

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO SUPERVISOR AUTOPISTA EL SOL VS ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO - OSITRAN

TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR
EL ABOGADO LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA,
E INTEGRADO POR LOS ABOGADOS RÓMULO MARTÍN MORALES HERVIAS Y
PATRICK HURTADO TUEROS

RESOLUCIÓN N° 40

Lima, 2 de noviembre del año 2015.-

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 3 de mayo de 2011 el Consorcio Supervisor Autopista El Sol (en adelante, CONSORCIO SUPERVISOR) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (en adelante, OSITRAN) suscribieron el Contrato No. 013-11-OSITRAN (en adelante, el CONTRATO) con el objeto que la primera preste la supervisión de la ejecución de obras de construcción y atención de emergencias viales del tramo vial – Trujillo – Sullana, que incluye las obras de desempate.

La Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO establece lo siguiente:

"15.1 Por la presente Cláusula, las Partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente Contrato, será resuelta por los mecanismos alternativos de solución de controversias o de manera definitiva mediante arbitraje de derecho conforme a las disposiciones establecidas en la Ley General de Arbitraje y Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

15.2 El arbitraje será resuelto por tres (3) árbitros que serán designados por las partes. En caso de tres (3) árbitros, éstos serán designados de la siguiente forma: un (01) árbitro designado por cada parte; el tercer árbitro

Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Consorcio Supervisor Autopista El Sol vs Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Tribunal Arbitral

*Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros*

será designado a su vez por ambos árbitros, recayendo en éste la función de Presidente del Tribunal Arbitral..

A falta de acuerdo en la designación de los mismos, o ante, la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada de acuerdo a lo establecido por las reglas procesales del Centro de Arbitraje al cual se hubieren sometido las partes.

15.3 El laudo arbitral emitido obligará a las partes, y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa".

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El 10 de febrero de 2014 se instaló el Tribunal Arbitral conformado por los abogados Luciano Barchi Velaocchaga, como presidente, Rómulo Martín Morales Hervias y Patrick Hurtado Tueros.

III. LA DEMANDA

El 3 de marzo de 2014, CONSORCIO SUPERVISOR presentó su demanda contra OSITRAN dentro del término establecido en el numeral 20 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Pretensiones

Primera Pretensión Principal: Que se declare la nulidad y/o ineficacia y/ ilegalidad de la Carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013, por la cual, OSITRAN resolvió el CONTRATO, sin ninguna motivación, ni sustento técnico normativo, ni legal, que fundamente arbitraria decisión.

Segunda Pretensión Principal: Que se declare que la resolución del CONTRATO fue por causa imputable a OSITRAN.

Tercera Pretensión Principal: Que se declare que OSITRAN pague al CONSORCIO SUPERVISOR la utilidad dejada de percibir debido a la resolución ilegal del CONTRATO ascendente a la suma de US\$ 648,468.96 (seiscientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho y 96/100 dólares de los Estados Unidos de América), ordenándose su pago. Asimismo, que se declare la existencia de mayores costos y/o daños y/o abuso del derecho ocasionados por la ilegal resolución de OSITRAN ascendentes a la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), ordenándose su pago. En ambos casos, más los impuestos que correspondan.

Cuarta Pretensión Principal: Que se declare la existencia de daño moral y/o a la imagen por parte de OSITRAN al haber resuelto el CONTRATO, ascendente a la

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

suma de US\$ 1'000,000.00 (un millón y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), ordenándose su pago a OSITRAN.

Quinta Pretensión Principal: Que se declare la existencia de costos adicionales por la indebida ejecución de la Carta Fianza por el ilegal accionar de OSITRAN, ascendente a la suma de US\$ 290,677.01 (doscientos noventa mil seiscientos setenta y siete y 01/100 dólares de los Estados Unidos de América) y por parte de los mayores costos originados por la resolución del CONTRATO, ordenándose su pago a OSITRAN, más los impuestos que correspondan.

Sexta Pretensión Principal: Que se condene a OSITRAN al pago de costos y costas del proceso arbitral.

1) **Antecedentes**

- 1.1) Con fecha 25 de agosto de 2009, la Sociedad Concesionaria Vial del Sol S.A. (en adelante Concesionario) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación del Estado Peruano (en adelante Concedente), suscribieron el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol Tramo Trujillo – Sullana por un plazo de veinticinco (25) años (Anexo 1-D de la demanda).
- 1.2) Mediante Acta de Trato Directo de fecha 1 de marzo de 2011, suscrita entre el Concedente y el Concesionario (remitido por éste último a OSITRAN mediante Carta C.00176.11 de fecha de recepción 10 de marzo de 2011) acordaron ejecutar obras entre las progresivas del Km. 1006 al Km. 1017 + 900, a partir del 2 de marzo de 2011. En esta Acta se acordó que el inicio de ejecución de obras en el Tramo Piura – Sullana se contabilizará a partir del día siguiente a la fecha de la última Acta de Entrega de Terrenos del Tramo Piura – Sullana, libres de interferencias y ocupantes o invasores (Anexo 1-E de la demanda).
- 1.3) Posteriormente a este acto, el 3 de mayo de 2011, el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN suscribieron el CONTRATO para la supervisión de la ejecución de las obras de la construcción y atención de emergencias viales del tramo vial Trujillo – Sullana, por el monto ascendente a US\$ 10'707,910.69 (diez millones setecientos siete mil novecientos diez con 69/100 dólares de los Estados Unidos de América) (ver Anexo 1-F de la demanda).
- 1.4) Mediante Oficio No. 2829-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR que “(...) en el marco del numeral 10.2 del indicado contrato y el numeral 4.0 de los Términos de Referencia, comunicamos a usted que la Orden de Iniciar el servicio de Supervisión de la totalidad de las Obras de Construcción de la Segunda Calzada (Incluyendo las Obras de desempate de la Propuesta Técnica de la Concesionaria), será a partir del 1 de agosto de 2011, cuyo plazo se extiende

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

hasta la Aceptación de las Obras de Construcción por parte del Concedente”
(Ver anexo 1-G de la demanda).

- 1.5) En cumplimiento del Oficio No. 2829-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011 (Anexo 1-G de la demanda), en el que OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR que el inicio de supervisión sería a partir del 1 de agosto de 2011, mediante Carta C/000.9.01.08.2011.CSAS.JS-OSI.GS de fecha de recepción 05 de agosto de 2011 (Anexo 1-H de la demanda), el CONSORCIO SUPERVISOR informó a OSITRAN sobre el inicio de los servicios de supervisión de la totalidad de las Obras de Construcción de la Segunda Calzada del Tramo Trujillo – Sullana (incluyendo las Obras de Desempate de la Propuesta Técnica del Concesionario).
- 1.6) Luego de ello, mediante Carta C/00089.12.11.CSAS.JS-OSI.GS de fecha 14 de noviembre de 2011 (ver Anexo 1-I de la demanda), el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN la posición del Concesionario en el Asiento del Libro de Obra No. 141 de fecha 12 de noviembre de 2011 (ver Anexo 1-J de la demanda), respecto a paralizar los trabajos de construcción de la Segunda Calzada del Tramo Piura – Sullana, por el incumplimiento del Concedente en la entrega de los terrenos libres de ocupantes o invasores e interferencias.
- 1.7) Tal es así que, mediante Oficio No. 085-2012-GS-OSITRAN de fecha de recepción 18 de enero de 2012 (Ve Anexo 1-K de la demanda), OSITRAN requirió al CONSORCIO SUPERVISOR – que en vista de que el Concesionario comunicó al Concedente la suspensión de su actividad constructiva hasta que este último cumpla con entregar los terrenos restantes del tramo Piura – Sullana – su posición respecto a la suscripción de una Adenda con el objetivo de suspender las obligaciones del CONTRATO por un periodo de seis (6) meses a partir de la suscripción de dicha Adenda.
- 1.8) Sin embargo, mediante Carta C/003.18.01.2012.CSAS.RL-OSI.GG de fecha de recepción 19 de enero de 2012 (ver Anexo 1-L de la demanda) el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que el Concesionario reiniciaría los trabajos del tramo de prueba para la colocación de la carpeta asfáltica y la posterior ejecución de la carpeta asfáltica y la posterior ejecución de la carpeta asfáltica y la posterior ejecución de la carpeta asfáltica en todo el tramo imprimado (11.9 Km.).
- 1.9) Luego de ello, a través del Oficio No. 372-2012-GS-OSITRAN de fecha de recepción 27 de enero de 2012 (Ver Anexo 1-LL), OSITRAN remitió al CONSOECIO SUPERVISOR el cronograma de ejecución para la colocación de la carpeta asfáltica en el tramo Piura – Sullana del Km. 1006 al Km. 1018, lo cual conllevó a la no paralización y suspensión de los servicios de supervisión ni sus obligaciones contractuales.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- 1.10) Posteriormente, mediante Carta C.01393.12 de fecha de recepción 18 de diciembre de 2012 (documento que deberá ser exhibido por OSITRAN), el Concesionario informó al Concedente que el 21 de diciembre de 2012 culminaría la ejecución de las Obras Viales correspondientes al Tramo Piura – Sullana, las mismas que fueron iniciadas en virtud del Acta de Trato Directo de fecha 1 de marzo de 2011. Cabe señalar que en dicha carta, el Concesionario señaló al Concedente que no se contaba con nuevos frentes de trabajo, toda vez que no se había recibido nuevas áreas de terreno, libres de interferencias ya sea de ocupantes e invasores, conforme se encontraba estipulado en la cláusula 5.12 del Contrato de Concesión.
- 1.11) Tomando en cuenta la carta del Concesionario y los antecedentes que se tenían conocimiento en la obra, el CONSORCIO SUPERVISOR fue citado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN a una reunión programada para el 20 de diciembre de 2012. En dicha reunión se acordó que el CONSORCIO SUPERVISOR pondría a consideración de OSITRAN el Borrador de la Adenda No. 1 del CONTRATO, mediante el cual se suspenderían las obligaciones contractuales.
- 1.12) En ese sentido, mediante Carta C/0211.28.12.2012.CSAS.RL-OSI.GS de fecha 28 de diciembre de 2012 (Ve Anexo 1-M) el CONSORCIO SUPERVISOR entregó a la OSITRAN el Borrador de la Adenda No. 01 del CONTRATO, documento mediante el cual debían suspenderse las obligaciones del CONTRATO por un plazo estimado de seis (6) meses, plazo que sería modificado en caso de que las obras de construcción sean reiniciadas antes del cumplimiento del mismo.
En este documento el CONSORCIO SUPERVISOR realizó algunos planteamientos sobre los temas del personal profesional, las cartas fianza, del modo del adelanto y del desfase económico – financiero del CONSORCIO SUPERVISOR.
- 1.13) Paralelamente, mediante Carta C.00103.13 de fecha de recepción 29 de enero de 2013 (ver Anexo 1-N) el Concesionario solicitó al Concedente la aprobación de las obras del Tramo Piura – Sullana. Cabe señalar que la referida carta, fue enviada por parte de OSITRAN al CONSORCIO SUPERVISOR mediante Oficio No. 501-2013-GS-OSITRAN de fecha de recepción 4 de febrero de 2013 (Anexo 1-O) solicitándole la emisión de un informe respectivo.
- 1.14) A través de la Carta C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GS de fecha 6 de febrero de 2013 (Anexo 1-P de la demanda), el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que a la fecha no habían recibido respuesta por parte de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN respecto al Borrador de Adenda No. 1 del CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- 1.15) Con fecha 11 de febrero de 2013, el CONSORCIOS SUPERVISOR concluyó todas las obras del Tramo Piura – Sullana. En ese sentido, con fecha 15 de marzo de 2013, el Concedente procedió a la aceptación de las obras construidas por el Concesionario en el Tramo Piura – Sullana, suscribiéndose la respectiva Acta, con observaciones de tipo administrativo y en la que, entre otros la suscribió el Jefe de la Supervisión. Cabe señalar que a la fecha, el CONSORCIO SUPERVISOR desconoce oficialmente si se ha suscrito o no el documento final con el levantamiento de observaciones.
- 1.16) Mediante Oficio No. 640-2013-GS-OSITRAN de fecha de recepción de 18 de febrero de 2013 (Anexo 1-Q de la demanda), OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR que la propuesta de Adenda del CONTRATO se encontraba en evaluación por parte de OSITRAN.
- 1.17) A través de la Carta C/0056.07.05.2013.CSAS.RL-OSI.GS de fecha de recepción 8 de mayo de 2013 (Anexo 1-R de la demanda), el CONSORCIO SUPERVISOR – considerando que a la fecha las condiciones de la obra y de la supervisión seguían siendo modificadas en detrimento de ésta, y atendiendo que a la fecha no había respuesta alguna de OSITRAN sobre el primer Borrador de Adenda No. 01 – envió a OSITRAN un nuevo Borrador de Adenda No. 1 del CONTRATO actualizado, que en líneas generales mantenía en esencia del documento anteriormente presentado, como la de mantener la propuesta del CONSORCIO SUPERVISOR de suspender temporalmente las obligaciones del CONTRATO, por un plazo estimado de seis (6) meses calendario, plazo que podía ser modificado en caso de las obras sean reiniciadas por el Concesionario antes del cumplimiento del mismo.
- 1.18) Sin embargo, mediante Oficio No. 257-13-GAF-OSITRAN de fecha de recepción 14 de mayo de 2013 (Ver Anexo 1-S de la demanda), OSITRAN remitió al CONSORCIO SUPERVISOR el Informe No. 1167-2013-GS-OSITRAN de fecha 8 de mayo de 2013, mediante el cual señaló. Entre otros puntos, que el incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, era un hecho no imputable a OSITRAN ni al CONSORCIO SUPERVISOR, dejando sin frente de trabajo al CONSORCIO SUPERVISOR, señalando además, en el proyecto de Adenda al CONTRATO elaborada por OSITRAN, que se suspenda las obligaciones del CONTRATO por un periodo de seis (6) meses contados a partir de su suscripción. No obstante ello, OSITRAN señaló en el proyecto de Adenda de CONTRATO que en caso la ejecución de las obras a cargo del Concesionario no se reinicie dentro del plazo de seis (6) meses señalado en el objeto de a presente Adenda, OSITRAN resolvería de pleno derecho el CONTRATO mediante Carta Notarial, proponiendo además que las partes declarasen que

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

existía un perfecto equilibrio económico y financiero en el CONTRATO y en la presente Adenda.

- 1.19) Luego de ello mediante Carta No. 232-13-GAF-OSITRAN de fecha de recepción 17 de junio de 2013 (Anexo 1-T de la demanda), la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN convocó al CONSORCIO SUPERVISOR a una reunión para el 18 de junio de 2013 en las oficinas de OSITRAN, con la finalidad de llegar a un entendimiento con relación a las condiciones para la suspensión del CONTRATO y proceder a la suscripción de la adenda correspondiente. Además de ello, OSITRAN señaló que: "De no ser posible mostrar su colaboración de asistir a la reunión señalada o de no llegar a un acuerdo definitivo, OSITRAN evaluará la inmediata resolución del contrato o medida equivalente que impida la afectación del interés público".
 - 1.20) Con fecha 18 de junio de 2013 se llevó a cabo la reunión pactada entre OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR, acordando que éste último realice un nuevo planteamiento de adenda.
 - 1.21) En ese sentido, a través de la Carta C/0065.20.06.2013.CSAS.RL-OSI.GAF de fecha 20 de junio de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR entregó a OSITRAN un borrador de Adenda actualizado a dicha fecha. Cabe señalar que en el Borrador de Adenda se mantuvo la posición del CONSORCIO SUPERVISOR de suspender temporalmente las obligaciones contractuales por un plazo de seis (6) meses, pudiendo ser modificado este plazo en caso de que las obras sean reiniciadas antes del cumplimiento del mismo; así como en caso de que a la conclusión de este plazo si no hubieran sido reiniciadas las obras por parte del Concesionario, se procedería a firmar la renovación del mismo por un plazo similar.
 - 1.22) Sin embargo y atendiendo que el CONSORCIO SUPERVISOR se encontraba a la espera de la aprobación del Borrador de Adenda al CONTRATO por parte de OSITRAN, mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 15 de octubre de 2013 (ver Anexo 1-U de la demanda) OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la terminación del CONTRATO debido a que supuestamente las prestaciones del CONTRATO eran de imposible cumplimiento por la falta de entrega y liberación de áreas de terrenos por parte del Concedente a favor del Concesionario, plasmándose, según OSITRAN, un evento de Caso Fortuito y Fuerza Mayor.
- 2) **Fundamentos de hecho y de derecho de la Primera Pretensión Principal: Que, se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013, por la cual, OSITRAN resolvió unilateralmente el CONTRATO, sin ninguna motivación, ni sustento técnico normativo, ni legal, que fundamente arbitraria decisión.**

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- 2.1) Mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 15 de octubre de 2013 (ver Anexo 1-U de la demanda) OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la terminación del CONTRATO debido a que supuestamente las prestaciones del CONTRATO eran de imposible cumplimiento por la falta de entrega y liberación de áreas de terrenos por parte del Concedente a favor del Concesionario, dándose, según OSITRAN, un evento de Caso Fortuito y Fuerza Mayor.
- 2.2) Efectivamente, OSITRAN ha señalado que la resolución contractual operó por causal de caso fortuito o fuerza mayor debido a que la obra se encontraba paralizada desde el mes de marzo, por lo que habiendo transcurrido sesenta (60) días a la fecha de resolución, OSITRAN podía resolver el CONTRATO.
- 2.3) El CONSORCIO SUPERVISOR señala que en varias ocasiones envió a OSITRAN el Borrado de Adenda del CONTRATO, el cual planteaba la suspensión de las obligaciones por seis (6) meses debido a la paralización de la obra no imputable al CONSORCIO SUPERVISOR, no obstante, OSITRAN se limitó en señalar que la paralización de la obra era un hecho no imputable a OSITRAN sino al incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, por lo que el CONSORCIO SUPERVISOR – en vista que no había respuesta alguna por parte de OSITRAN respecto al Borrador de Adenda del CONTRATO, que proponía la suspensión de obligaciones por seis meses – siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 (fecha de inicio de la supervisión) hasta la fecha que resolvieron unilateralmente el CONTRATO (15 de octubre de 2013).
- 2.4) Incluso, el CONSORCIO SUPERVISOR pese a la paralización de la obra siguió brindando sus servicios de supervisión en cumplimiento del CONTRATO, que no sólo desconoció una situación real como fue la falta de reinicio de las obras por parte del Concesionario, lo cual implicaba la suspensión de las labores de supervisión, sino que resolvió el CONTRATO de forma ilegal y fuera de todo contexto de buena fe que une a las partes, ya que la entrega y liberación de áreas de terrenos no resultaba un evento de caso fortuito o fuerza mayor debido a que OSITRAN tenía la opción de continuar con el CONTRATO conforme al numeral 13.4 de la misma.
- 2.5) OSITRAN, lejos de optar por la continuación de los servicios a través de una Adenda, como fue peticionado reiteradamente por el CONSORCIO SUPERVISOR y que no hubo respuesta a dicho requerimiento por OSITRAN, optó por resolver el CONTRATO, contraviniendo la cláusula antes señalada, indicando que había operado el caso fortuito o fuerza mayor para tal fin.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

- 2.6) Entonces el CONSORCIO SUPERVISOR señala que la resolución contractual efectuada por OSITRAN es ilegal y fuera de todo contexto de buena fe entre las partes, debido a que no se trata de un evento de caso fortuito o fuerza mayor conforme lo define el artículo 1315, ya que ninguno de los tres requisitos, llámeselos extraordinario, imprevisible e irresistible, se ha configurado en el presente caso.
- 2.7) Más aún si los trabajos de construcción en la vía de Evitamiento de Piura se habían reiniciado al poco tiempo, por lo que resulta falso que no se había liberado ni hecho entrega de áreas de terreno por parte del Concedente, como el CONSORCIO SUPERVISOR le informó a OSITRAN mediante Carta C/0080.18.10.2013-CSAS.JS.OS.GS de fecha de recepción 22 de octubre de 2013 (Anexo 1-V de la demanda).
- 2.8) El CONSORCIO SUPERVISOR señala que inclusive dicha información fue informado por el Diario El Comercio quien en su sección de Regionales (ver Anexo 1-W de la demanda) señaló que el Concedente había logrado un acuerdo con las comunidades campesinas para expropiar sus tierras, por lo que se retomaría las obras en la Autopista del Sol, por lo que resulta falso que se haya afirmado que los trabajos de construcción en la vía de Evitamiento de Piura no se habían reiniciado.
- 2.9) El caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, causales utilizadas por OSITRAN para resolver el CONTRATO tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad por lo que resulta claro que si OSITRAN fundamentó su resolución de CONTRATO con las causales antes señaladas no fue porque realmente haya operado el caso fortuito y fuerza mayor sino por la exoneración de su responsabilidad.
- 2.10) Respecto a que el hecho debe ser extraordinario, el CONSORCIO señala que ésta se refiere a que no constituya un riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño, es decir, se trata de un hecho que no es común, que no es usual. Sin embargo, el hecho de que el Concedente no haya hecho entrega y liberación de áreas de terrenos a favor del Concesionario ni que no constituye un hecho extraordinario, ya que este hecho configura uno de los motivos por los cuales se puede atrasar la obra, razón por la cual el CONSORCIO SUPERVISOR remitió reiteradamente a la entidad el Proyecto de Adenda que proponía la suspensión de obligación por seis (6) meses, sin embargo, la respuesta que tuvo el CONSORCIO SUPERVISOR fue que supuestamente se estaba evaluando dicho pedido.
- 2.11) Respecto a que este evento de caso fortuito o fuerza mayor, debe ser imprevisible, la previsión debe considerarse al momento de contraerse la obligación, y debe apreciarse en abstracto, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. Por lo tanto será imprevisible cuando los

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. En ese sentido, en el CONTRATO, se previno la posibilidad de establecer un plazo para el posible atraso de obra, demoras en entrega de terrenos, interferencias y otros conforme al numeral 4.0 de los Términos de Referencia, lo cual demuestra que la imprevisibilidad a la que alude OSITRAN es inexistente.

