversia, siendo aún más claro que la solicitud de integración no tiene asidero alguno.
37. Por tales motivos, este colegiado considera que corresponde declarar improcedente la solicitud de integración realizada por el Ministerio.

Sobre la solicitud de exclusión del Ministerio

38. Por último, el Ministerio solicita la exclusión del Laudo Arbitral. Dicha solicitud se encuentra regulada en el numeral 1°, inciso d) del artículo 59° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima – el cual concuerda con lo establecido en el Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje) - que establece lo siguiente:

⁵ Ídem. Pág. 666.

Artículo 59°.-

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar al Tribunal Arbitral:

(...)

d. La exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

39. En ninguno de los fundamentos del escrito presentado por el Ministerio se hace referencia a la existencia de algún punto del Laudo respecto del cual el Tribunal haya excedido sus facultades, al pronunciarse sobre algún extremo que no fue materia de conocimiento por las partes.

40. Por tal motivo, este colegiado considera que corresponde declarar improcedente la solicitud de integración realizada por el Ministerio.

Sobre la causal de anulación del laudo arbitral

41. El Ministerio señala que el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal contiene una causal de anulación debido a que la entidad no pudo elegir a un árbitro para que componga el Tribunal Arbitral, a pesar de haber sido incorporados al proceso como tercero coadyudante.

42. De acuerdo con el artículo 97° del Código Procesal Civil - norma de carácter supletorio en tanto ni el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima ni la Ley de Arbitraje contienen regulación expresa sobre la materia – los terceros coadyudantes son:

Artículo 97.- *Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella.*

Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia.

El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido.

43. De esta manera, la norma establece que los terceros coadyudantes no son propiamente una parte procesal, por lo que no podrían tener, en absoluto, el derecho a elegir a un árbitro para la conformación del Tribunal Arbitral. Respecto de ello, el artículo 26° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece que el Tribunal Arbitral se conforma por los árbitros elegidos por las partes y por el Presidente elegido por los árbitros.
44. Cabe recordar que la inclusión del Ministerio como tercero coadyuvante en el presente proceso se dio debido a que éste podría verse afectado de manera indirecta por el fallo contenido en el Laudo Arbitral y no porque haya sido una de los firmantes del Contrato y, por ende, una parte en el proceso. Llama la atención del Tribunal que el Ministerio – en contraposición a lo dispuesto en el artículo 38° del decreto Legislativo N° 1071 - no haya alegado esta supuesta afectación con anterioridad, esperando hacerlo luego de que es notificado con el Laudo que le es desfavorable.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar improcedente la solicitud de interpretación presentada por OSITRAN mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2014.

SEGUNDO.- Declarar improcedente la solicitud de rectificación presentada por OSITRAN mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2014 respecto del punto 3.2 de la Parte Resolutiva del Laudo.

TERCERO.- Declarar improcedente la solicitud de interpretación presentada por el Ministerio mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2014.

CUARTO.- Declarar improcedente la solicitud de integración presentada por el Ministerio mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2014.

QUINTO.- Declarar improcedente la solicitud de exclusión presentada por el Ministerio mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2014.

SEXTO.- Declarar procedente la solicitud de rectificación presentada por OSITRAN mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2014 y la solicitud de rectificación presentada por el Ministerio mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2014, respecto de los puntos 4, 33 y 34 de los antecedentes del Laudo.

Así, se rectifica el punto 4 de los antecedentes, debiendo decir:

"4. Posteriormente, con fecha 18 de septiembre de 2009, se suscribió la Adenda No. 1 al Contrato de Supervisión (...)"

Igualmente, se rectifica el punto 33 de los antecedentes, debiendo decir:

"33. El 24 de julio de 2013, tanto OSITRAN como Consorcio Cesel presentaron escritos desarrollando sus alegatos (...)"

Por último, se rectifica el punto 34 de los antecedentes, debiendo decir:

"34. Posteriormente, el 28 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de OSITRAN, y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (...)"

Notifíquese a las partes con la presente Resolución.



ENRIQUE PALACIOS PAREJA
Presidente del Tribunal Arbitral

JAVIER VILLA GARCÍA VARGAS
Árbitro