- 2.12) Finalmente, este evento puede ser irresistible. La resistibilidad se presenta al momento de cumplirla, si el evento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto sería nulo porque tendría objeto imposible. Por lo tanto el requisito de irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento. Ante este requisito se puede observar que no se cumple ya que OSITRAN tenía la opción de continuar con el CONTRATO conforme al numeral 13.4 anteriormente citado.
- 2.13) Por lo expuesto, CONSORCIO SUPERVISOR reitera que la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN resulta ilegal, sin sustento técnico normativo y arbitraria ya que OSITRAN no solo no optó por la continuidad de los servicios a través de una Adenda – como fue peticionado reiteradamente por el CONSORCIO SUPERVISOR y que no hubo respuesta a dicho requerimiento por OSITRAN – como lo establece el numeral 13.4 del CONTRATO bajo la causal de caso fortuito y fuerza mayor, cuando no tenía sustento legal para hacerlo ya que ninguno de los presupuestos de dichas causales se cumplen en el presente caso.
- 2.14) Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el CONSORCIO SUPERVISOR se constituyó en el sector desde el kilómetro 658 de la carretera Panamericana (Autopista del Sol), ubicado en el distrito de San Pedro de Lloc, provincia de Pacasmayo, departamento de La Libertad, acompañado del Notario Público de Pacasmayo, Dr. César Isaac Torres González, a fin de constatar la existencia de las labores de trabajo que estaban realizando durante la verificación, constándose, entre otros, la conformación del Terraplén y Compactación de la Plataforma ejecutados desde el lunes 4 de noviembre de 2013 por la empresa COVISOL, según lo informado por el Ingeniero de Seguridad de dicha empresa, Ing. Timoteo Chiroque (Anexo 1-X de la demanda).
- 2.15) Entonces, no resulta cierto que haya existido caso fortuito y fuerza mayor como sustento para resolver el CONTRATO ya que se puede apreciar al mes de noviembre las obras se encontraban ejecutadas por la empresa COVISOL, cuando supuestamente no tenía la posibilidad para hacerlo por una supuesta falta de liberación de terrenos.
- 2.16) Por lo expuesto, el CONSORCIO SUPERVISOR considera que esta pretensión deberá declararse fundada.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- 3) **Fundamentos de hecho y de derecho de la Segunda Pretensión Principal: Que se declare que la ilegal resolución del CONTRATO fue por causa imputable a OSITRAN.**
- 3.1) Conforme a los argumentos de la Primera Pretensión Principal, a través de la cual CONSORCIO SUPERVISOR señala que la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN ha sido ilegal, arbitraria y sin fundamento alguno, CONSORCIO SUPERVISOR solicita al Tribunal Arbitral declarar que dicha resolución contractual ha operado por causas imputables a OSITRAN.
- 3.2) Por economía procesal, CONSORCIO SUPERVISOR solicita se tomen en cuenta los fundamentos expuestos para la Primera Pretensión Principal al analizar esta pretensión.
- 3.3) Por lo anteriormente expuesto esta pretensión deberá declararse fundada.
- 4) **Fundamentos de hecho y de derecho de la Tercera Pretensión Principal: Que se declare que OSITRAN pague la utilidad dejada de percibir debido a la resolución ilegal del CONTRATO ascendente a la suma de US\$ 648,468.96 (seiscientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho con 96/100 dólares de los Estados Unidos de América), ordenándose su pago. Asimismo, que declare la existencia de mayores costos y/o daños y/o abuso del derecho ocasionados por la ilegal resolución de OSITRAN ascendentes a la suma de US\$ 600,000 (seiscientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América).**
- 4.1) De lo descrito en los antecedentes, se puede observar que OSITRAN resolvió el CONTRATO de forma ilegal y sin ningún sustento que lo respalte, razón por la cual el CONSORCIO SUPERVISOR ha dejado de percibir una utilidad ascendente a US\$ 648,568.96 (seiscientos cuarenta y ocho mil quinientos sesenta y ocho con 96/100 dólares de los Estados Unidos de América), conforme se puede observar del Cuadro "Utilidad Cobrada por la Supervisión a Febrero de 2013", el mismo que se encuentra detallado en el Anexo 1-Y de la demanda.
- 4.2) El monto del CONTRATO según la propuesta económica del CONSORCIO SUPERVISOR ascendía a US\$ 9'074,500.58 (nueve millones setenta y cuatro mil quinientos con 58/100 dólares de los Estados Unidos de América). Sin IGV (Ver Anexo 1-Z de la demanda) y el monto valorizado a febrero de 2013, se encuentra detallado en las facturas cobradas a OSITRAN (Anexo 1-a de la demanda).
- 4.3) Al haberse resuelto ilegalmente el CONTRATO efectuado por OSITRAN, occasionando con ello una utilidad dejada de percibir, CONSORCIO

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

SUPERVISOR solicita al Tribunal Arbitral declarar y ordenar el pago por dicho concepto a OSITRAN.

- 4.4) Del mismo modo, la ilegal resolución del CONTRATO ha generado al CONSORCIO SUPERVISOR mayores costos y/o daños inesperados que ha tenido que incurrir ascendentes a US\$ 600,000.
- 4.5) Dentro del sistema de responsabilidad civil, rige el principio fundamental por el cual, aquel que causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo, el cual se encuentra recogido en el artículo 1321, primer párrafo, del Código Civil que presupone necesariamente, que deben mediar factores atributivos de responsabilidad subjetiva, dolo y culpa del presunto agente.
- 4.6) En ese sentido, tal y como se puede apreciar en el segundo párrafo del citado artículo, no basta que exista un presunto daño, sino que ese hecho debe ser consecuencia inmediata y directa de la conducta del agente y, para ello, debe existir un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido.
- 4.7) Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1331 del Código Civil, corresponde al afectado por la inejecución de la obligación probar el daño y perjuicio ocasionado, estando obligado a comprobar su cuantía mediante una valorización.
- 4.8) En síntesis, para la procedencia de una demanda por daños y perjuicios deben cumplirse tres requisitos:
 - 1) Existencia de un daño cierto y reparable, atribuible a dolo culpa del agente.
 - 2) La existencia de un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido.
 - 3) Que el daño debe estimarse de acuerdo a criterios razonables y objetivos, que guarden proporción con el daño material mismo, cuya cuantía debe ser acreditada objetivamente por el actor.
- 4.9) El CONSORCIO SUPERVISOR considera haber acreditado tener derecho a indemnización al existir un daño directo e inmediato, ya que OSITRAN resolvió el CONTRATO de manera ilegal, alegando que se había generado un evento de caso fortuito y fuerza mayor, lo cual el CONSORCIO SUPERVISOR ha señalado en su primera pretensión no tiene asidero legal, situación que se corrobora por la probanza de dichos daños.
- 4.10) CONSORCIO SUPERVISOR señala que habiendo acreditado la existencia de criterios objetivos y cuantificables para la valorización del daño sufrido, resulta amparable el daño existente contra el CONSORCIO SUPERVISOR, cuya magnitud pueda ser apreciada por el Tribunal Arbitral y en ese sentido ofrece

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

todos los medios probatorios que amparan sus pretensiones, con los cuales consideran demostrar el daño ocasionado.

- 4.11) Para el CONSORCIO SUPERVISOR resulta evidente que la resolución contractual efectuada por OSITRAN por caso fortuito y fuerza mayor, resulta ilegal ya que lejos de cumplir con el CONTRATO que disponía la continuación del CONTRATO a través de una Adenda, resolvió el CONTRATO sin sustento alguno, razón por la cual OSITRAN deberá indemnizarnos por éste concepto, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, así como el artículo 103, in fine de la Constitución Política del Perú, negarse a ello, sería no solo una postura ilegal sino inconstitucional.
- 4.12) Por otro lado, el Tribunal Arbitral podría optar por considerar – para mejor resolver – que la controversia puede resolverse con mayor solidez considerando que existe un mayor costo que debe ser remunerado.
- 4.13) En efecto, no cabe duda para el CONSORCIO SUPERVISOR que se ha perjudicado económicamente por la ilegal resolución contractual efectuada por OSITRAN y que, por tanto, esos costos le deben ser retribuidos.
- 4.14) El CONSORCIO SUPERVISOR señala que resulta evidente que ha incurrido en mayores costos de los efectivamente contratados, los mismos que deberán ser repuestos por OSITRAN.
- 4.15) Sin embargo, el CONSORCIO SUPERVISOR considera que el Tribunal Arbitral podría optar por considerar la existencia de un abuso del derecho en la ejecución del CONTRATO, por lo que se hace necesario indemnizarlo.
- 4.16) De los antecedentes se aprecia que la obra se encontraba paralizada y atendiendo que en varias ocasiones el CONSORCIO SUPERVISOR envió a OSITRAN el Borrador de Adenda del CONTRATO, el cual planteaba la suspensión de las obligaciones por seis (6) meses debido a la paralización de la obra no imputable al CONSORCIO SUPERVISOR, OSITRAN no sólo se limitó en señalar que la paralización de la obra era un hecho no imputable a OSITRAN sino al incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, sino que resolvió el CONTRATO de forma ilegal, causando al CONSORCIO SUPERVISOR un daño económico.
- 4.17) Sin embargo, el incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario generó un perjuicio económico al CONSORCIO SUPERVISOR, al ir contra la esencia patrimonial que el propio CONTRATO contiene e inspira.
- 4.18) Resulta evidente para el CONSORCIO SUPERVISOR – en vista que no había respuesta alguna por parte de OSITRAN respecto al Borrador de la Adenda al CONTRATO, que proponía la suspensión de obligaciones por seis meses –

Tribunal Arbitral

*Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros*

siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 (fecha de inicio de supervisión) hasta el 15 de octubre de 2013 (fecha en el que OSITRAN resolvió el CONTRATO) y que incluso siguió brindando sus servicios durante la paralización de la obra, razón por la cual, OSITRAN deberá indemnizar al CONSORCIO SUPERVISOR por éste concepto, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, así como en el artículo 103 in fine de la Constitución Política del Perú, negarse a ello, sería no solo una postura ilegal sino inconstitucional.

- 4.19) Por lo expuesto, de ser el caso, esta pretensión deberá declararse fundada.
- 5) **Fundamentos de hecho y de derecho de la Cuarta Pretensión Principal: que se declare la existencia de daño moral por parte de OSITRAN al haber resuelto unilateralmente e ilegalmente el CONTRATO ascendente a la suma de US\$ 1'000,000.00 (un millón y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) ordenándose su pago.**
- 5.1) Debido a la resolución contractual efectuada por OSITRAN de forma arbitraria e ilegal, el CONSORCIO SUPERVISOR se ha visto mermado en su imagen, reputación, en el sentido de su menoscabo de un interés moral por OSITRAN que no cumplió con respetar el CONTRATO.
- 5.2) El CONSORCIO SUPERVISOR cita a Osterling Parodi y Castillo Freyre para quienes el daño moral es “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente”.
- 5.3) Entonces es justamente éste concepto amplio de derecho moral el fundamento que justifica la aceptación del daño moral a las personas jurídicas como es el CONSORCIO SUPERVISOR, por cuanto también son susceptibles de la lesión de bienes no patrimoniales.
- 5.4) Sería inaceptable para el CONSORCIO SUPERVISOR dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica, por lo que se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos expatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral.
- 5.5) Negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas o de existencia ideal demostraría una visión restringida del daño moral, y se estaría dejando desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección, como es el CONSORCIO SUPERVISOR.
- 5.6) Si bien es cierto que debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

hacer este cálculo y que, además, el daño moral es irreparable, toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original, el CONSORCIO SUPERVISOR ha estimado que el daño moral causado por la ilegal resolución contractual efectuada por OSITRAN ascendería a US\$ 1'000,000.00 (un millón y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América).

- 5.7) A manera de ejemplo, si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en lo que estuvo bajo severa pena y angustia. En este sentido, si bien no es posible la reparación integral con la equivalencia perfecta, el CONSORCIO SUPERVISOR ha cuantificado dicho daño en US\$ 1'000,000.00 (un millón y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), monto que deberá ser pagado por OSITRAN producto de la ilegal y arbitraria resolución contractual efectuada por OSITRAN.
- 5.8) Finalmente y respecto a este daño producido por OSITRAN, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia No. STC 0905-2001-AA ha señalado en el apartado 5, referido a la "titularidad del derecho a la buena reputación por las personas jurídicas de derecho privado", lo siguiente:

"Ahora bien que se haya afirmado que el reconocimiento de los derechos constitucionales se extiende al caso de las personas jurídicas de derecho privado no quiere decir que ellos puedan titularizar «todos» los derechos que la Constitución enuncia, pues hay algunos que, por su naturaleza estrictamente personalista, sólo son susceptibles de titularizar por las personas naturales. La cuestión, por tanto, es la siguiente: ¿Titularizan las personas jurídicas de derecho privado el derecho a la buena reputación?

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que el fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.

Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la «imagen» que tiene frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo".

- 5.9) Por lo tanto, teniendo en cuenta un concepto amplio de daño moral y las premisas establecidas por el Tribunal Constitucional, resulta amparable que el CONSORCIO SUPERVISOR reclame una indemnización por daño moral debido a que se ha afectado su imagen y buena reputación, ello debido a la ilegal y arbitraria resolución contractual efectuada por OSITRAN.
- 6) **Respecto a la Quinta Pretensión Principal.- Que se declare la existencia de costos adicionales por la indebida ejecución de la carta fianza por el ilegal accionar de OSITRAN, ascendente a US\$ 290,677.01 (doscientos noventa mil seiscientos setenta y siete con 01/100 dólares de los Estados Unidos de América) y por parte de los mayores costos originados por la resolución indebida del CONTRATO, ordenándose su pago a OSITRAN, más los impuestos que correspondan.**
- 6.1) Con fecha 10 de diciembre de 2013, como consecuencia de la resolución indebida del CONTRATO, entre otros, el BCP recibió la Orden de ejecutar la Carta Fianza por parte de OSITRAN, ejecutando dicha carta fianza pese a que el 11 de diciembre el 2013, el Décimo Quinto Juzgado Comercial de Lima comunicó al BCP la no ejecución de la referida carta fianza, razón por la cual se cargó a la cuenta corriente la suma de US\$ 968,117.17 (novecientos sesenta y ocho mil ciento diecisiete y 17/100 dólares de los Estados Unidos de América).
- 6.2) Por lo expuesto, el CONSORCIO SUPERVISOR solicita al Tribunal Arbitral declare la existencia de costos adicionales por la indebida ejecución de la carta fianza y por parte de los mayores costos originados por el ilegal accionar de OSITRAN al resolver el CONTRATO ascendente a US\$ 290,677.01 (doscientos noventa mil seiscientos setenta y siete con 01/100 dólares de los Estados Unidos de América).
- 6.3) Por lo expuesto, de acuerdo con el CONSORCIO SUPERVISOR, esta pretensión deberá ser declarada fundada.

IV. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito presentado el 27 de marzo de 2014, OSITRAN contesta la demanda, en los siguientes términos:

1) **Antecedentes**

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- 1.1) Con fecha 25 de agosto de 2009 el Estado peruano – representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) – en la condición de Concedente y la empresa Sociedad Concesionaria Vial del Sol S.A. suscribieron el Contrato de Concesión respecto de la ejecución de las obras de construcción y atención de emergencias viales del tramo vial Trujillo – Sullana.
De acuerdo con el tenor de lo pactado por las referidas partes se pactó que el Regulador sería OSITRAN, de acuerdo a lo que dispone la Ley No. 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el artículo 22 el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 044-2006-PCM).
- 1.2) Con fecha 3 de mayo de 2011 CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN suscribieron el CONTRATO, para la supervisión de la ejecución de las obras de construcción y atención de emergencias del tramo vial Trujillo – Sullana.
- 1.3) La longitud total de la segunda calzada a ser construido es de 263,247 Km y a la fecha el Concesionario sólo ha ejecutado las obras correspondientes al tramo Piura – Sullana (27,897 Km) que representa el 11% de la longitud total, debido a que el Concedente no ha hecho entrega de los terrenos debidamente liberados (tal como lo establecen las cláusulas 5.11 y 5.12 del Contrato de Concesión), faltando construir el tramo Trujillo – Chiclayo (226,54 Km) y el evitamiento Piura (9 Km), que representa el 89%.
- 1.4) La longitud total de la segunda calzada a ser construido es de 263.427 Km y a la fecha el Concesionario sólo ha ejecutado las obras correspondientes al tramo Piura – Sullana (27.897 km.) que representa el 11 de la longitud total, debido a que el Concedente no ha hecho entrega de los terrenos debidamente liberados (tal como lo establece las cláusulas 5.11 y 5.12 del Contrato de Concesión), faltando construir el tramo Trujillo – Chiclayo (226.53Km) y el evitamiento Piura (9 km) que representa el 89%.
- 1.5) Resulta importante entonces tener en cuenta que los pagos al CONSORCIO SUPERVISOR son proporcionales al porcentaje de avance de la obra. Al respecto, es de hacer notar que en otro proceso arbitral seguido entre las mismas partes (Exp. No. 359-38-13) ante el Centro de Arbitraje PUCP, el CONSORCIO SUPERVISOR solicitó como (segunda) pretensión el pago de US\$ 4'693,124.16 por concepto de la valorización de sus servicios por 26.5 meses; lo que equivaldría como si se hubiera tenido un avance de 44%, lo cual resulta ser falso o irreal; por cuanto el avance de obra fue de alrededor del 11%.

2) Consideraciones Previas

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

2.1) Obligación del MTC sobre la entrega de los terrenos liberados. Actuar del Concesionario y OSITRAN.

- Teniendo en consideración que la controversia suscitada entre el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN relacionada a la imposibilidad que tenía el CONSORCIO SUPERVISOR de cumplir con supervisar la obra concesionada, la cual se suscitó a raíz de la no entrega de terrenos liberados por parte del MTC (Concedente) al Concesionario para la ejecución de la obra; conviene precisar los alcances de dicha obligación a cargo del Concedente. Dicha obligación se encuentra expresamente estipulada en las cláusulas 5.8, 5.11 y 5.12 del Contrato de Concesión.
- De acuerdo con lo establecido en las cláusulas 5.11 y 5.12 del Contrato de Concesión, las áreas para la construcción de la segunda calzada del tramo Piura – Sullana, debieron ser entregadas por el Concedente a más tardar a los treinta (30) días calendario desde la acreditación del Cierre Financiero; es decir, el 1 de mayo de 2011; y el saldo, es decir, el tramo Trujillo – Chiclayo, a más tardar a los 240 días calendario, es decir el 1 de noviembre de 2011, lo cual no ocurrió por incumplimiento del Concedente, debido a que no cumplió con sus obligaciones contractuales de entrega de terrenos.
- Ante dicha circunstancia que imposibilitaba la ejecución de Obras (y, por ende, la prestación del servicio de supervisión); el Concedente y el Concesionario suscribieron un "Acta de Trato Directo" con fecha 01.03.11, acordando, entre otros aspectos; ejecutar obras en el tramo Piura – Sullana, a partir del 02.03.11, asimismo, en dicha Acta se acordó que el inicio de ejecución de Obras en el tramo Piura – Sullana se contabilizará a partir del día siguiente a la fecha de la última Acta de Entrega de terrenos del Tramo Piura – Sullana, libres de interferencias y ocupantes o invasores. Dicha Acta fue puesta en conocimiento de OSITRAN mediante OSITRAN No. 534-2011-MTC/25 del 11.03.11.
- Si bien es cierto mediante Carta C.01393.12 de fecha 19.12.12, el Concesionario comunicó al Concedente que el 21.12.12 culminará la ejecución de las Obras Viales correspondientes al Tramo Piura – Sullana (las mismas que se iniciaron en virtud del Acta de Trato Directo ya referida); de igual forma comunicó además que no contaba con nuevos frentes de trabajo, toda vez que no ha recibido nuevas áreas de terreno, libres de interferencias, ocupantes e invasores.
- Posteriormente, mediante Carta C.00103 del 29.01.13 el Concesionario señaló que "...en virtud a lo dispuesto en el Acuerdo 4º del Acta de Trato Directo antes referida, el plazo de la ejecución de Obras queda automáticamente suspendido a partir de la fecha".

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- Además, a partir del 16 de febrero de 2013, el Concesionario ya no ejecutó obra alguna debido a que no tenía nuevos frentes de trabajo; en consecuencia, el CONSORCIO SUPERVISOR tampoco tenía frentes de trabajo para supervisar.
- Corresponde también entonces precisar sobre las acciones efectuadas por el MTC para solucionar el problema de dejar sin frente de trabajo al Concesionario, así como la posición y actuar de OSITRAN en relación a la liberación de terrenos.
- Dentro de las acciones efectuadas por el Concedente (y del Concesionario) a efectos de solucionar el problema y no dejar sin frente de trabajo al Concesionario, ambas partes suscribieron el Acta de Trato Directo del 01.03.11, así como el Acta de Fin de Trato Directo, de fecha 18.01.13; las mismas que viabilizaron la ejecución de obras con la entrega parcial de terrenos.
- En lo que respecta a OSITRAN, ejerciendo su función supervisora, exhortó en reiteradas oportunidades al Concedente a fin de que cumpla con sus obligaciones contractuales de entregar las áreas de la Concesión libres de interferencias, ocupantes e invasores a fin de que el Concesionario pueda ejecutar las obras previstas en el Contrato de Concesión.

2.2) Del inicio de los servicios efectivamente prestados por el CONSORCIO SUPERVISOR

- El numeral 10.2 del CONTRATO estipula:

"El plazo de los servicios del SUPERVISOR serán prestados desde el día siguiente de recibida la Orden de Iniciar hasta la Aceptación de las Obras de Construcción por parte del CONCEDENTE en los términos establecidos en el Contrato de Concesión".

Es de mencionar que el CONSORCIO SUPERVISOR – a través del Jefe de Supervisión – suscribió el referido cuaderno de Obra.

- Mediante Oficio No. 28929-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la orden de iniciar el servicio de supervisión de la totalidad de las obras de construcción de la Segunda Calzada (incluyendo las Obras de desempate de la Propuesta Técnica de la Concesionaria), señalando que dicha orden de inicio será a partir del 1 de agosto de 2011, cuyo plazo se extiende hasta la aceptación de las Obras de Construcción por parte del Concedente.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

2.3) De la finalización de los servicios efectivamente prestados por el CONSORCIO SUPERVISOR

- La totalidad de las obras del tramo Piura – Sullana (incluyendo el tramo del molino Santa Cecilia Km 1028 + 908.54 al Km 1029 + 172.81) fueron culminadas el 16 de febrero de 2013, tal como fue comunicado por el Concesionario mediante asiento No. 327, del Libro de Obra de fecha 16.02.12 (Anexo A-5 de la contestación de la demanda), el mismo que fue ratificado por el CONSORCIO SUPERVISOR, en el Libro de Obra, mediante Asiento No. 328 de fecha 16.02.13
- Cabe indicar que, en el marco de la Cláusula 6.20 del Contrato de Concesión y el Acuerdo 4º del Acta de Trato Directo suscrita entre el MTC y el Concesionario mediante Carta No. C00103.13 de fecha 29.01.13, solicitó la Aprobación de las Obras; el mismo que fue aprobado con observaciones de carácter administrativo, por parte del Comité de Aceptación de Obras el día 15.03.13, suscribiéndose el Acta de Aceptación de Obra "Sub Tramo Piura – Sullana de la Autopista del Sol", el mismo que también fue suscrito por el CONSORCIO SUPERVISOR.
- Por otro lado, mediante Oficio No. 1769-2013-GS-OSITRAN, de fecha 19 de abril de 2013, OSITRAN remitió al Presidente del Comité de Aceptación de Obra el Informe No. 1002-2013-GS-OSITRAN (conjuntamente con la Carta C/0046.16.04.2013.CSAS.JS.OSI.GS del 18.04.13 del CONSORCIO SUPERVISOR), dónde concluye que las observaciones formuladas en el numeral Quinto del Acta de Aceptación de fecha 15.03.13, han sido levantadas y, por lo tanto, se encuentra conforme.
- En base a lo anterior, el Comité de Aceptación de Obras suscribió el Acta de Aceptación de Obras "Sub Tramo Piura – Sullana de la Autopista del Sol" de fecha 6 de mayo de 2013.
- De acuerdo a las comunicaciones anteriormente citadas, así como con el Informe No. 417-2014-GSF-OSITRAN de fecha 07.02.14 elaborado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN – se puede concluir válidamente que el tiempo efectivo de prestación de servicio de supervisión de la ejecución de obras, que es el objeto del CONTRATO, es de 18.83 meses, el cual se inició el 1 de agosto de 2011, a partir de la orden de inicio emitida por OSITRAN culminó el 16 de febrero de 2013 con la culminación de la totalidad de las obras del tramo Piura – Sullana.
- Cabe indicar – conforme a lo señalado por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN en el Informe citado en el ítem precedente – que, el tiempo que transcurrió desde que el Concesionario solicitó la aceptación de obras hasta la firma del Acta de Aceptación de Obras, "Sub Tramo Piura

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Vela ochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

– Sullana de la Autopista del Sol”, el CONSORCIO SUPERVISOR estuvo en la obligación de brindar apoyo incondicional al Comité de Aceptación de Obras, tal como lo establece el numeral 6.33 de los Términos de Referencia.

2.4) De la acreditación de la finalización de los servicios efectivamente prestados por el CONSORCIO SUPERVISOR

- Tal como podrá verificarse del tenor de la Carta C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GS de fecha 6 de febrero de 2013, el propio CONSORCIOS SUPERVISOR comunicó a OSITRAN – entre otros aspectos – que suspendió sus obligaciones del CONTRATO habiendo desmovilizado al personal que trabajaba en la supervisión a partir del 1 de enero de 2012.
- Como se puede advertir, el propios CONSORCIO SUPERVISOR reconoce que suspendió sus obligaciones de supervisor y que producto de ello desmovilizó al persona que trabajaba en la supervisión a partir del 1 de enero de 2013 (situación que ya había informado en reunión del 20.12.12 sostenida con OSITRAN).
- Cabe recordar que debido a que el Concesionario solicitó la aprobación de las Obras del tramo Piura – Sullana y siendo la obligación del CONSORCIO SUPERVISOR, brindar apoyo incondicional al Comité de Aceptación de Obras (tal como lo establece el numeral 6.33 de los Términos de Referencia), dicho Consorcio prestó servicios hasta la culminación total de las Obras del tramo Piura – Sullana, esto es, hasta el 16 de febrero de 2013, fecha a partir de la cual, el Concesionario ya no ejecutó obra alguna debido a que no tenía nuevos frentes de trabajo, por tanto, el CONSORCIO SUPERVISOR tampoco tenía frentes de trabajo para supervisar.

2.5) De la suspensión de los servicios de supervisión

- Como ya se ha precisado, el hecho que el Concesionario no contara con nuevos frentes de trabajo, fue lo que motivó la suspensión de obligaciones del CONTRATO (lo cual fue expresamente comunicado por el CONSORCIO SUPERVISOR a OSITRAN en su Carta C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GG en la que manifestó que desmovilizó al personal que trabajaba en la supervisión a partir del 1 de enero de 2013).
- Asimismo, de acuerdo a lo establecido en las cláusulas 5.11 y 5.12 del Contrato de Concesión las áreas para la construcción de la segunda calzada del tramo Piura – Sullana, debieron ser entregadas por el Concedente a más tardar el 1 de marzo de 2011; y las referidas al tramo

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

Trujillo – Chiclayo, a más tardar el 1 de noviembre de 2011; lo cual no ocurrió por incumplimiento del Concedente de efectuar dicha entrega (y que motivara que Concedente y Concesionario suscribieron un "Acta de Trato Directo").

- El no contar el Concesionario con nuevos frentes de trabajo – debido a que el Concedente no liberaba las áreas para la construcción de las obras en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión – resulta ser un hecho no imputable a OSITRAN ni al CONSORCIO OSITRAN; sin embargo, ello implicó que la supervisión – a cargo del CONSORCIO SUPERVISOR – se quedara también sin frente de trabajo.
- La situación antes descrita – generada por la inejecución de las Obras de la Concesión – motivó que el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN negociaran la suscripción de una Adenda; cuyo objeto sea suspender las obligaciones del CONTRATO por un periodo de seis (6) meses a partir de su suscripción.
- El CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN finalmente no llegaron a suscribir la Adenda No. 1 debido fundamentalmente a que los representantes del CONSORCIO SUPERVISOR requerían en el perfil nuevo personal profesional (que tendían que contratar) sea el especificado en las Bases del PSO No. 009-2011-OSITRAN y no, el presentado en su Propuesta Técnica (y, conforme al cual ganaron la Buena Pro); situación que no debía producirse, al ser contrario al concurso y proceso de selección – que significó una determinada calificación y puntuación al CONSORCIO SUPERVISOR –; y sería por ende, contraria a las normas de contratación pública y de afectación incluso a los otros postores no ganadores de la Buena Pro.

Este hecho es reconocido además por el CONSORCIO SUPERVISOR – ver escrito de demanda, numeral 2.12, página 7); cuando señala – al referirse al borrador de Adenda entregado a OSITRAN: "En este documento el Supervisor realizó algunos planteamientos sobre los temas del personal profesional, las cartas fianza, del monto de adelanto y del desfase económico ...".

2.6) Posición de OSITRAN en relación a la suspensión de los servicios de supervisión

- Mediante Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN de fecha 25.09.13 se informó respecto a la ejecución del CONTRATO.
- A través de la Nota No. 832-2013-GS-OSITRAN de fecha 15.10.13, la Gerencia de Supervisión elevó a la Gerencia General el Informe No. 2433-2013-GS-OSITRAN de la misma fecha, relativo al informe

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Vela ochaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

complementario al Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN, mediante el cual se ratifica en las conclusiones y recomendaciones señaladas en el Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN.

- Mediante Carta No. C/0072.03.09.2013.CSAS.JS-OSI.GS de fecha 04.09.13, el CONSORCIO SUPERVISOR remitió a OSITRAN, la supuesta Valorización No. 20; manifestando, entre otros, que corresponde al 10% del monto valorizado por el CONSORCIO SUPERVISOR, señalando además que este monto fue retenido en base a lo indicado en el numeral 12.9 de los Términos de Referencia.
- Mediante Oficio No. 3983-2013-GS-OSITRAN de fecha 12.09.13, OSITRAN remitió al CONSORCIO SUPERVISOR el Informe No. 2220-2013-GS-OSITRAN, el cual concluye que la valorización No. 20 presentada por el CONSORCIO SUPERVISOR no procede, debido a que no se encuentra enmarcada en el CONTRATO ni en los Términos de Referencia del mismo.
- Por Carta No. C/0074.11.09.2013.CSAS.JS-OSI.GS de fecha 12.09.13, el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN sobre el inicio de los trabajos de excavación para el traslado de la Fibra Óptica telefónica en el Tramo Trujillo – Chiclayo, señalando además que se encuentra en un avance ejecutado que va desde el km 657 + 500 hasta el Km 659 – 900.
- Al respecto, mediante Oficio No. 3991-2013-GS-OSITRAN de fecha 13.09.13, OSITRAN manifestó al CONSORCIO SUPERVISOR, que de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, las áreas de la Concesión o Derecho de Vía deberán ser entregadas por el Concedente al Concesionario, en un estado y situación tal que permita al Concesionario dar inicio a la ejecución de las Obras; es decir, libres de ocupantes, interferencias e invasores, por tanto, no es competencia de OSITRAN supervisar los trabajos de reubicación de interferencias; tampoco dichas actividades de supervisión se encuentran dentro de las obligaciones del CONTRATO. Finalmente, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR que nunca le dio la orden de inicio para supervisar dichos trabajos, siendo de su entera responsabilidad cualquier intervención.
- Mediante Carta C/0076.23.09.2013-CSAS.JS-OSI.GS de fecha 25.09.13 y Carta C/0075.23.09.2013.CSAS.JS-OSI.GS, también de la misma fecha, el CONSORCIO SUPERVISOR remitió a OSITRAN, fotografías con carácter informativo de los trabajos de reubicación de la fibra óptica del tramo Trujillo – Chiclayo, asimismo solicita la posición del

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

Concedente referida a la firma del Acta de entrega de terrenos y el reinicio de los trabajos en el Evitamiento Piura.

- A través del Oficio No. 4225-2013-GS-OSITRAN de fecha 27.09.13, OSITRAN reiteró al CONSORCIO SUPERVISOR que nunca dio la orden de inicio para supervisar dichos trabajos, siendo de entera responsabilidad del CONSORCIO SUPERVISOR, cualquier intervención y costo que genere dicha empresa.
- El hecho que el Concedente no cumplió con sus obligaciones de entregar los terrenos libres de interferencia al Concesionario en los plazos comprometidos – situación que se mantiene hasta la fecha – constituye un evento imprevisible, conforme así lo reconoció el propio CONSORCIO SUPERVISOR en su comunicación efectuada mediante Carta No. C/0056.07.05.2013-CSAS.RL-OSI.GS del 07.05.13 cuando señaló: “...tomando en cuenta las condiciones imprevistas en las que se encuentra actualmente la Obra Autopista del Sol...”.
- Así, de acuerdo con lo estipulado en el propio CONTRATO, se activó la causal de caso fortuito o fuerza mayor que tiene como consecuencia inmediata la suspensión de obligaciones de las partes; situación que fuera comunicada al CONSORCIO SUPERVISOR mediante Oficio No. 257-13-GAF-OSITRAN EL 13.05.13; la cual imposibilitó a las partes el cumplimiento de las prestaciones a su cargo; esto es, al CONSORCIO SUPERVISOR cumplir con supervisar la ejecución de las Obras y a OSITRAN efectuar el pago por dicho servicios – que de acuerdo al CONTRATO se pagaría de acuerdo al porcentaje de avance de valorización de obra.

2.7) **De los pagos y las valorizaciones por el servicio de supervisión**

- El numeral 8.4 del CONTRATO señala:
“Los pagos se realizarán bajo las condiciones determinadas en el punto 12.0 de la sección VII: Términos de Referencia”.
- De acuerdo con las condiciones determinadas en el punto 12.0 de la sección VII: Términos de Referencia, luego que la Gerencia de Supervisión de OSITRAN revisara las valorizaciones presentadas por el CONSORCIO SUPERVISOR y teniendo en cuenta que dichas valorizaciones debían estar enmarcadas en el CONTRATO y en los Términos de Referencia, OSITRAN recalculó dichas valorizaciones, las mismas que fueron aprobadas y pagadas al CONSORCIO SUPERVISOR a partir de la Valorización No. 1 correspondiente al mes de agosto de 2011 hasta la Valorización No. 19 correspondiente al mes de febrero de 2013, siendo esta la última Valorización ascendente a la

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

suma de US\$ 5,782.27 y la Valorización acumulada pagada al mes de febrero 2013 ascendente a US\$ 572,444.89 (incluido IGV), cuyo detalle se muestra en el Informe No. 1228-2013-GS-OSITRAN, el mismo que fue remitido al CONSORCIO SUPERVISOR mediante Oficio No. 2175-2013-GS-OSITRAN; señalándose además que dichos pagos fueron realizados por los servicios efectivamente prestados; tal como establece el numeral 12.3 de la sección VII: Términos de Referencia.

- En relación al adelanto de pago, OSITRAN manifiesta que éste fue otorgado por OSITRAN – a través de su Gerencia de Administración y Finanzas -, según lo establecido en el numeral 8.3 del CONTRATO.
- En vía de adelanto OSITRAN entregó al CONSORCIO SUPERVISOR la suma de US\$ 2'141,582.14, conforme se verifica con los Comprobantes de Pago respectivos. No. 99-00105 de fecha 07.06.11 (Consultoría) por un monto de US\$ 1'884,592.19 y No. 99-00106 de fecha 07.06.11, por un monto de US\$ 256,989.95 (detracción).
- Dichas sumas fueron recibidas por el CONSORCIO SUPERVISOR y ha sido materia de Cartas Fianzas por dicho adelanto; cuya ejecución fue impedida por la interposición de una medida cautelar presentada ante el 15º Juzgado Comercial de Lima.
- Asimismo, y de acuerdo a lo informado por la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN – mediante Nota No. 066-2014-TESORERÍA-GAF-OSITRAN de fecha 25.03.14 – es de mencionar que las 10 Valorizaciones correspondientes a la supervisión de la ejecución de Obras a cargo del CONSORCIO SUPERVISOR ascendió a la suma de US\$ 572,444.89.

3) Pronunciamiento sobre cada una de las Pretensiones

3.1) Con relación a la Primera Pretensión Principal.

- Como consideración previa OSITRAN considera oportuno referirse al supuesto de Caso Fortuito o Fuerza Mayor contemplado en el CONTRATO:
 - ✓ Con relación a la definición de caso fortuito o fuerza mayor, la cláusula 13.1 del CONTRATO establece que ambas partes han convenido considerar como fuerza mayor lo establecido en el artículo 1315 del Código Civil.
 - ✓ De la lectura del artículo citado, se advierte que el Código Civil considera que existe una situación de caso fortuito y fuerza mayor siempre que se produzca un evento, condición o circunstancia que tenga las siguientes características:

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- Extraordinario
 - Imprevisible
 - Irresistible
- ✓ En efecto, son estos acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor los que califican como caso fortuito y fuerza mayor. Se trata de acontecimientos independientes de su voluntad y, por tanto, causas no imputables al deudor.
- ✓ Se habla de un hecho extraordinario cuando sucede algo fuera de lo ordinario, de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Asimismo – y directamente vinculado a lo extraordinario, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor, puesto que este tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Por su parte, el que un evento sea irresistible significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento. Por tanto, la rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configura el caso fortuito o fuerza mayor.
- ✓ Adicionalmente a estos tres requisitos, cabe precisar que el acontecimiento no debe derivar de la voluntad del deudor, puesto que, si esto fuera así, se ingresaría al terreno de la responsabilidad. La parte que incumple no puede desligarse de la responsabilidad que le corresponde por las derivaciones de algo que le atañe o concierne.
- ✓ De otro lado, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor generan efectos jurídico similares: producen la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación de alguna o de ambas partes y, en consecuencia, la imputabilidad, entendida como exención de responsabilidad a la parte que se encuentra en la imposibilidad de cumplir. En nuestro sistema jurídico, el Código Civil asimila las mismas consecuencias jurídicas en caso de verificarse cualquiera de ellas.
- ✓ En efecto, el caso fortuito o fuerza mayor califican como causas no imputables específicas, dado que en estos casos no basta con acreditar la ausencia de culpa sino que se requiere demostrar fundamentalmente el hecho positivo: el acontecimiento de un hecho extraordinario, imprevisible y/o irresistible.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- ✓ Sobre la base de lo anterior, corresponde evaluar si la imposibilidad de ejecutar las obligaciones establecidas en el CONTRATO debido a que el Concedente no ha cumplido con entregar los terrenos al Concesionario, impidiendo con ello la continuación de la ejecución de la obra y en consecuencia, la supervisión de la misma; califica como un evento de caso fortuito o fuerza mayor. Ello, teniendo en consideración la cláusula 13.1 del CONTRATO.
- ✓ Con relación a la imprevisibilidad, se debe analizar si para las partes del CONTRATO, esto es, para OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR, era previsible asumir que el Concedente no cumpliría con la entrega de los terrenos que requiere el Concesionario a fin de que éste puede ejecutar las obras de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, considerando que la supervisión que realizará el supervisor dependerá, en gran medida, de que el Concesionario reciba efectivamente los terrenos para iniciar las obras respectivas.
- ✓ Sobre el particular, debe tenerse presente que las cláusulas 5.8 y 5.11 del Contrato de Concesión, referidas a la entrega del área de terreno del Área de Concesión y Derecho de Vía, disponen que éstas serán entregadas por el Concedente al Concesionario en un solo bloque, o en más de una vez, en los plazos ahí establecidos.
- ✓ Resulta claro para OSITRAN que en el presente caso se ha producido una situación de imprevisibilidad para OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR, toda vez que, según se advierte en los antecedentes, quedó acreditado que el Concedente no cumplió con entregar los terrenos al Concesionario en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, situación que ha sido reconocida por el propio Concedente, el Concesionario, el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN en diversas comunicaciones.
- ✓ Esta imprevisibilidad se hace aún más evidente, teniendo en consideración que, además de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el Concedente se comprometió mediante un Acta de Trato Directo suscrito con el Concesionario el 1 de marzo de 2011, a liberar los terrenos necesarios para la ejecución de las Obras.
- ✓ Al respecto, debe tenerse presente que la lealtad y buena fe objetiva representan un comportamiento de las partes en un contrato, que no sólo se espera en un determinado momento sino

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

que debe ser permanente, tanto en la etapa de negociación como en la de celebración y ejecución del contrato.

- ✓ Se evidencia que a la luz del principio de la buena fe, se espera que el Concedente cumpla con entregar oportunamente los terrenos materia del Contrato de Concesión, a fin de que el Concesionario pueda iniciar las obras que correspondan; lo que a su vez resulta de suma importancia a fin que OSITRAN pueda supervisar, oportuna y adecuadamente – de manera directa o a través de terceros – la ejecución de las obras a cargo del Concesionario.
- ✓ En efecto, debe tenerse presente que la Cláusula 6.2 del Contrato de Concesión establece la obligación expresa de OSITRAN de efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen durante el desarrollo de las Obras, ya sea directamente o a través de la contratación de un tercero. Por su parte, la cláusula 6.8 dispone que OSITRAN debe verificar el cumplimiento del Programa de Ejecución de Obras de acuerdo a lo programado por el Concesionario.
- ✓ Por tanto, queda claro que, en concordancia con la actuación de buena fe que se espera de las partes – Concedente y Concesionario -, OSITRAN asumió – como no podía ser de otra manera – que el Concedente cumpliría con entregar, oportunamente, los terrenos al Concesionario a fin de permitir la ejecución de las Obras, dado que esto es necesario para viabilizar la supervisión de las mismas a cargo de OSITRAN. Interpretar lo contrario, es decir, que para OSITRAN la falta de entrega de terrenos libres por parte del Concedente al Concesionario era previsible, supondría asumir que OSITRAN nunca podría cumplir con su labor de supervisión, lo cual resulta un contrasentido.
- ✓ OSITRAN debe cumplir con su obligación de supervisar la ejecución de las obras desde el primer momento en que el Contrato de Concesión lo habilita para ello. Para tal efecto, OSITRAN siempre actúa asumiendo que el Concedente cumplirá con entregar, en el plazo acordado por las partes, los terrenos para el inicio de la obra, lo cual hace evidentemente imprevisible cualquier actuación contraria del Concedente, más aún si OSITRAN y/o el CONSORCIO SUPERVISOR no son parte en el Contrato de Concesión y, por tanto, no tienen control alguno sobre las actividades o hechos que hagan posible el cumplimiento de la entrega de los terrenos.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- ✓ Adicionalmente, es pertinente señalar que el propio CONSORCIO SUPERVISAR ha reconocido que la no entrega oportuna de los terrenos por parte del Concedente constituye un evento imprevisible. Así, en su Carta No. C/0056.07.05.2013-CSAS.RL-OSI.GS de 7 de mayo.
- ✓ Lo expuesto respecto a la imprevisibilidad permite concluir, adicionalmente, que los eventos descritos configuran un evento extraordinario, toda vez que según lo indicado por la Gerencia de Supervisión, área técnica competente en la materia, en los Informes No. 270-2013-GS-OSITRAN, No. 1167-2013-GS-OSITRAN y No. 1826-2013-GS-OSITRAN "lo común en los Contratos de Concesión de carreteras es la entrega de los terrenos conforme al Contrato o Acta de Trato Directo, aspecto que no ocurrió, lo que hace el hecho de la no entrega de terrenos un evento fuera de lo común". En la misma línea, el numeral 3.9 del Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN indica "Al respecto, de acuerdo a lo informado por la Gerencia de Supervisión, lo común o usual en un contrato de concesión, es que el Concedente cumpla con la entrega de los terrenos al Concesionario para que éste proceda a explotar la concesión, más aún cuando existía un Acta de Trato Directo en la cual se acordó ejecutar obras a partir del 2 de marzo de 2011.
- ✓ De otro lado, a fin de analizar si se cumple el requisito de irresistibilidad del evento, es pertinente determinar si alguna de las partes del CONTRATO se encontraba en posibilidad de evitar que éste ocurra. Sobre el particular, queda claro que el hecho que el Concedente no haya cumplido con sus obligaciones contractuales de entregar los terrenos libres de interferencias al Concesionario en los plazos comprometidos, situación que se mantiene hasta la fecha, constituye un evento que no podía ser evitado por el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN, toda vez se trata de una obligación que se encuentra fuera de su ámbito de control y cumplimiento.
- ✓ Sin perjuicio de ello y, a pesar de que la entrega de los terrenos no depende de OSITRAN, de la documentación revisada, se advierte que OSITRAN remitió reiteradas comunicaciones al Concedente exhortándolo a que cumpla con dicha obligación contractual, a fin de no afectar la ejecución de las Obras, ni la supervisión de las mismas, tal como se aprecia en los Oficios No. 52-14-2012-GS-OSITRAN del 17.12.12, No. 52712012-GS-OSITRAN DEL 21.12.12, No. 1483-2013-GS-OSITRAN del

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

05.04.13, No. 2076-2013-OSITRAN del 08.05.13 y No. 2649-2013-GS-OSITRAN del 17.06.13.. Dicha conducta diligente de OSITRAN se presentó, incluso, con anterioridad a la culminación de las obras acordadas en el Acta de Trato Directo del 1 de marzo de 2011, es decir, antes del mes de diciembre del 2012, como se advierte del Oficio No. 4825-2012-GS-OSITRAN del 21 de noviembre de 2012.

- ✓ De acuerdo con el análisis realizado en virtud de la documentación remitida y de lo informado por las Gerencias de Supervisión y Administración y Finanzas, es posible concluir que ha quedado acreditada la causal de caso fortuito o fuerza mayor en el presente caso.
- ✓ Siendo ello así, la situación descrita imposibilita el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes en el CONTRATO y, en consecuencia, supone su exoneración de responsabilidad. En efecto, a través de diversas comunicaciones, ambas partes han reconocido que la falta de entrega y liberación de áreas de terrenos por parte del Concedente al Concesionario, imposibilita que el CONSORCIO SUPERVISOR pueda cumplir con sus obligaciones de supervisión de ejecución de las Obras, toda vez que éstas se encontraban paralizadas desde marzo de 2013 (puesto que la construcción del tramo Piura – Sullana concluyó en febrero de 2013), al no existir frentes de trabajo libres. Asimismo, esta situación a su vez impedía que OSITRAN pueda pagar la contraprestación pactada en el CONTRATO, toda vez que de conformidad con el numeral 12.9 de los Términos de Referencia, el 90% del monto total contratado será pagado en valorizaciones mensuales aprobadas de acuerdo al porcentaje de avance de valorización de obra.
- ✓ Resulta oportuno referir que el CONTRATO establece como consecuencia inmediata de la configuración de un evento de caso fortuito o fuerza mayor, la suspensión de obligaciones para las partes, tal como se indica en la Cláusula 13.3 del CONTRATO.
- ✓ Por lo tanto, queda claro que una vez ocurrido el evento de caso fortuito o fuerza mayor, automáticamente se entienden suspendidas las obligaciones de las partes, sin que para ello sea necesaria la suscripción de una adenda o acuerdo complementario al CONTRATO. En el caso bajo análisis, las labores de supervisión de la ejecución de las Obras culminaron en el mes de febrero del año 2013, tal como ha sido reconocido por el propio CONSORCIO SUPERVISOR mediante Carta

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

C/056.07.05.2013.CSAS.RL-OSI-GS y Carta C/0063.10.06.2013.CSAS.RL-OSI.GS. y por OSITRAN con Informe No. 1167-2013-GS-OSITRAN e Informe No. 001-2013-GS-GAF; por lo tanto, se entiende que a partir del mes de marzo de 2013 operó la suspensión del cumplimiento de obligaciones para las partes por caso fortuito y fuerza mayor, en aplicación estricta de lo dispuesto en la Cláusula 13.3 del CONTRATO.

- ✓ Lo expuesto ha sido acreditado por OSITRAN, además, con la última valorización presentada por el CONSORCIO SUPERVISOR a OSITRAN mediante Carta C/0061.10.05.2013 (Valorización No. 19), la misma que corresponde al mes de febrero de 2013, que fue el último mes en que realizó labores de valorización de obra, teniendo por tanto OSITRAN la obligación de efectuar el pago, toda vez que tal como se ha indicado, de conformidad con el numeral 12.9 de los Términos de Referencia, el 90% del monto total contratado debe pagarse en valorizaciones mensuales, las cuales son aprobadas de acuerdo al porcentaje de avance de valorización de obra.
- ✓ Sin perjuicio de ello y a pesar que el CONSORCIO SUPERVISOR en su Carta C/00063.10.06.2013.CSAS.RL-OSI.GS reconoció expresamente que la supervisión de la ejecución de obras culminó en el mes de febrero, alega que continuó emitiendo los informes requeridos por OSITRAN hasta el mes de mayo. Al respecto, es necesario precisar que tales obligaciones se encuentran consignadas en los términos de referencia del CONTRATO y, por tanto, no constituyen prestaciones adicionales o externas a las estrictamente contractuales. En efecto, el numeral 9.4 de la Sección VII de los Términos de Referencia señala: "Los pagos al Supervisor serán respaldados por la presentación oportuna de los Informes Mensuales de Servicios correspondientes, según las consecuencias descritas en el punto 9.5 del presente y un Informe Final (9.6)".
- ✓ En ese sentido, se advierte que tanto el informe mensual No. 19, como la Valorización No. 19 (ambos documentos correspondiente a la supervisión del mes de febrero) fueron presentados por el CONSORCIO SUPERVISOR recién el 13 de mayo de 2013, siendo la tramitación de éstos de su absoluta responsabilidad.
- ✓ Ahora bien, cabe tener presente que el CONTRATO establece la obligación de aquella parte que se encuentra impedida de cumplir con sus obligaciones, debido a un evento de fuerza mayor o caso fortuito, de comunicar a la otra tal circunstancia, tan pronto como

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

sea posible después de ocurrido tal evento (numeral 13.2 del CONTRATO).

- ✓ En el presente caso, de la revisión de los documentos remitidos a esta Gerencia se advierte que la ocurrencia del evento de caso fortuito o fuerza mayor fue de conocimiento de OSITRAN, el 15 de marzo de 2013, fecha en la que se firmó el Acta de Aceptación de la Obra Sub Tramo Piura Sullana de la Autopista del Sol, por parte del Concesionario, el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN (miembros del Comité de Recepción). Cabe indicar que el procederse con la recepción de esta obra, resultaba claro que el Concesionario no tenía otros frentes para continuar con la ejecución de obras, y por ende, el CONSORCIO SUPERVISOR carecía de Obras para supervisar. Adicionalmente, con posterioridad, ambas partes emitieron sendas comunicaciones determinando la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por causas no atribuibles a ellas, debido a que el Concedente no cumplió con entregar los terrenos liberados al Concesionario, impidiendo así la continuación de la ejecución y supervisión de las obras.
- ✓ En virtud a lo expuesto se advierte el cumplimiento de los dispuesto en la Cláusula 13.2 del CONTRATO, al haberse comunicado el evento de caso fortuito o fuerza mayor, después de ocurrido el evento.
- ✓ Es importante tener presente que, como se ha indicado anteriormente, en aplicación estricta de la Cláusula 13.4 del CONTRATO, la suspensión de obligaciones operó inmediatamente desde la configuración del evento de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que no resultaba necesaria la suscripción de una adenda.

• Respecto a la resolución del CONTRATO ante la configuración de un evento de caso fortuito o fuerza mayor:

- ✓ Por regla general, cuando se celebra un contrato, el contratista se compromete a ejecutar la prestación a su cargo, sea cual fuere ésta, y la Entidad se obliga, a su vez, a ejecutar su contraprestación que, esencialmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por su prestación. En virtud de ello, el contrato se entiende cumplido cuando ambas partes satisfacen oportunamente y debidamente sus reciprocas prestaciones.

No obstante que el fallecimiento de la relación contractual mediante el cumplimiento íntegro de las prestaciones es la

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

situación esperada para las partes que suscriben el contrato, ésta no es la única forma en que puede darse por culminada la relación contractual. En efecto, una de las causas de terminación de la relación contractual es la resolución del contrato.

- ✓ Al respecto, la Cláusula 13.4 del CONTRATO establece: "Si la paralización de los servicios por fuerza mayor subsistiese por un periodo de sesenta (60) días calendarios, OSITRAN o EL SUPERVISOR mediante Carta Notarial, podrá resolver el Contrato, salvo que dichas partes decidieran la continuación de los servicios reajustando los términos del Contrato de común acuerdo".
- ✓ En la misma línea, la Cláusula 12.2 del CONTRATO señala: "OSITRAN podrá resolver unilateralmente este Contrato por causa de fuerza mayor que hagan imposible a cualquiera de las partes continuar con los servicios y prestaciones pactadas. En este caso, OSITRAN procederá al pago de los servicios efectivamente prestados".
- ✓ Se advierte entonces, que el CONTRATO contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda resolver el CONTRATO, sin responsabilidad para alguna de ellas, ante los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor que imposibiliten de manera definitiva la continuación del CONTRATO. En efecto, el caso fortuito y la fuerza mayor constituyen hechos que pueden afectar el normal desenvolvimiento de las prestaciones en la ejecución contractual, siendo por ello causa suficiente para solicitar la resolución del contrato, en caso que su existencia impida continuar con la ejecución de la prestación debida.
- ✓ En el presente caso, dado que la suspensión de obligaciones ha operado desde marzo del año 2013, se verifica que a la fecha ha transcurrido en exceso el plazo establecido en la referida cláusula, sin que al día de hoy haya desaparecido la fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, motivo por el cual éstas tienen expedito su derecho a resolver el CONTRATO.
- En relación a los argumentos vertidos por el CONSORCIO SUPERVISOR sobre la Primera Pretensión, OSITRAN argumenta como defensa – teniendo como base el Informe Técnico No. 781-2014-GSF-OSITRAN de fecha 14.03.14 – los siguientes argumentos:
 - ✓ De conformidad con el numeral 10.2 del CONTRATO, mediante Oficio No. 2829-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011,

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la orden de iniciar el servicio de supervisión de la totalidad de las Obras de construcción de la Segunda Calzada (incluyendo las Obras de desempate de la Propuesta Técnica de la Concesionaria), precisando que el inicio de las labores de supervisión eran a partir del 1 de agosto de 2011, cuya plazo se extiende hasta la aceptación de las obras de construcción por parte del Concedente, conforme al CONTRATO (Anexo A-2 de la contestación de la demanda).

- ✓ Posteriormente, mediante Carta C.01393.12 de fecha 19 de diciembre de 2012, el Concesionario comunicó al Concedente que el 21 de diciembre de 2012 estará culminando la ejecución de las Obras Viales correspondientes al tramo Piura – Sullana. Obras que fueron iniciadas en virtud del Acta de Trato Directo (suscrita entre el MTC – Concedente y COVISOL – Concesionario) de fecha 1 de marzo de 2011, de la cual tenía conocimiento el CONSORCIO SUPERVISOR; asimismo el Concesionario comunica al Concedente que no cuenta con nuevos frentes de trabajo, toda vez que no ha recibido nuevas áreas de terreno, libres de interferencias, ocupantes e invasores, conforme se encuentra establecido en la Cláusula 5.12 del Contrato de Concesión (Anexo A-3 de la contestación de la demanda).
- ✓ En tal sentido, teniendo en cuenta que el Concesionario se encontraba próximo a culminar la ejecución de las obras del tramo Piura – Sullana, y que no contaba con nuevos frentes de trabajo, debido a que el Concedente no entregó al Concesionario nuevas áreas de terreno para la construcción de las obras, se presentó un caso imprevisto descrito como caso fortuito o de fuerza mayor, el cual, trajo como consecuencia que el CONSORCIO SUPERVISOR se queda sin frente de trabajo para supervisar. Es debido a ello, que con la finalidad de no generar perjuicios económicos y gastos innecesarios a ambas partes, OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR acordaron suscribir una Adenda, cuyo objetivo sea suspender las obligaciones del CONTRATO, por un periodo de seis (6) meses a partir de la suscripción de la referida Adenda.
- ✓ OSITRAN considera, además, que el CONSORCIO SUPERVISOR actuó de mala fe de acuerdo a la secuencia lógica de los hechos que realmente sucedieron.

Mediante Nota No. 484-2013-GS-OSITRAN de fecha 3 de julio de 2013, la Gerencia de Supervisión comunica a la Gerencia General

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

que no habiendo una fecha determinada para el reinicio de las obras en la Concesión de la Autopista del Sol, es que se sugiere la suscripción de una Adenda con el objeto de suspender las obligaciones del CONTRATO, por un periodo de seis (6) meses a partir de la suscripción de la referida Adenda (Anexo A-16 de la contestación de la demanda).

Mediante Carta No. C/0066.05.07.2013.CSAS.RL-OSI.GAF de fecha 8 de julio de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR remite a OSITRAN un borrador de Adenda No. 1, actualizado, señalando que de común acuerdo se pueden establecer los términos en los que se suscribiría la mencionada Adenda (Anexo A-17 de la contestación de la demanda).

Mediante Carta No. C/0067.10.07.2013.CSAS.RL-OSI.GG de fecha 10 de julio de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que el día 9 de julio de 2013 había presentado ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú una solicitud de arbitraje para resolver las controversias surgidas (ver Anexo A-18 de la contestación de la demanda).

- ✓ De acuerdo con los hechos, se puede concluir que, desde un principio existió la predisposición por parte de OSITRAN de suscribir una Adenda con el CONSORCIO SUPERVISOR, cuyo objetivo sea suspender las obligaciones del CONTRATO, por un periodo de seis meses a partir de la suscripción de la referida Adenda, debido a que el Concesionario se quedó sin frentes de trabajo y por ende el CONSORCIO SUPERVISOR tampoco tenía frentes de trabajo para supervisar, prueba de ello, es que se convocó al CONSORCIO SUPERVISOR a varias reuniones que se llevaron a cabo en las oficinas de OSITRAN así como existe comunicaciones que se intercambiaron con el CONSORCIO SUPERVISOR.
- En relación a la alegación efectuada por el CONSORCIO SUPERVISOR indicando que laboró hasta el 15.10.13, OSITRAN precisa que:
 - ✓ Mediante Carta No. C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GS de fecha 6 de febrero de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que con fecha 1 de enero de 2013 había procedido a desmovilizar al personal que trabaja en la supervisión, lo cual fue acordado con la Gerencia de Supervisión (Anexo A-23 de la contestación de la demanda). Esta carta confirmaría que el CONSORCIO SUPERVISOR reconoce que el hecho que el

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

Concesionario no cuente con nuevos frentes de trabajo – que motivó la suspensión de obligaciones del CONTRATO.

- ✓ Sin embargo, debido a que el Concesionario mediante Carta No. C.00103.13 de fecha 29 de enero de 2013, solicitó la aprobación de las Obras del Tramo Piura – Sullana (Ver Anexo a-24 de la contestación de la demanda) y siendo la obligación del CONSORCIO SUPERVISOR, brindar apoyo incondicional al Comité de Aceptación de Obras, tal como lo establece el numeral 6.33 de los Términos de Referencia, el CONSORCIO SUPERVISOR prestó servicios hasta la culminación total de las obras del tramo Piura – Sullana (16 de febrero de 2013) (Ver Anexo A-26 de la contestación de la demanda), con personal mínimo, básicamente conformado por el Jefe de Supervisión y el Administrador de Contratos y a tiempo parcial el Especialista de Puentes, Especialista en Medio Ambiente y el Asistente en Trazo y Topografía tal como se detalla en el Informe Mensual No. 19 febrero 201 presentado por el CONSORCIO SUPERVISOR (Ver Anexo A-27 de la contestación de la demanda).
- ✓ Cabe aclarar que a partir del 16 de febrero de 2013, el Concesionario ya no ejecutó obra alguna debido a que no tenía nuevos frentes de trabajo, por tanto, el CONSORCIO SUPERVISOR tampoco tenía frentes de trabajo para supervisar.
- ✓ De acuerdo con lo anterior, OSITRAN concluye que el propio CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que suspendió sus obligaciones del CONTRATO habiendo desmovilizado al personal que trabajaba en la suspensión a partir del 1 de enero de 2013, por tanto, lo manifestado por el CONSORCIO SUPERVISOR en el sentido que siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 hasta la fecha que se resolvió el CONTRATO (el 15 de octubre de 2013) es inexacta.
- En relación a la alegación efectuada por el CONSORCIO SUPERVISOR en el sentido que OSITRAN habría resuelto el CONTRATO en forma ilegal y fuera de todo contexto de buena fe:
 - ✓ De acuerdo a lo señalado, OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR venían negociando el alcance de la suscripción de una Adenda al CONTRATO.
 - ✓ Sin embargo, mediante Carta No. C/0067.10.07.2013.CSAS.RL-OSI.GG de fecha 10 de julio de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que el día 9 de julio de 2013

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velachaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

había presentado ante el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú una solicitud de arbitraje para resolver las controversias surgidas (Anexo A-18 de la contestación de la demanda).

- ✓ En tal sentido, mediante Oficio No. 183-2013-GG-OSITRAN de fecha 15.07.13, OSITRAN manifestó que la conducta del CONSORCIO SUPERVISOR había sido contraria a la buena fe contractual, al haber planteado una solicitud de arbitraje sobre aspectos que se venían negociando y que aún no se encontraban concluidos, ni discutidos en su integridad. Consecuentemente, se le exhortó al CONSORCIO SUPERVISOR a que cumpla con sus obligaciones conforme al CONTRATO, reservándose OSITRAN el derecho de iniciarle las acciones legales pertinentes por su actuar contrario a la buena fe (Anexo A-19 de la contestación de la demanda).
 - ✓ De acuerdo a lo anterior, la afirmación efectuada por el CONSORCIO SUPERVISOR en el sentido que OSITRAN resolvió el CONTRATO de forma ilegal y fuera de todo contexto de buena fe, resulta inexacta, por cuanto fue el propio CONSORCIO SUPERVISOR quien mostró una conducta contraria a la buena fe contractual, al haber planteado una solicitud de arbitraje sobre aspectos que se venían negociando y que aún no se encontraban concluidos, ni discutidos en su integridad, tal como se indicó en el Oficio No. 183-2013-GG-OSITRAN de fecha 15.07.13.
- En relación al reinicio de Obras en la vía de evitamiento Piura:
- ✓ Respecto a lo señalado por el CONSORCIO SUPERVISOR en los numerales 3.7 y 3.8 del escrito No. 1 relativo al reinicio de la construcción en la vía de Evitamiento Piura, OSITRAN manifiesta que mediante Oficio No. 1530-2013-MTC/25 el Concedente señala, entre otros, que los terrenos correspondientes al Derecho de Vía del tramo Trujillo – Chiclayo se encuentran con interferencias y ocupantes, asimismo señala que adjunto a dicho oficio remite el Acta de entrega de las áreas de terreno para la construcción del Evitamiento Piura (Anexo A-28 de la contestación de la demanda).
 - ✓ Sin embargo, OSITRAN señala que dicha entrega de terrenos por parte del Concedente al Concesionario son ínfimos y no correspondieron a tramos continuos, por tanto, el Concesionario tuvo dificultad al momento de ejecutar las obras por la discontinuidad de los tramos pequeños tal como lo informe el

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Túeros

Concesionario en el Informe de Avances de Obra correspondientes al mes de octubre de 2013 (IAO No. 01-2013) folio 016 presentado con Carta C.001140.13 de fecha 11 de noviembre de 2013 (Anexo A-29 de la contestación de la demanda). Asimismo, el Concesionario debido a los problemas señalados no pudo realizar trabajos de gran magnitud, limitándose a realizar trabajos preliminares como replanteo topográfico, desbosque y desbroce los cuales no fueron valorizados por el Concesionario por ser el avance ínfimo, lo cual fue informado en el ítem 6 Avances de Construcción en el mes (Ver Anexo A-30 de la contestación de la demanda).

- ✓ Por otro lado, mediante Asientos No. 78 y 80 del Libro de Obra, el Concesionario comunicó que desde el día 3 de enero de 2014, los pobladores afectados por la vía de evitamiento Piura, no permiten la ejecución de los trabajos ni el paso por sus predios, señalando que solo dejarán trabajar si Proviñas Nacional les cancela el valor de los terrenos que serán afectados por la Obra, dicho problema fue puesto en conocimiento por parte de OSITRAN al Concedente mediante Oficio No. 502-2014-GSF-OSITRAN (Ver Anexo A-31 de la contestación de demanda).
- ✓ En conclusión, los terrenos entregados por el Concedente al Concesionario son ínfimos, que no permiten ejecutar Obras al Concesionario con normalidad y en el supuesto negado que el CONSORCIO SUPERVISOR hubiera supervisado dicha obra, se habrían generado mayores costos al supervisor innecesariamente por cuanto no se podría valorizar debido a que la forma de pago al CONSORCIO SUPERVISOR es de acuerdo al porcentaje de avance de la Obra, según lo establecido en los Términos de Referencia y el CONTRATO.

3.2) En relación a la Segunda Pretensión Principal:

- ✓ OSITRAN señala que la resolución del CONTRATO se efectuó en el marco de lo dispuesto en el numeral 13.4 del CONTRATO.
- ✓ En efecto, la resolución del CONTRATO se efectuó en base al Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN de fecha 25 de setiembre de 2013 (Anexo A-34 de la contestación de la demanda) y mediante el Informe No. 2433-2013-GS-OSITRAN de fecha 15 de octubre de 2013 (Anexo A-35 de la contestación de la demanda). La Gerencia de Supervisión emita el Informe Complementario al Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN, mediante el cual se ratifica en las conclusiones y

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

recomendaciones señaladas en el Informe No. 001-2013-GS-GAF-OSITRAN.

- ✓ En consecuencia, la resolución del CONTRATO la efectuó OSITRAN dentro del marco normativo legal dispuesto en el numeral 13.4 del CONTRATO; al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor (teniendo como base sendos informes técnicos emitidos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN), esto es sin culpa del CONSORCIO SUPERVISOR ni de OSITRAN. En ese sentido, la afirmación del CONSORCIO SUPERVISOR en el sentido que ha sido ilegal, arbitraria y sin fundamento alguno no sólo es inexacta sino que carece de sustento; por cuanto la resolución del CONTRATO no se dio por causa imputable a OSITRAN; como alega el CONSORCIO; sino que se debió al incumplimiento del Concedente; que devino en dejar sin frente de trabajo al CONSORCIO SUPERVISOR.

3.3) En relación a la Tercera Pretensión Principal.

- OSITRAN solicita que se declare infundada atendiendo a los alcances del Informe No. 781-2014-GSF-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN que señala:
 - ✓ La supuesta manera de calcular la utilidad por el CONSORCIO SUPERVISOR no se ajusta a lo establecido en los Términos de Referencia del CONTRATO.
 - ✓ Sobre el particular debe tenerse en consideración el numeral 8.4 del CONTRATO que señala: "*Los pagos se realizarán bajo las condiciones determinadas en el punto 12.0 de la sección VII: Términos de Referencia*".
 - ✓ OSITRAN impuso al CONSORCIO SUPERVISOR la penalidad establecida en el numeral 11.1 del CONTRATO, ascendente a US\$ 11,333,33, por ausencia del Jefe de Supervisión, de la oficina de Supervisión en Piura y de la Obra desde el día 7 al 31 de mayo de 2012 por el periodo de 25 días, el mismo que fue determinado mediante Resolución de Gerencia General No. 052-2012-GG-OSITRAN de fecha 10 de agosto de 2012, el cual fue cancelado por el CONSORCIO SUPERVISOR sin ninguna apelación con lo cual acepto su fala y con lo cual mostró su informalidad y falta de seriedad al momento de brindar el servicio de supervisión (Anexo A-36 de la contestación de la demanda).

3.4) En relación a la Cuarta Pretensión Principal.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

- El CONSORCIO SUPERVISOR alega que la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN habría afectado la imagen del CONSORCIO SUPERVISOR; en tanto, tal resolución sería unilateral, ilegal e implicó el no respeto al CONTRATO.
- Sin perjuicio que OSITRAN no niega que una persona jurídica puede – eventualmente – ser titular del derecho a la buena reputación, la cual podría verse afectada; OSITRAN precisa que en el presente caso no se da dicho supuesto; y menos se ha acreditado el supuesto daño moral en atención a lo cual no procede pago alguno por tal concepto.
- En efecto, tal y como se ha precisado la resolución contractual que efectuó OSITRAN estuvo plenamente sustentada tanto técnica como normativamente, al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor que implica eximir de cualquier responsabilidad tanto al CONSORCIO SUPERVISOR y a OSITRAN al no ser posible el cumplimiento de sus obligaciones – derivado del incumplimiento del Concedente de entregar los terrenos para la construcción de obras en el tramo Trujillo – Chiclayo, libres de interferencias, invasores u otros. En ese sentido, la resolución contractual tiene sustento y no resulta ilegal ni contrario a las propias estipulaciones contractuales.
- Conforme al propio CONTRATO – y verificada la configuración del supuesto caso fortuito o fuerza mayor – OSITRAN estaba facultado a resolver el CONTRATO de manera unilateral; facultad que también estaba concedida a favor del CONSORCIO SUPERVISOR; siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en la Cláusula 13.4 del CONTRATO.
- Está probado que la paralización de la ejecución de la obra para cuya supervisión fue contratado el CONSORCIO SUPERVISOR excedió los sesenta (60) días (sólo si referencialmente se toma como rango el periodo comprendido entre marzo de 2013 – ya que el CONSORCIO SUPERVISOR cumplió con supervisar la obra el 16 de febrero de 2013 – y octubre de 2013, mes en que se resolvió el CONTRATO).
- También está acreditado que OSITRAN procedió a resolver el CONTRATO mediante Carta remitida por conducto notarial la Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 15.10.13, comunicada al CONSORCIO SUPERVISOR el 22.10.13.
- El CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN estuvieron negociando la suscripción de una Adenda con la finalidad de suspender temporalmente las obligaciones de ambas partes derivadas del CONTRATO; adenda que finalmente no se suscribió por cuanto habían temas en que las

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

partes no se ponían de acuerdo (uno de ellos referidos a la calificación del personal profesional de reemplazo).

- Sin perjuicio de lo anterior, está demostrado que ante la configuración de la causal de caso fortuito o fuerza mayor y de acuerdo con el propio CONTRATO, las obligaciones de las partes se entienden suspendidas de manera automática; sin que para ello sea necesario la suscripción de una Adenda.
- Sin perjuicio de lo señalado, OSITRAN sí estuvo negociando la suscripción de la Adenda, pero no fue factible su suscripción.
- No puede existir daño moral, al estar acreditado que la resolución contractual es legal y regular, por tanto, carece de sustento esta pretensión; pues con dicha resolución OSITRAN en modo alguno ha dañado la imagen del CONSORCIO SUPERVISOR.
- Finalmente, en la propia resolución del Tribunal Constitucional aparejada en con el escrito de demanda (Sentencia No. STC 0905-2001-AA) se estipula la afectación de la buena reputación de una persona jurídica de derecho privado se da ante un supuesto de ataque contra la imagen; lo cual no se ha dado en el presente caso; no siendo razonable atribuir a OSITRAN una responsabilidad por haber ejercido un mecanismo de resolución contractual; en consecuencia, OSITRAN solicita desestimar la pretensión que está fuera de contexto y de la realidad suscitada en relación a la ejecución del CONTRATO.

3.5) En relación a la Quinta Pretensión Principal.

- En la Nota No. 066-2014-TESORERÍA-GAF-OSITRAN de fecha 25.03.14 se precisó sobre la frustrada ejecución de las cartas fianzas a favor de OSITRAN; las mismas que no pudieron ser ejecutadas, en virtud de la medida cautelar solicitada y concedida al CONSORCIO SUPERVISOR por el 15º Juzgado Comercial de Lima.
- Asimismo, OSITRAN efectuó un adelanto del 20% del monto contractual al CONSORCIO SUPERVISOR que ascendió a la suma de US\$ 2'141,582.14, monto que supera largamente el costo del servicio efectivamente prestado por el CONSORCIO SUPERVISOR, cuya diferencia se ha negado a devolver a OSITRAN, pese a los requerimientos efectuados.
- Como se aprecia es OSITRAN quien se ha visto afectado, al no haber podido ejecutar las cartas fianza otorgadas a su favor, por tanto, el perjuicio fue para OSITRAN.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- El CONSORCIO SUPERVISOR pretende que el proceder irregular del Banco de Crédito del Perú – por consignar la suma que garantizaba la Carta Fianza por Adelanto al 15º Juzgado Comercial de Lima – se atribuya como responsabilidad a OSITRAN, cuando nunca se vio favorecido con ejecución alguna de las cartas fianza.
- Finalmente el CONSORCIO SUPERVISOR no ha acreditado el supuesto perjuicio causado y menos el monto al que ha arribado por la supuesta indebida ejecución de carta fianza.

3.6) En relación a la Sexta Pretensión Principal:

- OSITRAN solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada dicha pretensión por cuanto no tiene sustento sus demás pretensiones y el presente arbitraje lo ha iniciado de mala fe a sabiendas que la causa de resolución del CONTRATO se configuró – y que tuvo su origen en el incumplimiento del Concedente de su obligación de entregar los terrenos liberados de interferencias, ocupantes e invasores para que el Concesionario ejecute las Obras del tramo pendiente: Trujillo – Chiclayo – y además que alegaba falsamente que siguió prestando sus servicios hasta la fecha de resolución contractual, esto es, octubre de 2013, alegación fuera de la realidad por falsa.

V. RECONVENCIÓN

Mediante escrito presentado el 27 de marzo de 2014, OSITRAN formula reconvención, en los siguientes términos.

OSITRAN demanda en vía de reconvención que el CONSORCIO SUPERVISOR asuma el pago de una indemnización por el perjuicio que ha causado a OSITRAN ascendente a US\$ 500,000.00 (quinientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) así como el pago de intereses legales computados desde el 10.12.13 – fecha en que se solicitó la ejecución de las cartas fianzas – hasta la fecha en que se efectivice la devolución de la diferencia del adelanto entregado al CONSORCIO SUPERVISOR menos el costo de la supervisión efectivamente realizada; no sólo por haber iniciado de mala fe el presente arbitraje, a sabiendas que la causa de la resolución del CONTRATO se configuró – y que tuvo su origen en el incumplimiento del Concedente de su obligación de entregar los terrenos liberados de interferencias, ocupantes e invasores para que el Concesionario ejecute las Obras del tramo pendiente: Trujillo – Chiclayo, hecho que es más que evidente y nunca fue negado por el CONSORCIO SUPERVISOR – y además porque se alega falsamente que siguió prestando sus servicios hasta la fecha de resolución contractual, esto es, octubre de 2013; alegación fuera de la realidad por falsa; además de negarse a devolver la diferencia del adelanto entregado según el CONTRATO – adelanto que fue del 20%, ascendente a US\$ 2'141,582.14 – ya que

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocagua (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

sólo prestó sus servicios de supervisión por 18.83 meses y no más de ello, como falsamente alega, prueba de lo cual emitió 19 valorizaciones; la última de las cuales correspondió al servicio prestado por el mes de febrero de 2013.

En cuanto a los fundamentos de hecho; por economía procesal OSITRAN se remite a lo argumentado en la contestación de la demanda.

En cuanto a los fundamentos de derecho OSITRAN expresa que los mismos se encuentran contenidos en las Bases Integradas, el CONTRATO, así como el Código Civil, en relación a las instituciones del caso fortuito y la fuerza mayor.

VI. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Mediante escrito presentado el 28 de abril de 2014, CONSORCIO SUPERVISOR contesta la reconvención, en los siguientes términos.

- 1) Respecto a la Primera Pretensión de la Reconvención.- “Que el demandante, Consorcio Supervisor Autopista del Sol, asuma el pago de una indemnización por el perjuicio que ha causado a OSITRAN ascendente a US\$ 500,000.00 (quinientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América”.
- 1.1) El argumento principal de la reconvención planteada por OSITRAN ha sido que supuestamente el CONSORCIO SUPERVISOR “inició de mala fe el presente arbitraje; a sabiendas que el arbitraje se configuró – y que tuvo su origen en el incumplimiento del Concedente, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, de su obligación de entregar los terrenos liberados de interferencias, ocupantes e invasores para que el concesionario ejecute las obras del tramo pendiente: Trujillo – Chiclayo; hecho que es más que evidente y nunca fue negado por la parte actora – y además porque alega falsamente que siguió prestando sus servicios hasta la fecha de resolución contractual, esto es, octubre de 2013; alegación fuera de la realidad por falsa; además de negarse a devolver la diferencia del adelanto entregado según el CONTRATO – adelanto que fue del 20%, ascendente a US\$ 2'141,582.14; ya que solo prestó sus servicios de supervisión por 18.83 meses y no más de ello, como falsamente alega; prueba de lo cual remitió 19 valorizaciones; la última de las cuales correspondió al servicio prestado en el mes de febrero de 2013”.
- 1.2) Al respecto, CONSORCIO SUPERVISOR señala que lo afirmado por OSITRAN resulta falso ya que la resolución contractual efectuada por dicha entidad por la supuesta causal de caso fortuito o fuerza mayor resulta ilegal toda vez que en varias ocasiones el CONSORCIO SUPERVISOR envió a la OSITRAN el Borrador de Adenda del Contrato de Supervisión, el cual planteaba la suspensión de las obligaciones por seis (6) meses debido a la paralización de la obra no imputable a la Supervisión, no obstante, OSITRAN se limitó en señalar que la paralización de la obra era un hecho no imputable a OSITRAN sino al incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, por lo que el Supervisor – en vista que no había respuesta alguna por parte de OSITRAN respecto al Borrador de Adenda del Contrato de Supervisión, que proponía la suspensión de obligaciones por seis (6) meses – siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 (fecha de inicio de supervisión) hasta la fecha que resolvieron unilateralmente el contrato de supervisión (15 de octubre de 2013).

- 1.3) Incluso, el CONSORCIO SUPERVISOR pese a la paralización de la obra siguió brindando sus servicios de supervisión en cumplimiento del CONTRATO, que no sólo desconoció una situación real como fue la falta de reinicio de las obras por parte del Concesionario, lo cual implicaba la suspensión de las labores de supervisión por parte del CONSORCIO SUPERVISOR, sino que resolvió el CONTRATO en forma ilegal y fuera de todo contexto de buena fe que une a las partes, ya que la entrega y liberación de áreas de terreno no resultaba un evento de caso fortuito o fuerza mayor debido a que OSITRAN tenía la opción de continuar con el CONTRATO conforme al numeral 13.4
- 1.4) Entonces, como se puede observar OSITRAN lejos de optar por la continuación de los servicios a través de una Adenda, como fue peticionado reiteradamente por el CONSORCIO SUPERVISOR y que no hubo respuesta a dicho requerimiento por OSITRAN, optó por resolver el CONTRATO, contraviniendo la cláusula antes señalada, afirmando que había operado el caso fortuito o fuerza mayor para tal fin.
- 1.5) Entonces, la resolución contractual efectuada por OSITRAN es ilegal y fuera de todo contexto de buena fe entre las partes, debido a que no nos encontramos ante un evento de caso fortuito o fuerza mayor conforme lo define el Código Civil en su artículo 1315, ya que ninguno de los tres requisitos, llámese extraordinario, imprevisible e irresistible, se ha configurado en el presente caso.
- 1.6) Más aún si los trabajos de construcción en la vía de Evitamiento de Piura se habían reiniciado al poco tiempo, por lo que resulta falso que no se había liberado ni hecho entrega de áreas de terreno pro parte del Concedente, como lo informamos a OSITRAN mediante Carta C/0080.18.10.2013.CSAS.JS.OS.GS de fecha de recepción 22 de octubre de 2013 (Anexo 1-W del escrito de demanda).
- 1.7) Por lo expuesto, CONSORCIO SUPERVISOR reitera que la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN resulta ilegal, sin sustento técnico normativo y arbitraria ya que como se ha señalado OSITRAN no sólo no optó por la continuación de los servicios a través de una Adenda – como fue

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

peticionado reiteradamente por el CONSORCIOS SUPERVISOR y que no hubo respuesta a dicho requerimiento por OSITRAN – como lo establece el numeral 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO, sino que resolvió el CONTRATO bajo la causal de caso fortuito y fuerza mayor, cuando no tenía sustento legal para hacerlo ya que ninguno de los presupuestos de dichas causales se cumplen en el presente caso.

- 1.8) Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, CONSORCIO SUPERVISOR manifiesta que la mala fe con la que actuó OSITRAN se verifica en el Acta de Verificación *in situ* de fecha 11 de noviembre de 2013 (Anexo 1-X del escrito de demanda) en el que se constató que las obras se encontraban ejecutándose por la empresa COVISOL, cuando supuestamente no tenían posibilidad para hacerlo por una supuesta falta de liberación de terrenos, por lo que no resulta cierto que haya existido caso fortuito y fuerza mayor como sustento para resolver ilegalmente el CONTRATO.
- 1.9) Ahora bien, respecto a la indemnización solicitada por OSITRAN, CONSORCIO SUPERVISOR señala que la misma resulta inverosímil dado que OSITRAN no argumenta ni prueba lo solicitado. En efecto, OSITRAN, sólo se limita a solicitar una indemnización sin sustento alguno.
- 1.10) Al respecto, debe tenerse en cuenta que dentro del sistema de responsabilidad civil, rige el principio fundamental por el cual: "Aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo", lo que presupone necesariamente que deben mediar factores atributivos de responsabilidad subjetiva, dolo y culpa del presunto agente. Esta norma ha sido recogida en el primer párrafo del artículo 1321 del Código Civil.
- 1.11) En segundo lugar, no basta con que exista un presunto daño, sino que ese hecho debe ser consecuencia inmediata y directa de la conducta del agente y, para ello, debe existir un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido, como lo señala el artículo 1321 del Código Civil.
- 1.12) Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1331 del Código Civil, la prueba de los daños y perjuicios corresponde al afectado por la inejecución de la obligación, estando obligado a comprobar su cuantía mediante una valorización, que deberá fijar el juez en forma equitativa.
- 1.13) En síntesis, para la procedencia de una demanda de daños y perjuicios deben cumplirse tres requisitos: 1) existencia de un daño cierto y reparable, atribuible a dolo o culpa del agente; 2) la existencia de un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido; y, 3) que el daño debe estimarse de acuerdo a criterios razonables y objetivos, que guarden proporción con el daño material mismo, cuya cuantía debe ser acreditada objetivamente por el actor (situación que no se ha presentado).

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- 1.14) En efecto, OSITRAN no ha acreditado tener derecho a indemnización al no existir un daño directo e inmediato. Situación que se corrobora por la ausencia de probanza de dichos daños. Asimismo, OSITRAN tampoco ha acreditado nexo causal entre los hechos invocados como constitutivos de daño y la conducta del CONSORCIO SUPERVISOR. Así, no existe un nexo de causalidad adecuado entre los hechos que invocó OSITRAN y el daño que alega como fuente generadora de una obligación de responsabilidad civil.
 - 1.15) OSITRAN no ha acreditado la existencia de criterios objetivos y cuantificables para la valorización del supuesto daño sufrido. Es decir, no ha probado el supuesto daño moral, sino que se ha limitado a señalar un monto arbitrario que no se sustenta en cálculo alguno. En tal sentido, en ningún caso resulta amparable el extremo referido a un daño inexistente, en razón a que la propia norma del Código Civil, condiciona su percepción a la acreditación de un daño incierto, cuantificable, cuya magnitud puede ser apreciada por el Juez (o Tribunal), presupuesto que bajo ningún punto de vista legal ha sido satisfecho por la presente acción.
 - 1.16) En consecuencia, lo solicitado por OSITRAN deviene en infundada.
- 2) Respecto a la Segunda Pretensión de la Reconvención. - "El pago de intereses legales computados desde el 10 de diciembre de 2013 – fecha en que solicitó la ejecución de las cartas fianzas – hasta la fecha en que se efectivice la devolución de la diferencia del adelanto entregado al Supervisor menos el costo de la supervisión efectivamente realizada".
- 2.1) Así como en la Primera Pretensión Reconvenida el argumento principal de la reconvención planteada por OSITRAN ha sido que supuestamente el CONSORCIO SUPERVISOR "inició de mala fe el presente arbitraje; a sabiendas que el arbitraje se configuró – y que tuvo su origen en el incumplimiento del Concedente, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de su obligación de entregar los terrenos liberados de interferencias, ocupantes e invasores para el concesionario ejecute las obras del tramo pendiente; Trujillo-Chiclayo; hecho que es más que evidente y nunca fue negado por la parte actora – y además porque alega falsamente que siguió prestando sus servicios hasta la fecha de resolución contractual, esto es, octubre del 2013; alegación fuera de la realidad por falsa; además de negarse a devolver la diferencia del adelanto entregado según contrato – adelanto que fue del 20% ascendente a US\$ 2'141,582.14; ya que solo prestó sus servicios de supervisión por 18.83 meses y no más de ello, como falsamente alega; prueba de lo cual remitió 19 valorizaciones; la última de las cuales corresponde al servicio prestado en el mes de febrero de 2013".
- 2.2) Al respecto, el CONSORCIO SUPERVISOR señala que con fecha 10 de diciembre de 2013, como consecuencia de la resolución indebida del

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

CONTRATO, entre otros, el Banco de Crédito recibió la orden de ejecutar la carta fianza por parte de OSITRAN, ejecutando dicha fianza pese a que el 11 de diciembre de 2013, el Décimo Quinto Juzgado Comercial de Lima comunicó a dicha entidad bancaria la no ejecución de la referida carta fianza, razón por la cual se cargó a la cuenta corriente la suma de US\$ 968,117.17 (novecientos sesenta y ocho mil ciento diecisiete y 17/100 dólares de los Estados Unidos de América (ver Anexo 1-B del escrito de demanda).

- 2.3) En virtud de ello es que se solicita en la demanda, que el Tribunal Arbitral declare la existencia de costos adicionales por la indebida ejecución de la carta fianza y por una parte de los mayores costos originados por la ilegal accionar de OSITRAN al resolver el CONTRATO ascendente a US\$ 290,677.01, ordenándose su pago a dicha entidad.
- 2.4) Quien actuó de mala fe fue OSITRAN ya que la resolución del CONTRATO por dicha entidad es ilegal y fuera de todo contexto de buena fe entre las partes, ya que no se trata de un evento de caso fortuito y fuerza mayor conforme lo define el Código Civil en su artículo 1315, ya que no se configuran los requisitos para su existencia, estos son: extraordinario, imprevisible e irresistible.
- 2.5) Por otro lado, el argumento de OSITRAN para resolver el CONTRATO fue que "esta se configuró y que tuvo su origen en el incumplimiento del Concedente, Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de su obligación de entregar los terrenos liberados de interferencias, ocupantes e invasores para que el concesionario ejecute las obras del tramo pendiente: Trujillo – Chiclayo", sin embargo, el Concesionario reinició con anterioridad trabajos de construcción en la Vía de Evitamiento de Piura, conforme se señala en la Carta C/0080.18.10.2013 (Ver Anexo 1-V del escrito de demanda), por lo cual resulta falso que no se haya hecho entrega y liberación de áreas de terrenos por parte del Concedente, lo que conllevaría que el accionar de OSITRAN resulta ilegal, abusivo y sin respaldo fáctico alguno.
- 2.6) Asimismo, OSITRAN ha señalado que el Supervisor "alega falsamente que siguió prestando sus servicios hasta la fecha de resolución contractual, esto es, octubre de 2013; alegación fuera de la realidad por falsa".
- 2.7) Al respecto, resulta evidente que el CONSORCIO SUPERVISOR - en vista que no había respuesta alguna por parte de OSITRAN respecto al Borrador de Adenda del CONTRATO, que proponía la suspensión de obligaciones por seis meses – siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 (fecha de inicio de supervisión) hasta la fecha que resolvieron unilateralmente el CONTRATO (15 de octubre de 2013).
- 2.8) En ese sentido, se reitera que el CONSORCIO SUPERVISOR siguió brindando sus servicios en diferentes tareas, a pesar que las obras se

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

encontraban paralizadas, que no pudieron ser descuidadas, asumiendo la determinación de contar con una cantidad reducida de personal, a fin de que el CONTRATO continúe vigente ante las condiciones adversas atribuibles a OSITRAN, situación que fue insostenible luego de que OSITRAN resolviera el CONTRATO de forma unilateral con fecha 15 de octubre de 2013, afectando los intereses del CONSORCIO SUPERVISOR.

- 2.9) Finalmente, el CONSORCIO SUPERVISOR señala que sí prestó servicios de supervisión hasta la fecha en que OSITRAN decidió resolver de forma unilateral el CONTRATO, por lo tanto no es cierto que se haya prestado los servicios de supervisión por 18.83 meses, como alega OSITRAN, ya que el CONSORCIOS SUPERVISOR pese a la paralización de la obra siguió brindando servicios de supervisión en cumplimiento del CONTRATO, que no sólo desconoció una situación real como fue la falta de reinicio de las obras por parte del Concesionario, lo cual implicaba la suspensión de las labores de supervisión por parte del CONSORCIO SUPERVISOR, sino que resolvió el CONTRATO de forma ilegal y fuera de todo contexto de buena fe que une a las partes, ya que la entrega y liberación de áreas de terrenos no resultaba un evento de caso fortuito o fuerza mayor debido a que OSITRAN tenía la opción de continuar con el CONTRATO conforme al numeral 13.4 de la misma, anteriormente señalado.
- 2.10) Por lo expuesto, el CONSORCIO SUPERVISOR solicita al Tribunal Arbitral declarar infundada ésta pretensión.

VII. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 19 de agosto del año 2014 se celebró la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en la que el Tribunal Arbitral, con la participación de las partes, estableció los puntos controvertidos, de conformidad con el artículo 48° del Reglamento aplicable al presente proceso, sobre la base de las pretensiones y defensas planteadas:

Respecto a la demanda (presentada el 3/03/2014) y a la contestación de la demanda (presentada el 19/03/2014):

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia y/ ilegalidad de la carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013, mediante la cual OSITRAN resolvió el Contrato.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que la resolución del Contrato fue por causa imputable a OSITRAN.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que OSITRAN pague al Consorcio Supervisor Autopista del Sol la utilidad dejada de percibir debido a la resolución del Contrato ascendente a la suma de US\$

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

648,468.96 (Seiscientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho y 96/100 Dólares Americanos), y por tanto ordenar a OSITRAN al pago indicado, más los impuestos que correspondan.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la existencia de mayores costos y/o daños y/o abuso del derecho ocasionados por la resolución del Contrato efectuada por OSITRAN ascendentes a la suma de US\$ 600,000.00 (Seiscientos mil y 00/100 Dólares americanos), y por tanto ordenar a OSITRAN el pago, más los impuestos que correspondan.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la existencia de daño moral y/o a la imagen por parte de OSITRAN al haber resuelto el Contrato, ascendente a la suma de US\$ 1'000,000.00 (Un millón y 00/100 Dólares Americanos), y por tanto ordenar su pago a OSITRAN.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la existencia de costos adicionales por la indebida ejecución de la Carta Fianza por el accionar de OSITRAN, ascendente a la suma de US\$ 290,677.01 (Doscientos noventa mil seiscientos setenta y siete y 01/100 Dólares Americanos) y por parte de los mayores costos originados por la resolución del Contrato de Supervisión, y por tanto ordenar su pago por parte de OSITRAN, más los impuestos que correspondan.

Séptimo Punto Controvertido: Determinar a quién o a quienes le(s) corresponde(n) asumir el pago de costos y costas del presente proceso arbitral.

Respecto a la reconvención (presentada el 27/03/2014) y a la contestación de la reconvención (presentada el 28/04/2014):

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Consorcio Supervisión Autopista Del Sol asuma el pago de una indemnización por el perjuicio que habría causado a OSITRAN, ascendente a US \$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 dólares americanos) así como el pago de intereses legales computados desde el 10/12/13.

El Tribunal Arbitral deja establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Asimismo, declara que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje literal b).

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral, las partes expresaron su conformidad.

Tribunal Arbitral:

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

VIII. MEDIOS PROBATORIOS

En la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, se dispuso admitir los siguientes medios de prueba:

a) Del CONSORCIO SUPERVISOR:

- **Demanda de fecha 3/03/2014:**

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de demanda que figuran en el Primer Otrosí Decimos como anexos del Anexo 1-D al Anexo 1-Z y Anexos 1.a y 1.b del referido escrito.

- **Contestación de la reconvención de fecha 28/04/2014:**

Los escritos a los que se hacen referencia en el Primer Otrosí Decimos del escrito de contestación de reconvención del numeral 1 al 4.

b) De OSITRAN:

- **Contestación de demanda de fecha 27/03/2014:**

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de contestación de demanda que figuran en el Numeral VII como Medios Probatorios del 7.1 si 7.7 y presentados, en el numeral VIII como Anexos del 8.1 al 8.6.

- **Reconvención de fecha 27/03/2014:**

En razón del Principio de Adquisición de Pruebas, OSITRAN hace suyos los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO SUPERVISOR en su escrito de demanda arbitral.

Los documentos ofrecidos y presentados en su escrito de reconvención que figuran en el Cuarto Otrosí Digo del numeral 2 al 7.

Así como los documentos presentados mediante escrito de fecha 4 de abril de 2014.

IX. ALEGATOS E INFORMES ORALES

Mediante Resolución No. 30, de fecha 14 de mayo de 2015, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, para que formulen sus alegaciones y conclusiones finales.

Mediante escritos presentados el día 22 de mayo de 2015 y el 25 de mayo de 2015, CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN respectivamente, presentaron sus alegatos.

Alegatos de CONSORCIO SUPERVISOR

Tribunal Arbitral
Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

CONSORCIO SUPERVISOR señala en su escrito de alegatos lo siguiente:

1) Los hechos:

- 1.1) Con fecha 25 de agosto de 2009 el Concesionario y el Concedente suscribieron el Contrato de Concesión. Como se señala en los Términos de Referencia del CONTRATO, OSITRAN al ser responsable de la supervisión de los Contratos de Concesión referidos a la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público está facultado para contratar empresas supervisoras para tal fin, por lo cual – luego de un concurso público – contrataron los servicios del CONSORCIO SUPERVISOR para la supervisión de la ejecución de las obras de la concesión.
- 1.2) Mediante Acta de Trato Directo de fecha 1 de marzo de 2011, suscrita entre el Concedente y el Concesionario (remitido por este último a OSITRAN mediante Carta C.00176.11 de fecha de recepción 10 de marzo de 2011) acordaron ejecutar obras entre las progresivas del Km. 1006 al Km 1017+900 a partir del 2 de marzo de 2011. En esta Acta se acordó que el inicio de la ejecución de obras en el tramo Piura – Sullana se contabilizaría a partir del día siguiente a la fecha de la última Acta de Entrega de Terrenos del tramo Piura – Sullana, libres de interferencias y ocupantes o invasores.
- 1.3) Posteriormente a este acto el 3 de mayo de 2011 el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN suscribieron el CONTRATO.
- 1.4) Mediante Oficio No. 2829-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR que: “(...) en el marco del numeral 10.2 del indicado contrato y el numeral 4.0 de los Términos de Referencia, comunicamos a usted que la Orden de Iniciar el servicio de Supervisión de la totalidad de las Obras de Construcción de la Segunda Calzada (Incluyendo las Obras de desempate de la Propuesta Técnica de la Concesionaria), será a partir del 01 de agosto del 2011, cuyo plazo se extiende hasta la Aceptación de las Obras de Construcción por parte del Concedente”.
- 1.5) En cumplimiento del Oficio No. 2829-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011, mediante Carta C/0009.01.08.2011.CSAS.JS-OSI-GS de fecha de recepción 5 de agosto de 2011, el CONSORCIO SUPERVISOR informó a OSITRAN sobre el inicio de los servicios de supervisión de la totalidad de las obras de construcción de la Segunda Calzada del tramo Trujillo – Sullana (incluyendo las Obras de Desempate de la Propuesta Técnica del Concesionario).
- 1.6) Luego de ello, mediante Carta C/00089.12.11.CSAS.JS-OSI.GS de fecha 14 de noviembre de 2011, el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN la posición del Concesionario en el Asiento del Libro de Obra No. 141 de

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

fecha 12 de noviembre de 2011, respecto a su intención de paralizar los trabajos de construcción de la Segunda Calzada del tramo Piura – Sullana, por el incumplimiento del Concedente en la entrega de los terrenos libres de ocupantes o invasores e interferencias.

- 1.7) Tal es así, que mediante Oficio No. 085-2012-GS-OSITRAN de fecha de recepción 18 de enero de 2012, OSITRAN requirió al CONSORCIO SUPERVISOR su posición respecto a la suscripción de una Adenda con el objetivo de suspender las obligaciones del CONTRATO por un periodo de seis (6) meses a partir de la suscripción de dicha Adenda debido a la comunicación del Concesionario donde suspendía su actividad constructiva hasta que no se le entregaran los tramos liberados.
- 1.8) Sin embargo, mediante Carta C/003.18.01.2012.CSAS.RL-OSI.GG de fecha de recepción 19 de enero de 2012 el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que el Concesionario reiniciaría los trabajos del tramo de prueba para la colocación de la carpeta asfáltica y la posterior ejecución de la carpeta asfáltica en todo el tramo imprimado (11.9 Km).
- 1.9) Luego de ello, a través del Oficio No. 372-2012-GS-OSITRAN de fecha de recepción 27 de enero de 2012, OSITRAN remitió al CONSORCIO SUPERVISOR el cronograma de ejecución para la colocación de la carpeta asfáltica en el tramo Piura – Sullana del Km. 1006 al Km. 1018, lo cual conllevo a la no paralización y suspensión de los servicios de supervisión ni sus obligaciones contractuales.
- 1.10) Posteriormente, mediante Carta C.01393.12 de fecha de recepción 18 de diciembre de 2012, el Concesionario informó al Concedente que el 21 de diciembre de 2012 culminaría la ejecución de las Obras Viales correspondientes al tramo Piura – Sullana, las mismas que fueron iniciadas en virtud del Acta de Trato Directo de fecha 1 de marzo de 2011. Cabe señalar que en dicha carta, el Concesionario señaló al Concedente que no se contaba con nuevos frentes de trabajo, toda vez que no se había recibido nuevas áreas de terreno, libres de interferencias ya sea de ocupantes e invasores, conforme se encontraba estipulado en la Cláusula 5.12 del Contrato de Concesión.
- 1.11) Tomando en cuenta la carta del Concesionario y los antecedentes que se tenían, el CONSORCIO SUPERVISOR fue citado por OSITRAN a una reunión programada para el 20 de diciembre de 2012. En dicha reunión se acordó que el CONSORCIO SUPERVISOR pondría a consideración de OSITRAN el borrador de Adenda No. 1 del CONTRATO, mediante el cual se suspenderían las obligaciones contractuales.
- 1.12) En ese sentido, mediante Carta C/0211.28.12.2012.CSAS.RL-OSI.GS de fecha 28 de diciembre de 2012 el CONSORCIO SUPERVISOR entregó a

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

OSITRAN el borrado de la Adenda No. 1 del CONTRATO, documento mediante el cual se suspenderían las obligaciones del CONTRATO por un plazo estimado de seis (6) meses, plazo que sería modificado en caso de las obras de construcción fueran reiniciadas antes del cumplimiento del mismo. En este documento el CONSORCIO SUPERVISOR realizó algunos planteamientos sobre los temas del personal profesional, las cartas fianzas, del monto de adelanto y del desfase económico – financiero del CONSORCIO SUPERVISOR.

- 1.13) Paralelamente, mediante Carta C.00103.13 de fecha de recepción 29 de enero de 2013 el Concesionario solicitó al Concedente la aprobación de las obras del tramo Piura – Sullana. Cabe señalar que la referida carta, fue enviada por parte de OSITRAN al CONSORCIO SUPERVISOR mediante Oficio No. 501-2013-GS-OSITRAN de fecha de recepción 4 de febrero de 2013, solicitándole la emisión de un informe.
- 1.14) Ahora bien, a través de la Carta C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GG de fecha 6 de febrero de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN que a la fecha no habían recibido respuesta por parte de OSITRAN respecto al borrador de Adenda No. 1 del CONTRATO.
- 1.15) Con fecha 11 de febrero de 2013, el Concesionario concluyó todas las obras del tramo Piura – Sullana. En ese sentido, con fecha 15 de marzo de 2013, el Concedente procedió a la aceptación de las obras construidas por el Concesionario en el tramo Piura – Sullana, suscribiéndose la respectiva Acta, con observaciones de tipo administrativo y en la que, entre otros la suscribió el Jefe de Supervisión. Cabe señalar que a la fecha, el CONSORCIO SUPERVISOR desconoce si se ha suscrito o no el documento final con el levantamiento de observaciones.
- 1.16) Mediante Oficio No. 640-2013-GS-OSITRAN de fecha de recepción 18 de febrero de 2013, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR que la propuesta de Adenda del CONTRATO se encontraba en evaluación por parte de OSITRAN.
- 1.17) A través de la Carta C/0056.07.05.2013.CSAS.RL-OSI.GS de fecha de recepción 8 de mayo de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR – considerando que a esa fecha las condiciones de la obra y de la supervisión seguían siendo modificadas en detrimento de ésta, y atendiendo que aún no había respuesta alguna de OSITRAN sobre el primer borrado de Adenda No. 01 – envió a OSITRAN un nuevo borrado de Adenda No. 01 del CONTRATO actualizado, que en líneas generales mantenía la esencia del documento anteriormente presentado, en particular, la de mantener la propuesta del CONSORCIO SUPERVISOR de suspender temporalmente las obligaciones del CONTRATO, por un plazo estimado de seis (6) meses calendario, plazo

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

que podía ser modificado en caso de que las obras se reiniciaran por el Concesionario ante del cumplimiento del mismo.

- 1.18) Sin embargo, mediante Oficio No. 257-13-GAF-OSITRAN de fecha de recepción 14 de mayo de 2013, OSITRAN remitió al CONSORCIO SUPERVISOR el Informe No. 1167-2013-GS-OSITRAN de fecha 8 de mayo de 2013, mediante el cual señaló, entre otros puntos, que el incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, era un hecho no imputable a OSITRAN ni al CONSORCIO SUPERVISOR, dejando sin frente de trabajo al CONSORCIO SUPERVISOR. Además, señalaba en la propuesta de Adenda al CONTRATO elaborada por OSITRAN, que se suspenda las obligaciones del CONTRATO por un periodo de seis (6) meses contados a partir de su suscripción. No obstante a ello, OSITRAN señaló en el proyecto de Adenda al CONTRATO que en caso la ejecución de las obras a cargo del Concesionario no se reinicie dentro del plazo de seis (6) mes señalado en el objeto de la Adenda, OSITRAN resolvería de pleno derecho el CONTRATO mediante Carta Notarial, proponiendo además que se incorporara en la señalada Adenda que las partes declarasen que existía un perfecto equilibrio económico financiero en el CONTRATO y la Adenda.
- 1.19) Luego de ello, mediante Carta No. 232-13-GAF-OSITRAN de fecha de recepción 17 de junio de 2013, OSITRAN convocó al CONSORCIO SUPERVISOR a una reunión para el 18 de junio de 2013 en las oficinas de OSITRAN, con la finalidad de llegar a un entendimiento con relación a las condiciones para la suspensión de CONTRATO y proceder a la suscripción de la adenda correspondiente. Además de ello, OSITRAN señaló que “*de no ser posible mostrar su colaboración de asistir a la reunión señalada o de no llegar a un acuerdo definitivo, OSITRAN evaluará la inmediata resolución del contrato o medida equivalente que impida la afectación del interés público*”.
- 1.20) Con fecha 18 de junio de 2013 se llevó a cabo la reunión pactada entre OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR, acordando que éste último realice un nuevo planteamiento de Adenda.
- 1.21) En ese sentido, a través de la Carta C/0065.20.06.2013.CSAS.RL-OSI.GAF de fecha 20 de junio de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR entregó a OSITRAN un borrador de Adenda actualizado a dicha fecha. Cabe señalar que el borrador de Adenda se mantuvo la posición del CONSORCIO SUPERVISOR de suspender temporalmente las obligaciones contractualmente por un plazo de seis (6) meses, pudiendo ser modificado este plazo en caso de que las obras sean reiniciadas antes del cumplimiento del mismo; así como en caso de que a la conclusión de este plazo si no

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

hubieran sido reiniciadas las obras por parte del Concesionario, se procedería a firmar la renovación del mismo por un plazo similar.

- 1.22) Sin embargo, no se obtuvo respuesta de OSITRAN hasta casi tres meses después, cuando mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 15 de octubre de 2013 OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la resolución del CONTRATO debido a que supuestamente las prestaciones del CONTRATO eran de imposible cumplimiento por la falta de entrega y liberación de áreas de terrenos por parte del Concedente a favor del Concesionario, plasmándose según OSITRAN, un evento de caso fortuito y fuerza mayor.
- 1.23) A través del escrito No. 1 de fecha de recepción 3 de marzo de 2014, el CONSORCIO SUPERVISOR interpuso demanda arbitral contra OSITRAN, lo que es materia del proceso.

2) **Respecto a la Primera Pretensión Principal**

- 2.1) Mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha de recepción 22 de octubre de 2013, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la resolución del CONTRATO, debido a que supuestamente las prestaciones del mismo eran de imposible cumplimiento por la falta de entrega y liberación de áreas de terrenos por parte del Concedente a favor del Concesionario, dándose un evento de caso fortuito y fuerza mayor, según lo manifestado por OSITRAN.
- 2.2) Efectivamente, OSITRAN ha señalado que la resolución contractual operó por causal de caso fortuito o fuerza mayor debido a que la obra se encontraba paralizada desde el mes de marzo, por lo que habiendo transcurrido sesenta (60) días a la fecha de resolución, OSITRAN podía resolver el CONTRATO.
- 2.3) Sin embargo, el CONSORCIO SUPERVISOR señala que en varias ocasiones envió a OSITRAN el borrador de Adenda del CONTRATO, el cual planteaba la suspensión de las obligaciones por seis (6) meses debido a la paralización de la obra no imputable al CONSORCIO SUPERVISOR, no obstante, OSITRAN se limitó a señalar que la paralización de la obra era un hecho no imputable a OSITRAN sino al incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, por lo que el CONSORCIO SUPERVISOR – en vista que no había respuesta alguna por parte de OSITRAN respecto al borrador de Adenda del CONTRATO, que proponía la suspensión de obligaciones por seis meses – siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 (fecha de inicio de supervisión) hasta la fecha que resolvieron unilateralmente el CONTRATO (15 de octubre de 2013).

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Vela ochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- 2.4) El CONSORCIO SUPERVISOR pese a la paralización de la obra siguió brindando sus servicios de supervisión en cumplimiento del CONTRATO, que no sólo desconoció una situación real como fue la falta de reinicio de las obras por parte del Concesionario – lo cual implicaba una afectación a las labores de supervisión por parte del CONSORCIO SUPERVISOR – sino que resolvió el CONTRATO en forma ilegal y fuera de todo contexto de buena fe que une a las partes, ya que la entrega y liberación de áreas de terrenos no resultaba un evento de caso fortuito o fuerza mayor debido a que OSITRAN tenía la opción de continuar con el CONTRATO conforme se aprecia del numeral 13.4 del CONTRATO.
- 2.5) Entonces, como se puede observar OSITRAN lejos de optar por la continuación de los servicios a través de una Adenda (hasta ese entonces, el CONSORCIO SUPERVISOR continuaba prestando servicios), como fue peticionado reiteradamente por el CONSORCIO SUPERVISOR y que no hubo respuesta a dicho requerimiento por OSITRAN, optó por resolver el CONTRATO, contraviniendo la Cláusula antes señalada, indicando que había operado el caso fortuito o fuerza mayor para tal fin.
- 2.6) Ahora bien, el CONSORCIO SUPERVISOR señala que la resolución contractual efectuada por OSITRAN es ilegal y fuera de todo contexto de buena fe entre las partes, debido a que no se presenta un evento de caso fortuito y fuerza mayor conforme lo define el Código Civil en su artículo 1315, ya que ninguno de los tres requisitos, llámese extraordinario, imprevisible e irresistible, se ha configurado en el presente caso.
- 2.7) En ese sentido, basta que no se cumpla uno de los requisitos plasmados en el artículo 1315 del Código Civil para que no se configure la fuerza mayor. Ahora bien y para todo efecto práctico, el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, causales utilizadas por OSITRAN para resolver el CONTRATO tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad, por lo que resulta claro que si OSITRAN fundamentó la resolución del CONTRATO con las causales antes señaladas no fue porque realmente haya operado el caso fortuito y fuerza mayor sino por la exoneración de su responsabilidad.

¿La falta de entrega y liberación de áreas de terreno era imprevisible?

- 2.8) Respecto a que este evento de caso fortuito o fuerza mayor, debe ser imprevisible, la previsión debe considerarse al momento de contraerse la obligación y debe apreciarse en abstracto, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. Por tanto, será imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. En ese sentido, en el CONTRATO, se previno la posibilidad de establecer un plazo para el caso de posibles atrasos de obra, demoras en

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

entrega de terrenos, interferencias y otros conforme al numeral 4.0 de los Términos de Referencia, lo cual demuestra que la imprevisibilidad a la que alude OSITRAN es inexistente.

- 2.9) Asimismo, en el numeral 6.5 de los Términos de Referencia se estableció la posibilidad de que el CONSORCIO SUPERVISOR emita opinión, entre otros, sobre suspensión de obligaciones solicitado por el Concesionario, lo cual demuestra de que podría suspenderse las obligaciones producto de demoras en entrega de terrenos, interferencias, lo que conlleva a afirmar que ésta causal era perfectamente previsible por OSITRAN.
- 2.10) Entonces, resulta claro que OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR previeron, entre otras, una posible demora en la entrega de terrenos, razón por la cual no resulta válido la resolución contractual, realizada por OSITRAN amparándose en la imprevisibilidad, lo cual no se ha configurado en el presente caso, conforme a todo lo expuesto y que era entendido por las partes desde el momento de la suscripción del CONTRATO e inclusive por OSITRAN desde antes de la firma del CONTRATO.

¿La falta de entrega y liberación de áreas de terreno era extraordinaria?

- 2.11) Respecto a que el hecho debe ser extraordinario, ésta se refiere a que no constituya un riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño, es decir, se trata de un hecho que no es común, que no es usual. Sin embargo, el hecho de que el Concedente no haya hecho entrega y liberación de áreas de terrenos a favor del Concesionario, no constituye un hecho extraordinario ya que este hecho configura uno de los motivos por los cuales se puede atrasar una obra, por lo que las partes usualmente establecen criterios a seguir para la continuación del CONTRATO sin que las partes se vean perjudicadas.
- 2.12) Así, por ejemplo, y debido que esta falta de entrega y liberación de áreas de terreno son comunes en los contratos de concesiones y supervisiones de las mismas, OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR previeron ello, señalando en el numeral 10.4 del CONTRATO que en caso exista una suspensión de obligaciones entre el Concedente y el Concesionario, OSITRAN solicitaría al CONSORCIO SUPERVISOR reducir el ritmo de ejecución de servicios.
- 2.13) Es decir, OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR pactaron un determinado mecanismo en caso exista una suspensión de obligaciones entre el Concedente y el Concesionario toda vez que en éste tipo de contratos es usual, común que exista acta de entrega y liberación de áreas de terrenos, por lo que no resulta válido la resolución contractual realizada por OSITRAN argumentando fuerza mayor, ya que tampoco otro de sus requisitos no se ha

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velauchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

cumplido en el presente caso, conforme se dispone en el artículo 1315 del Código Civil.

¿La falta de entrega y liberación de áreas de terreno era irresistible?

- 2.14) Finalmente, este evento debe ser irresistible. La resistibilidad se presenta al momento de cumplirla, si el evento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto sería nulo porque tendría objeto imposible. Por lo tanto, el requisito de irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento. Ante este requisito se puede observar que no se cumple ya que OSITRAN tenía la opción de continuar el CONTRATO conforme al numeral 13.4.
- 2.15) Por lo expuesto, el CONSORCIO SUPERVISOR reitera que la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN resulta ilegal, sin sustento técnico normativo y arbitraria puesto que resolvió el CONTRATO bajo la causal de caso fortuito y fuerza mayor, cuando no concurrían las circunstancias previstas por ley y el CONTRATO de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad, necesarias para invocarla.
- 2.16) Sin perjuicio de lo anteriormente mencionada y a fin de que el Tribunal Arbitral tenga mayores elementos del accionar de OSITRAN, se señala que el CONSORCI SUPERVISOR se constituyó el 11.11.13 al sector desde el kilómetro 658 de la carretera Panamericana (Autopista del Sol), ubicado en el distrito de San Pedro de Lloc, provincia de Pacasmayo, departamento de La Libertad, acompañado del Notario Público de Pacasmayo, Dr. César Isaac Torres González, quienes se constituyeron en dicho sector a fin de constatar la existencia de las labores de trabajo que se estaban realizando durante la verificación, constándose, entre otros, la conformación del terraplén y compactación de la plataforma ejecutados desde el lunes 4 de noviembre de 2013 por el Concesionario, según lo informado por el Ingeniero de Seguridad de dicha empresa, Ing. Timoteo Chiroque. Así, se puede apreciar que los trabajos se desarrollaban por el Concesionario, cuando supuestamente no tenía la posibilidad para hacerlo por una supuesta falta de liberación de terrenos.

3) **Respecto la Segunda Pretensión Principal**

- 3.1) Conforme a los argumentos de la Primera Pretensión Principal, a través de la cual el CONSORCIO SUPERVISOR señala que la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN ha sido ilegal, arbitraria y sin fundamento alguno, EL CONSORCIO SUPERVISOR solicita al Tribunal Arbitral declarar que dicha resolución contractual ha operado por causa imputable a OSITRAN.

- 3.2) Por economía procesal el CONSORCIO SUPERVISOR reitera los fundamentos expuestos para la Primera Pretensión Principal, solicitando que se tomen en cuenta al analizar esta pretensión.

4) Respecto a la Tercera Pretensión Principal

- 4.1) De lo descrito en los antecedentes se puede observar que OSITRAN resolvió el CONTRATO de forma ilegal y sin ningún sustento que lo respalte, razón por la cual el CONSORCIO SUPERVISOR ha dejado de percibir una utilidad ascendente a US\$ 648,568.96 (seiscientos cuarenta y ocho mil quinientos sesenta y ocho con 96/100 dólares de los Estados Unidos de América) conforme se puede observar del Cuadro de "Utilidades Cobrada por la Supervisión a febrero de 2013", el mismo que se encuentra detallado en el Anexo 1-Y de la demanda.
- 4.2) Cabe señalar que el monto del CONTRATO, según la propuesta económica del CONSORCIO SUPERVISOR ascendía a US\$ 9'074,500.58 (nueve millones setenta y cuatro mil quinientos y 58/100 dólares de los Estados Unidos de América) sin IGV (Ver Anexo 1-Z del escrito de demanda) y el monto valorizado a febrero de 2013, se encuentra detallado en las facturas cobradas a OSITRAN (ver Anexo 1-a del escrito de demanda).
- 4.3) Entonces, al haberse resuelto ilegalmente el CONTRATO ocasionando con ello una utilidad dejada de percibir, el CONSORCIO SUPERVISOR solicita al Tribunal Arbitral declare y ordene el pago por dicho concepto a OSITRAN a favor del CONSORCIO SUPERVISOR.
- 4.4) Del mismo modo, la ilegal resolución contractual ha generado al CONSORCIO SUPERVISOR mayores costos y/o daños inesperados ascendentes a US\$ 600,000 que considera haber demostrado en el presente proceso.
- 4.5) Ahora bien dentro del sistema de responsabilidad civil, rige el principio fundamental por el cual, aquel que causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo, el cual se encuentra recogido en el artículo 1321, primer párrafo, del Código Civil, que presupone necesariamente, que deben mediar factores atributivos de responsabilidad subjetiva, dolo y culpa, del presunto agente.
- 4.6) En este sentido, tal como se puede apreciar en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, no basta con que exista un presunto daño, sino que ese hecho debe ser consecuencia inmediata y directa de la conducta del agente y, para ello, debe existir un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido.
- 4.7) Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1331 del Código Civil, corresponde al afectado por la inejecución de la obligación, probar el daño y

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

perjuicio ocasionado, estando obligado a comprobar su cuantía mediante una valorización.

- 4.8) En síntesis, para la procedencia de una demanda de daños y perjuicios debe cumplirse tres requisitos:
- i) Existencia de un daño cierto y reparable, atribuible a dolo o culpa del agente.
 - ii) La existencia de un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido.
 - iii) Que el daño debe estimarse de acuerdo a criterios razonables y objetivos, que guarden proporción con el daño material mismo, cuya cuantía debe ser acreditada objetivamente por el actor.
- 4.9) En efecto, como se puede observar el CONSORCIO SUPERVISOR ha acreditado tener derecho a indemnización al existir un daño directo e inmediato, ya que OSITRAN resolvió el CONTRATO de manera ilegal, alegando que se había generado un evento de caso fortuito y fuerza mayor, lo cual no tiene sustento legal, situación que se corrobora por la probanza de dichos daños.
- 4.10) Debido a que se ha acreditado la existencia de criterios objetivos y cuantificables para la valorización del daño sufrido, resulta amparable el daño existente contra el CONSORCIO SUPERVISOR, cuya magnitud pueda ser apreciada por el Tribunal Arbitral y, en ese sentido, el CONSORCIO SUPERVISOR ofrece todos los medios probatorios que amparan su otras pretensiones, con los cuales pretenden demostrar el daño ocasionado.
- 4.11) Resulta evidente que la resolución contractual efectuada por OSITRAN por caso fortuito y fuerza mayor, resulta ilegal ya que lejos de cumplir con el CONTRATO que disponía la continuación del CONTRATO a través de una Adenda, resolvió el CONTRATO sin sustento alguno, razón por la cual, OSITRAN deberá indemnizar a CONSORCIO SUPERVISOR por éste concepto, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, así como en el artículo 103, in fine de la Constitución Política del Perú, negarse a ello, sería no solo una postura ilegal sino constitucional.
- 4.12) Por otro lado, el Tribunal Arbitral podría optar por considerar que la controversia puede resolverse con mayor solidez considerando que existe un mayor costo que debe ser remunerado.
- 4.13) No cabe duda que el CONSORCIO SUPERVISOR se ha perjudicado económicamente por la ilegal resolución contractual efectuada por OSITRAN y, por tanto, esos costos deben ser retribuidos.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- 4.14) En ese sentido, resulta evidente que el CONSORCIO SUPERVISOR incurrió en mayores costos de los efectivamente contratados, los mismos que deberán ser repuestos por OSITRAN.
- 4.15) Sin embargo, CONSORCIO SUPERVISOR considera que el Tribunal Arbitral podría optar por considerar la existencia de un abuso de derecho en la ejecución del CONTRATO, por lo que se hace necesario indemnizarlos.
- 4.16) De los antecedentes se puede apreciar que, pese a que la obra se encontraba paralizada y atendiendo que en varias ocasiones el CONSORCIO SUPERVISOR envió a OSITRAN el Borrador de Adenda del CONTRATO, el cual planteaba la suspensión de las obligaciones por seis (6) meses debido a la paralización de la obra no imputable al CONSORCIO SUPERVISOR, OSITRAN no sólo se limitó en señalar que la paralización de la obra era un hecho no imputable al CONSORCIO SUPERVISOR sino al incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario referidas a la no entrega de nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, sino que resolvió el CONTRATO de forma ilegal, produciendo un daño económico al CONSORCIO SUPERVISOR.
- 4.17) Sin embargo, el incumplimiento de obligaciones por parte del Concedente al Concesionario generó un perjuicio económico al CONSORCIO SUPERVISOR, al ir contra la esencia patrimonial que el propio CONTRATO contiene e inspira.
- 4.18) Resulta evidente que el CONSORCIO SUPERVISOR – en vista de que no había respuesta alguna por parte de OSITRAN respecto al Borrador de Adenda del CONTRATO, que proponía la suspensión de obligaciones por seis meses – siguió brindando sus servicios de supervisión desde el 1 de agosto de 2011 (fecha de inicio de supervisión) hasta el 15 de octubre de 2013 (fecha en que OSITRAN resolvió el CONTRATO) y que incluso siguió brindando sus servicios durante la paralización de la obra, razón por la cual, OSITRAN deberá indemnizarlos por éste concepto, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, así como en el artículo 103, in fine de la Constitución Política del Perú, negarse a ello, sería no solo una postura ilegal sino constitucional.
- 4.19) Por lo expuesto, de ser el caso, esta pretensión deberá ser declarada fundada.

5) Respecto de la Cuarta Pretensión Principal

- 5.1) Debido a la resolución contractual efectuado por OSITRAN de forma arbitraria e ilegal, el CONSORCIO SUPERVISOR se ha visto mermado en su imagen, reputación, en el sentido de su menoscabo de un interés moral por OSITRAN que no cumplió con respetar el CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

- 5.2) Se define el daño moral incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma – física o psíquica -, así como todo atentado contra sus intereses extra patrimoniales. Entonces, es justamente éste concepto amplio de derecho moral el fundamento que justifica la aceptación del daño moral a las personas jurídicas como es el CONSORCIO SUPERVISOR, por cuanto también son susceptibles de la lesión de bienes no patrimoniales.
- 5.3) Sería inaceptable dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica, por lo que se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral.
- 5.4) Negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas o de existencia ideal demostraría una visión restringida del daño moral, y se estaría dejando desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección, como es el CONSORCIO SUPERVISOR.
- 5.5) Ahora bien, si bien es cierto que debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual el juez pueda basarse para hacer este cálculo y que además, el daño moral es irreparable, toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original, el CONSORCIO SUPERVISOR ha estimado que el daño moral causado por la ilegal resolución contractual, efectuada por OSITRAN ascendería a US\$ 1'000,000 (un millón con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América).
- 5.6) A manera de ejemplo, si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia. En tal sentido, el daño si bien no es posible de reparación integral con la equivalencia perfecta, el CONSORCIO SUPERVISOR ha cuantificado dicho daño en US\$ 1'000,000.00 (un millón con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), monto que deberá ser pagado por OSITRAN producto de la ilegal y arbitraria resolución contractual efectuada por OSITRAN.
- 5.7) Finalmente y respecto de este daño producido por OSITRAN, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia No. STC 0905-2001-AA ha reconocido la titularidad del derecho a la buena reputación por las personas jurídicas de derecho privado.
- 5.8) Por lo tanto, teniendo en cuenta un concepto amplio de daño moral y las premisas establecidas por el Tribunal Constitucional, resulta amparable que el CONSORCIO SUPERVISOR reclame una indemnización por daño moral

Tribunal Arbitral:

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

debido a que se ha afectado su imagen y buena reputación, ello debido a la ilegal y arbitraria resolución contractual efectuada por OSITRAN.

6) Respecto a la Quinta Pretensión Principal

- 6.1) Con fecha 10 de diciembre de 2013, el BCP recibió la orden de ejecutar la Carta Fianza por parte de OSITRAN, ejecutando dicha fianza pese a que el 11 de diciembre de 2013, el Décimo Quinto Juzgado Comercial de Lima comunicó a dicha entidad bancaria la no ejecución de la referida carta fianza, razón por la cual se cargó a la cuenta corriente la suma de US\$ 968,117.17 (novecientos sesenta y ocho mil ciento diecisiete con 17/100 dólares de los Estados Unidos de América (Ver Anexo 1-b de la demanda).
- 6.2) Luego de ello, el 18 de diciembre de 2013, el CONSORCIO SUPERVISOR recibió comunicación notarial del BCP donde se le indicó la ejecución y las razones de las mismas. Con fecha 31 de diciembre del 2013, se cargaron los intereses de diciembre.
- 6.3) Posteriormente, el 6 de enero de 2014 se cargó al CONSORCIO SUPERVISOR mayores gastos por la Carta Fianza ejecutada.
- 6.4) El 4 de febrero de 2014, el BCP desembolsó un pagaré con fecha 1 de enero de 2014 por la suma de US\$ 968,115.68 (novecientos sesenta y ocho mil ciento quince con 98/100 dólares de los Estados Unidos de América) para cubrir el sobregiro en la cuenta corriente, el cual fue cancelado el 7 de febrero de 2014 (Ver Anexo 1-b de la demanda).
- 6.5) Luego de ello, el 20 de enero de 2014 el Décimo Quinto Juzgado Comercial de Lima le indicó al BCP que se le devuelva al CONSORCIO SUPERVISOR el dinero a su cuenta. El 28 de enero el BCP le cargó los gastos de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.
- 6.6) Nuevamente, el 31 de enero de 2014 se le cargaron al CONSORCIO SUPERVISOR los intereses por el sobregiro.
- 6.7) Con fecha 6 de febrero se le cargaron al CONSORCIO SUPERVISOR los intereses del Pagaré.
- 6.8) Ahora bien, para emitir la nueva carta fianza el BCP requirió una garantía real, por la cual se otorgó en garantía el edificio a favor de CPS, firmándose el 7 de febrero de 2014 la hipoteca del mismo (ver Anexo 1-b de la demanda).
- 6.9) Asimismo, se adjuntó en el Anexo 1-b de la demanda, la factura por el costo por la tasación que asciende a S/ 1,200.00 (mil doscientos con 00/100 nuevos soles) por concepto de gastos notariales.
- 6.10) El 10 de febrero de 2014 se entregaron los formatos de solicitud al BCP. La Carta Fianza por US\$ 989,947.70 (novecientos ochenta y nueve mil

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

novecientos cuarenta y siete con 70/100 dólares de los Estados Unidos de América) fue emitida en la tarde del mismo día.

- 6.11) Finalmente, conforme se puede observar en el Anexo 1-b de la demanda, se encuentra el sustento por el mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por 1 año ascendente US\$ 13,923.90 (trece mil novecientos veintitrés con 90/100 dólares de los Estados Unidos de América). Asimismo, se encuentra el sustento por el mantenimiento de la Carta Fianza por el Adelanto por 1 año ascendente a US\$ 29,265.02 (veintinueve mil doscientos sesenta y cinco con 02/100 dólares de los Estados Unidos de América).
- 6.12) Asimismo, se ha adjuntado el sustento por los seguros del inmueble por un año que ascienden a US\$ 3,613.88 (tres mil seiscientos trece y 88/100 dólares de los Estados Unidos de América).
- 6.13) Por lo anteriormente expuesto, el CONSORCIO SUPERVISOR solicita que el Tribunal Arbitral declare la existencia de costos adicionales por la emisión de la carta fianza por el ilegal accionar de OSITRAN ascendente a US\$ 290,677.01 (doscientos noventa mil seiscientos setenta y siete con 01/100 dólares de los Estados Unidos de América), ordenándose su pago.
- 6.14) Por lo expuesto, esta pretensión deberá ser declarada fundada.

7) Respecto a la Sexta Pretensión Principal

- 7.1) En atención a los argumentos expuestos y considerando que existe sustento lógico y jurídico que ampare la demanda del CONSORCIO SUPERVISOR, éste solicita que el pago de los costos y costas que irrogue la tramitación del presente proceso, sea pagado íntegramente por OSITRAN.

Alegatos de OSITRAN

OSITRAN señala en su escrito de alegatos lo siguiente:

- 1) La demanda interpuesta por el CONSORCIO SUPERVISOR versa sobre las controversias suscitadas en el CONTRATO para la supervisión de la ejecución de las obras de construcción y atención de emergencias viales del tramo vial Trujillo – Sullana.
- 2) OSITRAN considera un tema relevante precisar que la controversia surgida entre el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN está directamente relacionada a la imposibilidad que tuvo el CONSORCIO SUPERVISOR para cumplir con supervisar la obra concesionada, suscitada a raíz de la no entrega de terrenos liberados por parte del Concedente al Concesionario para la ejecución de la obra. Los alcances de dicha obligación a cargo del

Concedente se encuentran expresamente estipulados en las Cláusulas 5.8, 5.11 y 5.12 del Contrato de Concesión.

- 3) En cuanto al inicio de los servicios efectivamente prestados por el CONSORCIO SUPERVISOR hay que remitirse al numeral 10.2 del CONTRATO. Al respecto, cabe precisar que en el caso concreto, mediante Oficio No. 2829-2011-GS-OSITRAN de fecha 11 de julio de 2011, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la orden de iniciar el servicio de supervisión de la totalidad de las obras de construcción de la segunda calzada (incluyendo las obras de desempate de la Propuesta Técnica de la Concesionaria), señalando que dicha orden de inicio a partir del 1 de agosto de 2011, cuya plazo se extiende hasta la aceptación de las obras de construcción por parte del Concedente.
- 4) En cuanto a la finalización de los servicios efectivamente prestados por el CONSORCIO SUPERVISOR, cabe precisar que la totalidad de las obras del tramo Piura – Sullana (incluyendo el tramo del molino Santa Cecilia Km 1028+908.54 al Km 1029+172.81) fueron culminadas el 16 de febrero de 2013, tal como fue comunicado por el Concesionario mediante asiento No. 327 del Libro de Obra de fecha 16.02.13 (ver Anexo 7-A del escrito de contestación de la demanda), quedando pendiente las del tramo Trujillo – Chiclayo; cuya ejecución fue ínfima.
- 5) Cabe destacar que la suspensión de los servicios de supervisión se debió al hecho que el Concesionario no contara con nuevos frentes de trabajo (originando la suspensión de obligaciones del CONTRATO, lo cual fue expresamente comunicado por el CONSORCIO SUPERVISOR en su Carta C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GS, en la que manifestó que desmovilizó al personal que trabajaba en la supervisión a partir del 1 de enero de 2013).
- 6) En relación a los pagos y las valorizaciones por el servicio de supervisión, OSITRAN recalcó dichas valorizaciones, las mismas que fueron aprobadas y pagadas al CONSORCIO SUPERVISOR, a partir de la Valorización No. 1, correspondiente al mes de agosto de 2011, hasta la Valorización No. 19, correspondiente al mes de febrero de 2013 (valorización acumulada y pagada al mes de febrero de 2013 ascendente a US\$ 572,444.89 (incluido IGV). Cabe precisar que los pagos fueron realizados por los servicios efectivamente prestados; tal como lo establece el numeral 12.3 de la sección VII: Términos de Referencia. Sin perjuicio de ello, OSITRAN efectúa las siguientes precisiones:
 - ✓ OSITRAN ha sustentado la cifra pagada, por el período en que el CONSORCIO SUPERVISOR prestó de manera efectiva el servicio de supervisión (contenido en 19 valorizaciones aprobadas).
 - ✓ OSITRAN ha acreditado el monto entregado como adelanto.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- ✓ Considerando que el CONTRATO no se ejecutó en su totalidad y derivó en la resolución contractual efectuada por OSITRAN (avalada en el CONTRATO); ello trajo como consecuencia que el CONTRATO no pudiera liquidarse de la forma normal (es decir, que fruto de cumplirse con la supervisión de la ejecución de toda la obra y que el CONSORCIO SUPERVISOR presentara su Informe Final, que debía incluir la liquidación de los servicios, al haberse presentado escollos en la ejecución de la obra).
 - ✓ Es por ello que, con posterioridad a la resolución contractual, OSITRAN remitió la Resolución de Gerencia General No. 095-2013-GG-OSITRAN de fecha 28.10.13 a través de la cual aprobó la liquidación de cuentas del CONTRATO, con un saldo a favor de OSITRAN, ascendente a US\$ 1'998,470.90, incluido el IGV; liquidación respecto de la cual deba hacerse las siguientes precisiones:
 - a) Mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 15 de octubre de 2013, remitida por conducto notarial, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR su decisión de resolver el CONTRATO, en el marco de lo dispuesto en el numeral 13.4 del CONTRATO, al haberse configurado un evento de Fuerza Mayor que suspendió las obligaciones contractuales de ambas partes, por un periodo de más de sesenta (60) días calendarios.
 - b) La liquidación elaborada por OSITRAN tiene como base el Informe No. 2545-2013-GS-OSITRAN de fecha 23.10.13, elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, manifestando su conformidad a dicha liquidación.
 - c) Mediante Carta No. 033-13-GG-OSITRAN remitida por conducto notarial (entregada el 05.11.13) se notificó al CONSORCIO SUPERVISOR una copia fedateada de la Resolución de Gerencia General No. 095-13-GS-OSITRAN (que aprueba la Liquidación de Cuentas), así como del Informe No. 2545-2013-GS-OSITRAN.
 - d) A la fecha, el CONSORCIO SUPERVISOR no se ha pronunciado en relación al monto aprobado en la "Liquidación de Cuentas"; limitándose a señalar que al haberse iniciado el arbitraje, será el Tribunal Arbitral quien determine dicha situación.
- 7) Conforme a lo hasta aquí señalado, OSITRAN considera que el Tribunal Arbitral debe desestimar las pretensiones demandadas, conforme se detalla seguidamente:
- a) Con relación a la Primera Pretensión Principal.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Túeros

- El CONTRATO establece como causal para resolver unilateralmente el CONTRATO el supuesto de Caso Fortuito o Fuerza Mayor, el cual fue evaluado por OSITRAN (para establecer si la imposibilidad de ejecutar las obligaciones establecidas en el CONTRATO, debido a que el Concedente no ha cumplido con entregar los terrenos al Concesionario, impidiendo con ello la continuación de la ejecución de la obra y, en consecuencia, la supervisión de la misma; califica como un evento de caso fortuito o fuerza mayor, ello teniendo en consideración la cláusula 13.1 del CONTRATO); a cuyo efecto se analizó toda la documentación remitida a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, estableciéndose que quedó acreditada dicha causa. Al respecto se precisa:
- ✓ En el presente caso se produjo una situación de imprevisibilidad para OSITRAN y el CONSORCIO SUPERVISOR, toda vez que, quedó acreditado que el Concedente no cumplió con entregar los terrenos al Concesionario en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, situación que ha sido reconocida por el propio Concedente, el Concesionario, el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN en diversas comunicaciones cursadas.
 - ✓ A la luz del principio de buena fe, se esperaba que el Concedente cumpla con entregar oportunamente los terrenos materia del Contrato de Concesión (era su obligación hacerlo, de acuerdo con el Contrato de Concesión), a fin de que el Concesionario pueda iniciar las obras que correspondan; lo que a su vez resultaba necesario para la supervisión de la ejecución de las obras; lo cual no ocurrió, conforme está acreditado en autos (situación además reconocida por el propio CONSORCIO SUPERVISOR).
 - ✓ Lo expuesto respecto a la imprevisibilidad permite concluir, adicionalmente, que los eventos descritos configuran un evento extraordinario, en tanto lo común era esperar que el Concedente efectuara la entrega oportuna de los terrenos liberados, pero ello no ocurrió.
 - ✓ El incumplimiento del Concedente de su obligación de entregar terrenos liberados constituye un evento que no podía ser evitado por OSITRAN ni por el CONSORCIO SUPERVISOR, pues se encuentra sólo en la esfera y ámbito

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

del Concedente; por lo que se verifica que no se podía evitar que ello ocurra (irresistibilidad).

- ✓ Sin perjuicio de ello y, a pesar de que la entrega de los terrenos no depende de OSITRAN, de la documentación revisada, se advierte que OSITRAN remitió reiteradas comunicaciones al Concedente exhortándolo a que cumpla con dicha obligación contractual, a fin de no afectar la ejecución de las obras, ni la supervisión de las mismas.
- ✓ De acuerdo con lo dispuesto por el CONTRATO, la consecuencia inmediata de la configuración de un evento de caso fortuito o fuerza mayor es la suspensión de obligaciones para las partes (cláusula 13.3 del CONTRATO).
- ✓ Una vez ocurrido el evento de caso fortuito o fuerza mayor, automáticamente se entienden suspendidas las obligaciones de las partes, sin que para ello sea necesaria la suscripción de una adenda o acuerdo complementario al CONTRATO. En el caso bajo análisis, las labores de supervisión de la ejecución de las obras culminaron en el mes de febrero del año 2013, tal como ha sido reconocido por el propio CONSORCIO SUPERVISOR, mediante Carta C/056.07.05.2013.CSAS.RL-OSI_GS y Carta C/0063.10.06.2013.CSAS.RL-OSI-GS y por OSITRAN con Informe No. 1167-2013-GS-OSITRAN e Informe No. 001-2013-GS-GAF; por lo tanto, se entiende que a partir del mes de marzo de 2013 operó la suspensión del cumplimiento de obligaciones para las partes por caso fortuito o fuerza mayor, en aplicación estricta de lo dispuesto en la Cláusula 13.3 del CONTRATO.
- En cuanto a la resolución del CONTRATO ante la configuración de un evento de caso fortuito o fuerza mayor.
 - ✓ Una de las causas de terminación de la relación contractual es la resolución del contrato (ver cláusula 13.4 del CONTRATO). Asimismo, en la Cláusula 12.2 se establece la facultad de OSITRAN para resolver unilateralmente el CONTRATO.
 - ✓ Se advierte entonces, que el CONTRATO contempla la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda resolver el CONTRATO, sin responsabilidad alguna de ellas, ante los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor que imposibiliten de manera definitiva la continuación del CONTRATO (ver

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

cláusulas 13.4 y 12.2), siendo por ello causa suficiente para solicitar la resolución del CONTRATO, en caso que su existencia impida continuar con la ejecución de la prestación debida. Con dicha resolución se dejó sin efecto la relación jurídico patrimonial entre las partes (la cual dicho sea de paso no ha sido cuestionada, pues – conforme se aprecia de las pretensiones demandadas – el CONSORCIO SUPERVISOR no cuestiona la resolución contractual en sí, sino que cuestiona la causa y pide que se declare como causa imputable a OSITRAN).

- ✓ La suspensión de obligaciones operó desde marzo del año 2013. Transcurriendo en exceso el plazo establecido en el CONTRATO (al día de hoy continúa la falta de entrega de terrenos liberados, que motivó la configuración de la fuerza mayor – caso fortuito).
- En cuanto a la adenda que las partes estuvieron negociando en cuanto a la suspensión de las contraprestaciones entre ambas partes (y de acuerdo a las comunicaciones que obran en autos); el CONSORCIO SUPERVISOR actuó de mala fe, pues de un lado participaba de las negociaciones y, de otro lado, iniciaba el arbitraje. No obstante ello, cabe precisar que resultaba más oneroso (dado el ínfimo porcentaje de entrega de terrenos del tramo del Evitamiento Piura) mantener una logística por parte de la supervisión, en tanto de acuerdo a lo establecido en el numeral 12.9 de los Términos de Referencia, la valorización se paga de acuerdo al porcentaje de avance de valorización de obra, pudiendo ser los gastos en el que incurra el CONSORCIO SUPERVISOR mayores a lo valorizado por tanto se podría generar contingencias.
- Resulta contrario a la verdad que el CONSORCIO SUPERVISOR laboró hasta el 15.10.13. En efecto, conforme consta en autos Ver Carta No. C/0020.05.02.2013.CSAS.RL-OSI.GS de fecha 6 de febrero de 2013), el CONSORCIO SUPERVISOR comunicó a OSITRAN – entre otras cosas – que suspendió sus obligaciones del CONTRATO habiendo desmovilizado al personal que trabajaba en a supervisión a partir del 1 de enero de 2013; situación que ahora pretende desconocer. Cabe aclarar que a partir del 16 de febrero de 2013, el Concesionario ya no ejecutó obra alguna debido a que no tenía nuevos frentes de trabajo. Por tanto, el CONSORCIO SUPERVISOR tampoco tenía frentes de trabajo para supervisar.
- En cuanto al reinicio de obras en la vía de Evitamiento Piura se ha precisado que la entrega de terrenos por parte del Concedente al

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

Concesionario son ínfimos, que no permiten ejecutar obras al Concesionario con normalidad; y en el supuesto negado que el CONSORCIO SUPERVISOR estaría supervisando dicha Obra, se estaría generando mayores costos al CONSORCIO SUPERVISOR innecesariamente por cuanto no se podría valorizar debido a que la forma de pago al CONSORCIO SUPERVISOR es de acuerdo al porcentaje de avance de Obra, según lo establecido en los Términos de Referencia y en el CONTRATO.

b) En relación a la Segunda Pretensión Principal

La resolución del CONTRATO se efectuó en el marco legal (lo dispuesto en el numeral 13.4 del CONTRATO; al haberse configurado la causal de caso fortuito o fuerza mayor (teniendo como base sendos informes técnicos emitidos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN); esto es sin culpa del CONSORCIO SUPERVISOR ni de OSITRAN. En ese sentido, la afirmación del CONSORCIO SUPERVISOR en el sentido que ha sido ilegal, arbitraria y sin fundamento alguno no sólo es inexacta sino que carece de sustento; por cuanto la resolución del CONTRATO no se dio por causa imputable a OSITRAN; como alega el CONSORCIO SUPERVISOR, sino que se debió al incumplimiento del Concedente, que devino en dejar sin frente de trabajo al CONSORCIO SUPERVISOR.

c) En relación a la Tercera Pretensión Principal

OSITRAN solicita se declare infundada la pretensión atendiendo a los alcances del Informe No. 781-2014-GSF-OSITRAN (elaborado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN); por cuanto cumplió a cabalidad con realizar todos los pagos a su cargo, por el servicio prestado y, conforme a los alcances del CONTRATO y los Términos de Referencia.

Sin perjuicio de ello, OSITRAN manifiesta que, la manera en que el CONSORCIO SUPERVISOR calculó la utilidad no se ajusta a lo establecido en los Términos de Referencia del CONTRATO.

d) En relación a la Cuarta Pretensión Principal

- No puede existir daño moral, al estar acreditado que la resolución contractual es legal y regular; por tanto, carece de sustento esta pretensión, pues con dicha resolución OSITRAN en modo alguno ha dañado la imagen de la empresa demandante.
- Conforme al propio CONTRATO, OSITRAN estaba facultado a resolver el CONTRATO de manera unilateral; facultad que también estaba a favor al CONSORCIO SUPERVISOR; siempre que se

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

cumplieran las condiciones establecidas en el acápite 13.4 del CONTRATO (está probado que la paralización de la ejecución de la obra excedió los sesenta días – solo si referencialmente tomamos como rango el periodo comprendido entre marzo de 2013, ya que el CONSORCIO SUPERVISOR cumplió con supervisar la obra 31 16 de febrero de 2013 y octubre de 2013, mes en que se resolvió el CONTRATO.

- Finalmente, en la propia resolución del Tribunal Constitucional aparejada con el escrito de demanda (Sentencia No. STC 0905-2001-AA) se estipula la afectación de la buena reputación de una persona jurídica de derecho privado se da ante un supuesto de ataque contra la imagen; lo cual no se ha dado en el presente caso; no siendo razonable atribuir a OSITRAN una responsabilidad por haber ejercido un mecanismo de resolución contractual; en consecuencia, OSITRAN solicita desestimar tal pretensión que sin duda está fuera de contexto y de la realidad suscitada en relación a la ejecución del CONTRATO.

e) **En relación a la Quinta Pretensión Principal**

- Teniendo como base el contenido de la Nota No. 066-2014-TESORERÍA-GAS-OSITRAN de fecha 25.03.14, elaborada por el Área de Tesorería de la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN se precisó sobre la frustrada ejecución de las cartas fianzas a favor de OSITRNA; las mismas que no pudieron ser ejecutadas por OSITRAN en virtud de la medida cautelar solicitada y concedida al CONSORCIO SUPERVISOR, por el 15º Juzgado Comercial de Lima (Exp. No. 11110-2013).
- OSITRAN efectuó un adelanto del 20% del monto contractual al CONSORCIO SUPERVISOR, que ascendió a la suma de US\$ 2'141,582.14; monto que supera largamente el costo del servicio efectivamente prestado por la actora; cuya diferencia se ha negado a devolver a OSITRAN; pese a los requerimientos efectuados.
- Como se aprecia, es OSITRAN quien se ha visto afectado, al no haber podido ejecutar las cartas fianzas otorgadas a su favor, pues nunca fue puesta a disposición de OSITRAN los montos que dichas garantías representaban; por tanto, el perjuicio fue para OSITRAN.

f) **En relación a la Sexta Pretensión Principal**

- OSITRAN solicita al Tribunal Arbitral se declare infundada dicha pretensión por cuanto no tienen sustento las pretensiones formuladas por el CONSORCIO SUPERVISOR; más aún a sabiendas que la causa de la resolución del CONTRATO se

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

configuró sin culpa de ninguna de las partes del presente arbitraje (sino que tuvo su origen en el incumplimiento del Concedente de su obligación de entregar los terrenos liberados de interferencias, ocupantes e invasores para que el Concesionario ejecute las obras del tramo pendiente Trujillo – Chiclayo); más aún si alega falsamente que siguió prestando sus servicios hasta la fecha de resolución contractual (esto es, a octubre de 2013); más bien es OSITRAN quien resulta agraviado y, por ese solo hecho quien debiera asumir los gastos del arbitraje debiera ser el CONSORCIO SUPERVISOR.

- OSITRAN ha demostrado la actual situación de la Autopista del Sol que permite confirmar que se configuró la causal de caso fortuito – fuerza mayor (situación que prácticamente se mantiene, conforme quedó acreditado en la constatación física *in situ* de la Autopista del Sol realizada el 25.04.15; lo que ha dado como resultado que la ejecución de la obra – cuya supervisión se contrató por el lapso de cuatro años – al momento de resolver el CONTRATO no llegaba sino al 11% y a la fecha está alrededor del 18%). En consecuencia, OSITRAN solicita se sirva desestimar la demanda, por cuanto el CONSORCIO SUPERVISOR no ha logrado demostrar ni fáctica ni jurídicamente sus pretensiones; más aún cuando de un lado está demostrado que el Concedente incumplió con entregar los terrenos liberados de interferencias y que motivó dejar sin frente de trabajo al Concesionario y, por ende, al CONSORCIOS SUPERVISOR y, de otro lado, por cuanto por propia decisión del CONSORCIO SUPERVISOR dispuso el retiro del 100% de su personal de la supervisión de la Obra.

X. PLAZO PARA LAUDAR

Con fecha 30 de junio de 2015 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. Mediante Resolución No. 35 de fecha 12 de agosto de 2015, de conformidad con lo establecido en los artículos 47 y 55 del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción del proceso.

CONSIDERANDO:

Respecto a la demanda (presentada el 3/03/2014) y a la contestación de la demanda (presentada el 19/03/2014):

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia y/ ilegalidad de la carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013, mediante la cual OSITRAN resolvió el CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

- 1) Conforme con el Anexo 1-D de la demanda ha quedado demostrado que con fecha 25 de agosto de 2009 la Sociedad Concesionaria Vial del Sol S.A. (Concesionario) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Concedente) suscribieron el Contrato de Concesión de la Autopista del Sol Tramo Trujillo – Sullana (en adelante Contrato de Concesión).
- 2) Conforme con el Anexo 1-F de la demanda ha quedado demostrado que con fecha 3 de mayo de 2011, el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN suscribieron el Contrato de Supervisión de Concesión para la supervisión de la ejecución de las obras de la construcción y atención de emergencias viales del tramo vial Trujillo – Sullana (en adelante, el CONTRATO).
- 3) El CONTRATO celebrado entre el CONSORCIO SUPERVISOR y OSITRAN tiene por objeto que el primero preste los servicios de Supervisión respecto del Contrato de Concesión. En tal sentido, en virtud del CONTRATO, el CONSORCIO SUPERVISOR se obligó frente a OSITRAN a presentar servicios de Supervisión respecto las obras que debía ejecutar la Sociedad Concesionaria Vial del Sol S.A. en virtud del Contrato de Concesión.
- 4) Conforme con el Anexo 1-U de la demanda ha quedado acreditado que mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 15 de octubre de 2013, OSITRAN comunicó al CONSORCIO SUPERVISOR la terminación del CONTRATO debido a que en opinión de OSITRAN se había dado el supuesto previsto en el acápite 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO.

De tal manera que para determinar si corresponde o no que se declare la nulidad y/o ineficacia y/ ilegalidad de la carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013, mediante la cual OSITRAN resolvió el CONTRATO, el Tribunal Arbitral debe determinar si se dio el supuesto previsto en el acápite 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO.

- 5) No obstante, antes de proceder al análisis del acápite 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar la pretensión del CONSORCIO SUPERVISOR.

En efecto, el CONSORCIO SUPERVISOR en la Primera Pretensión Principal, pretende que el Tribunal Arbitral declare “*la nulidad y/o ineficacia y/ [sic] ilegalidad de la carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013 (...)*”. Al respecto el Tribunal Arbitral advierte que la nulidad, ineficacia o ilegalidad no son atribuibles a una carta.

El Tribunal Arbitral entiende que en opinión del CONSORCIO SUPERVISOR no se habría dado el supuesto previsto en el acápite 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO por lo que no correspondía que OSITRAN

Tribunal Arbitral
Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

"resolviera"¹ el CONTRATO. Por tanto, el CONSORCIO SUPERVISOR pretende que el Tribunal Arbitral declare que no operó la resolución del CONTRATO por parte de OSITRAN comunicada mediante carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013.

- 6) El acápite 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO establece lo siguiente:

"Si la paralización de los servicios por fuerza mayor subsistiese por un periodo de sesenta (60) días calendarios, OSITRAN o EL SUPERVISOR mediante Carta Notarial, podrá resolver el Contrato, salvo que dichas partes decidieran la continuación de los servicios reajustando los términos del Contrato de común acuerdo vía adenda".

De acuerdo con el texto transcrita el supuesto de hecho es que se produzca la paralización de los servicios por fuerza mayor por un periodo de sesenta (60) días calendarios. Producido el supuesto de hecho, OSITRAN o el CONSORCIO SUPERVISOR podrían "resolver" el CONTRATO (*rectus, recesar o desistir* el CONTRATO), salvo que dichas partes decidieran la continuación de los servicios reajustando los términos del CONTRATO de común acuerdo.

- 7) Teniendo en consideración lo señalado lo primero que debe determinar el Tribunal Arbitral es si se produjo la "paralización de los servicios por fuerza mayor por un periodo de sesenta (60) días calendarios".

De conformidad con lo previsto en el acápite 2.1 de la Cláusula Segunda del CONTRATO el objeto del mismo es la "Supervisión de la ejecución de obras de construcción y atención de emergencias viales del tramo vial – Trujillo – Sullana, que incluye las obras de desempate". En tal sentido, para el Tribunal Arbitral no cabe duda que el acápite 13.4 se refiere a la paralización de los servicios de supervisión "de la ejecución de obras de construcción y atención de emergencias viales del tramo vial – Trujillo – Sullana, que incluye las obras de desempate".

Resulta evidente para el Tribunal Arbitral que, teniendo en cuenta que los servicios de supervisión que debía realizar el CONSORCIO SUPERVISOR en

¹ Como se desarrollará más adelante en opinión del Tribunal Arbitral el remedio previsto en el acápite 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO es, en estricto, lo que se conoce en doctrina o en la legislación comparadas como *receso* o *desestimiento*: PALADINI, Mauro. "Nuevas perspectivas en materia de resolución de contrato por incumplimiento" en *Advocatus*, Traducción de Luis Cárdenas Rodríguez bajo el cuidado de Olenka Woolcott Oyague, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 19, Lima, 2008, p. 76: "La declaración del acreedor, que produce la resolución del contrato, tiene diversas denominaciones en los varios ordenamientos. En el sistema italiano se usa el término «*recesso*». En el BGB alemán es definido *der Rücktritt*; en otros ordenamientos y en muchos textos normativos internacionales se habla simplemente de *declaración de resolución* (...) me parece que el término que debería considerarse adecuado (...) es *desistimiento*".

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

virtud del CONTRATO se refieren a las obras que debía desarrollar el Concesionario respecto al Contrato de Concesión, que si el Concesionario paraliza las obras, también se produce la paralización de los servicios de supervisión que tiene como objeto, precisamente dichas obras.

En opinión del Tribunal Arbitral ha quedado probado que desde el 16 de febrero de 2013, el Concesionario dejó de ejecutar la obra debido a que no tenía nuevos frentes de trabajo y por tanto, se produjo una paralización de los servicios del CONSORCIO SUPERVISOR por un periodo de sesenta (60) días calendarios, como consecuencia que el Concedente no entregó nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores.

- 8) Acto seguido el Tribunal Arbitral debe determinar si la paralización de los servicios por fuerza mayor por un periodo de sesenta (60) días calendarios se debió a fuerza mayor.
- 9) Conforme a lo establecido en el acápite 13.1 de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO: "*Las partes han convenido en considerar como fuerza mayor lo establecido en el Artículo 1315 del Código Civil*".

En efecto, es común el caso en que las partes definen algunos términos empleados en el texto contractual, en cuyo caso, obviamente deberá estarse a lo así definido, aún si no es lo que corresponde al sentido corriente. Al respecto LOHmann señala "Desde luego el hecho de que las reglas de interpretación sean de carácter imperativo, es decir, de obligado cumplimiento cuando le es sometida al intérprete la indagación del sentido de la declaración de voluntad, no significa que el propio negociante no pueda fijar el alcance de su propia declaración, señalando el significado que atribuye al vocabulario con que se expresa, aunque sea contrario al usual"².

En este caso, las partes acordaron definir fuerza mayor de acuerdo con el tenor del artículo 1315 del Código Civil el cual señala:

"*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*".

Se entiende, entonces, que las partes han querido definir fuerza mayor en el mismo sentido que el artículo 1315 del Código Civil le atribuye. Por tanto, es necesario interpretar el texto antes transrito.

- 10) El artículo 1315 del Código Civil señala que la fuerza mayor es la "causa no imputable". De acuerdo con el artículo 1317 del Código Civil: "*El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de*

² LOHMMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Lima: Studium Editores, 1986, p. 189.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación" (el subrayado es agregado).

De acuerdo con el texto transrito, la lesión del crédito³ tiene una diversa relevancia jurídica según ella sea imputable o no imputable al deudor. En el primer caso el deudor es responsable y, por tanto, debe resarcir el daño sufrido por el deudor, en el segundo el deudor no responde. La regla de la imputación de la lesión del crédito está formulada en el artículo 1317 del Código Civil.

La mayoría de la doctrina nacional⁴ considera que la responsabilidad del deudor se funda en la culpa. Culpa es la inobservancia de la normal diligencia; es decir, del esfuerzo normalmente adecuado para satisfacer el interés del acreedor, así el artículo 1314 del Código Civil señala: "*Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*". Así, el deudor no es responsable cuando surgen impedimentos no previsibles ni superables con la debida diligencia. La causa no imputable comprende aquellos eventos que el deudor no puede evitar mediante la diligencia ordinaria (artículo 1317 del Código Civil).

De acuerdo con el artículo 1315 del Código Civil la fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. Esta definición parece limitar el significado de la causa no imputable al caso fortuito o fuerza mayor. No obstante, ello no es exacto, la doctrina incluye dentro del concepto de "causa no imputable" también el hecho determinante del tercero y el hecho del propio acreedor⁵. En tal sentido, la fuerza mayor es uno de los supuestos de "causa no imputable".

³ Se produce una lesión del interés creditorio cuando el comportamiento del deudor, apreciado desde una óptica objetiva, independiente de cualquier valoración o calificación de dicho comportamiento, no se ajusta al programa de prestación. Dos son las formas básicas de la lesión del derecho de crédito: la primera es la situación de «no prestación» que es aquella en la cual el deudor no ejecuta (inejecución) la prestación debida; y, la segunda, es la situación de «prestación inexacta», donde el deudor realiza una conducta pero ésta no coincide con la prestación debida. Como hipótesis de «situaciones de no prestación» identificamos: la "imposibilidad sobreviniente", el "retardo" y el "incumplimiento"; como hipótesis de «prestación inexacta», en cambio, identificamos: el cumplimiento parcial, el tardío y el defectuoso (DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Volumen Segundo. Quinta Edición. Madrid: Civitas, 1996, p. 569).

⁴ En contra: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Comentario al artículo 1314". En: **Código Civil Comentarios**. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 849 y siguientes.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser. "Comentario al artículo 1315". En: **Código Civil Comentarios**. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 878.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

- 11) Para el Tribunal Arbitral no existe duda alguna que la paralización de la obra por el Concesionario es un hecho que impide al CONSORCIO SUPERVISOR cumplir con sus obligaciones.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la paralización de los servicios de supervisión a cargo del CONSORCIO SUPERVISOR se debió al hecho que el Concesionario paralizó la obra debido a que el Concedente no entregó nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores, para el Tribunal Arbitral no cabe duda que dicha paralización se debió a causas ajenas al control de las partes del CONTRATO. Ello porque la prestación del servicio a cargo del CONSORCIO SUPERVISOR depende de que el Concesionario ejecute la obra respecto del Contrato de Concesión. Por tanto, estamos frente a una "causa no imputable" al CONSORCIO SUPERVISOR y a OSITRAN (causa no imputable a las partes del CONTRATO).

No obstante lo señalado, debe determinarse si ello supone un supuesto de fuerza mayor conforme a la definición del artículo 1315 del Código Civil.

- 12) En efecto, resulta claro para el Tribunal Arbitral que conforme a lo establecido en el acápite 13.4 del CONTRATO las partes acordaron concederse la facultad de resolver el CONTRATO (*rectus recesar o desistir*) no en caso de paralización de los servicios por "causas no imputables a las partes", sino concretamente en caso de paralización de los servicios "por fuerza mayor de acuerdo a la definición del artículo 1315 del Código Civil".

Conforme con el artículo 1315 del Código Civil la fuerza mayor consiste en "*un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*".

La interpretación del Tribunal Arbitral se basa en el criterio de interpretación literal o textual, según el artículo 168 del Código Civil.

- 13) El hecho que se trate de un "evento extraordinario" significa que no constituya un riesgo típico de la actividad. OSTERLING PARODI señala que "Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual"⁶. Precisando, la doctrina jurídica considera que lo "extraordinario" lo "inusual" es lo que escapa al riesgo típico de la actividad que es objeto de la obligación⁷.

En tal sentido, lo que debe determinarse es si la paralización de la obra por el Concesionario como consecuencia que el Concedente no entregó nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores es un riesgo

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe. **Las Obligaciones**. 8º edición. Lima: Grijley, 2007, p. 234.

⁷ Ver también DE TRAZEGNIAS, Fernando. **La responsabilidad extracontractual**. Tomo I. Quinta edición. Bogotá: Temis, 1999, p. 208.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

típico de la actividad de Supervisión. La respuesta parece evidente, si la supervisión es una actividad que se realiza respecto a la construcción que realiza el Concesionario, si ésta no se da, por cualquier razón, ello impedirá que se realice la supervisión.

Si tenemos en cuenta que la Supervisión de la Obra depende del avance de la construcción de la misma, resulta obvio que las paralizaciones de la Obra por causas externas al supervisor es un riesgo propio de la actividad. Por tanto no estamos frente a un evento extraordinario.

- 14) De acuerdo con DE TRAZEGNIES "No es porque algo sea imprevisible e irresistible que es extraordinario; es más bien porque un hecho es auténticamente extraordinario que resulta imprevisible e inevitable"⁸. Precisamente ALTERINI y LÓPEZ CABANA señalan que el evento es imprevisible "cuando resulta imposible de prever, porque no hay razón para pensar que sucederá"⁹.

En tal sentido, siendo que las paralizaciones de la Obra por causas externas al supervisor es un riesgo propio de la actividad, resulta claro que si era posible de prever.

Ha quedado acreditado, además, que en el numeral 0.4 de los Términos de Referencia sí se previó "posibles atrasos de obra, demoras en entrega de terrenos".

Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral tampoco constituye un evento imprevisible.

- 15) La fuerza mayor además debe ser irresistible; es decir, "debe ser tal que contra ella no se pueda hacer nada"¹⁰, debe analizarse entonces si quien alega la fuerza mayor adoptó todas las medidas posibles para superar el impedimento.

La paralización de la obra por el Concesionario como consecuencia que el Concedente no entregó nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores es un evento inevitable (irresistible) para el CONSORCIO SUPERVISOR y para OSITRAN. No obstante, el Tribunal Arbitral advierte que las partes del CONTRATO si previeron una alternativa para superar el impedimento mitigando los daños que se pudieran ocasionar: "*salvo que dichas partes decidieran la continuación de los servicios reajustando los términos del Contrato de común acuerdo vía adenda*" (acápite 13.4 del CONTRATO).

⁸ IBIDEM., p. 211.

⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. **Temas de Responsabilidad Civil**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad de Argentina, 1995, p. 75.

¹⁰ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y León Hilario, Leysser. OB. CIT., p. 886.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

Si bien es cierto el Tribunal Arbitral considera que no existía una obligación de continuar los servicios reajustando los términos del CONTRATO, si considera que existía la alternativa de negociar de buena fe, de conformidad con el artículo 1362 del Código Civil.

Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral no se adoptaron todas las medidas posibles para superar el impedimento al no haber agotado la negociación para continuar los servicios reajustando los términos del CONTRATO. Por lo expuesto el evento no era irresistible.

- 16) Por lo expuesto, en opinión del Tribunal Arbitral la paralización de la obra por el Concesionario como consecuencia que el Concedente no entregó nuevas áreas de terrenos libres de interferencias, ocupantes e invasores no califica como fuerza mayor conforme al artículo 1315 del Código Civil.

En tal sentido, en opinión del Tribunal Arbitral no se dio el supuesto de hecho previsto en el acápite 13.4 del CONTRATO que faculta a cualquiera de las partes a resolver el CONTRATO (*rectus* recesar o desistir el CONTRATO), por lo que corresponde declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que la resolución del CONTRATO fue por causa imputable a OSITRAN.

- 1) Conforme se ha señalado al analizar el Primer Punto Controvertido, en opinión del Tribunal Arbitral no se dio el supuesto de hecho previsto en el acápite 13.4 del CONTRATO por lo que ninguna de las partes podía ejercer la facultad de resolver el CONTRATO (*rectus*, recesar o desistir el CONTRATO).

En tal sentido, no operó la resolución comunicada mediante carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013.

- 2) Por otro lado, no consta que el CONSORCIO SUPERVISOR hubiera ejercido alguna facultad de resolución del CONTRATO.

- 3) Por lo tanto, no corresponde declarar que la resolución del CONTRATO fue por causa imputable a OSITRAN.

- 4) El Tribunal Arbitral estima que la Segunda Pretensión Principal es **INFUNDADA** no solo porque no hubo resolución del CONTRATO sino tampoco fundamentó en qué consiste la ilegalidad de la resolución.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que OSITRAN pague al CONSORCIO SUPERVISOR la utilidad dejada de percibir debido a la resolución del CONTRATO ascendente a la suma de US\$ 648,468.96 (seiscientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho y 96/100 dólares de los Estados Unidos de América), y por tanto ordenar a OSITRAN al pago indicado, más los impuestos que correspondan.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

El Tribunal Arbitral considera que la Tercera Pretensión Principal del CONSORCIO SUPERVISOR de un lucro cesante¹¹ es **INFUNDADA** por cuanto no se probado que hubo un incumplimiento de obligaciones por parte de OSITRAN y tampoco hubo extinción del CONTRATO. En efecto, si la resolución del CONTRATO no produjo efectos, las retribuciones que le corresponde al CONSORCIO SUPERVISOR deberán ser pagadas por OSITRAN de conformidad a las cláusulas 8.2 y 8.4 del CONTRATO; y al numeral 12.0 de la Sección VII: Términos de Referencia "Supervisión de la Ejecución de las Obras de la Concesión Autopista del Sol, Tramo Trujillo-Sullana"

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la existencia de mayores costos y/o daños y/o abuso del derecho ocasionados por la resolución del CONTRATO efectuada por OSITRAN ascendentes a la suma de US\$ 600,000.00 (seiscientos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), y por tanto ordenar a OSITRAN el pago, más los impuestos que correspondan.

El Tribunal Arbitral considera que tampoco puede ampararse la Tercera Pretensión Principal basada en abuso de derecho de OSITRAN al resolver el CONTRATO y por lo tanto es **INFUNDADA**. El CONSORCIO SUPERVISOR afirma que siguió brindando servicios durante la paralización de la obra. Dicha afirmación contiene un derecho que le corresponde según el CONTRATO vigente. A este Tribunal Arbitral no le corresponde pronunciarse si hubo o no servicios realizados por parte del CONSORCIO SUPERVISOR durante la paralización de la obra cuando su decisión comporta que el CONTRATO sigue vigente.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la existencia de daño moral y/o a la imagen por parte de OSITRAN al haber resuelto el CONTRATO, ascendente a la suma de US\$ 1'000,000.00 (un millón y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), y por tanto ordenar su pago a OSITRAN.

- 1) El CONSORCIO SUPERVISOR señala que debido a la resolución contractual efectuada por OSITRAN, se ha visto mermado en su imagen, reputación, en el sentido de su menoscabo de un interés moral por OSITRAN que no cumplió con respetar el CONTRATO.
- 2) Si bien el Tribunal Arbitral ha señalado que no operó la resolución del CONTRATO comunicada mediante carta N° 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013, analizará si la "apariencia de resolución" podría

¹¹ BIANCA, Massimo, **Diritto civile, La responsabilità**. V, Ristampa, Milán: Giuffrè, 1999. p. 120: "El lucro cesante es la *ganancia patrimonial neta* no obtenida a favor del acreedor por el incumplimiento. La diferencia del daño emergente el lucro cesante es un daño que se refiere a una riqueza no obtenida por el damnificado. Por eso, se trata de un daño normalmente futuro, que requiere en todo caso una razonable certeza de su acaecimiento".

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervias

Patrick Hurtado Tueros

haberle causado un daño moral y/o a la imagen al CONSORCIO SUPERVISOR.

- 3) La doctrina civil distingue el daño patrimonial del daño extrapatrimonial (o "no patrimonial") y en nuestro sistema jurídico se mencionan a los daños (daños morales o inmateriales) y perjuicios (daños materiales). El primero consiste en la lesión a derechos de naturaleza económica y comprende, conforme al segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, el daño emergente y el lucro cesante. Así, el daño emergente es la pérdida sufrida por el acreedor (disminución de su esfera patrimonial como consecuencia de la lesión del crédito) y el lucro cesante es la ganancia neta no conseguida por el acreedor a causa de la lesión del crédito.
- 4) El daño no patrimonial es la lesión a intereses no económicos; es decir, supone la lesión de intereses que a criterio de la conciencia social no son susceptibles de valuación económica¹². En concreto, la expresión "daño moral" debe entenderse en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad¹³; y también comprende el daño a la buena imagen o a la buena reputación.
- 5) El Tribunal Constitucional (Sentencia No. STC 0905-2011-AA ha reconocido que las personas jurídicas son titulares del derecho a la buena reputación. En concreto es objeto de tutela el interés a la imagen o al buen nombre de la empresa.
- 6) En opinión del Tribunal Arbitral, el daño al buen nombre e imagen de una empresa se refleja en aspectos patrimoniales, como por ejemplo, en la pérdida de clientela o de ingresos. Así, BIANCA señala que la pérdida de la imagen consiste precisamente en la pérdida de la clientela y que la determinación de tal daño debe proceder en base a la comparación entre el volumen de los negocios del lesionado antes y luego del hecho ilícito, teniendo en cuenta otros factores que eventualmente pueden incidir en su actividad¹⁴.
- 7) El Tribunal Arbitral debe tener en cuenta que en el presente caso quien interpone la demanda es un consorcio, el cual de acuerdo con lo previsto en el artículo 438 de la Ley General de Sociedades no constituye una persona jurídica.

De acuerdo con el artículo 445 de la Ley General de Sociedades consorcio es un contrato de colaboración empresarial por medio del cual dos personas o

¹² BIANCA, Massimo. **Diritto Civile**. Tomo 5. Milano: Giuffrè, 1994, p. 166.

¹³ DE TRAZEGNIES, Fernando, **La responsabilidad extracontractual**, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol IV, Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1988, p. 109.

¹⁴ BIANCA, Massimo. **Diritto Civile**. Tomo 5. Ob. CIT., p. 126.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

más se asocian para participar en forma activa y directa en uno o más negocios o empresas.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral entiende que de existir un daño a la buena imagen o a la buena reputación este debe ser sufrido no al consorcio sino a las personas jurídicas que lo conforman esto es a Técnicas y Proyectos S.A. y CPS de Ingeniería S.A.C.

- 8) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la resolución del CONTRATO no se ha basado en imputar, falsamente, incumplimientos al CONSORCIO SUPERVISOR, por lo que no podría considerarse que se haya afectado la buena imagen o a la buena reputación de Técnicas y Proyectos S.A. y de CPS de Ingeniería S.A.C.
- 9) De acuerdo con lo establecido en el artículo 1331 del Código Civil: "*La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*".
- 10) A criterio del Tribunal Arbitral, ni el CONSORCIO SUPERVISOR, ni Técnicas y Proyectos S.A. y CPS de Ingeniería S.A.C. han aportado pruebas ni de la existencia ni de la cuantía del daño; pérdida de clientela o de ingresos generados, por lo que la Cuarta Pretensión Principal debe ser declarada **INFUNDADA**.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare la existencia de costos adicionales por la indebida ejecución de la Carta Fianza por el accionar de OSITRAN, ascendente a la suma de US\$ 290,677.01 (Doscientos noventa mil seiscientos setenta y siete y 01/100 dólares de los Estados Unidos de América) y por parte de los mayores costos originados por la resolución del CONTRATO, y por tanto ordenar su pago por parte de OSITRAN, más los impuestos que correspondan.

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que las cartas fianzas son un supuesto de garantía autónoma, base a la cual la entidad bancaria se obliga, a título de garantía, a ejecutar a primer requerimiento una prestación, independientemente de la validez y eficacia de la relación base sin oponer excepciones. Estas garantías están privadas de un vínculo de accesoriaidad con la obligación principal, lo que las diferencia del paradigma de las garantías personales: la fianza. En tal sentido, el Tribunal Arbitral estima que la característica fundamental de las cartas fianzas bancarias, teniendo en cuenta su naturaleza de garantía autónoma es su carácter líquido que permite una rápida ejecución. Así, la garantía independiente o autónoma es de aquellas cuyo pago se vincula a la simple declaración de voluntad del beneficiario; es decir, "...el ordenante, autorizando la emisión de garantía, no sólo acepta la responsabilidad global del resultado a alcanzar sino que también concede al beneficiario el derecho a apreciar libremente si se alcanzó o no dicho resultado. Y

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)

Rómulo Martín Morales Hervías

Patrick Hurtado Tueros

esta libertad de apreciación es rasgo característico esencial de la garantía a primera demanda, cuyo pago puede ser válidamente reclamado, sin necesidad de aportar prueba alguna de que el ordenante incumplió sus obligaciones contractuales, por lo que le expone el serio peligro en caso de reclamación injustificada de la garantía...¹⁵.

De la cita del autor español Cerdá Olmedo se aprecia que la emisión de una carta fianza bancaria supone un riesgo para el ordenante: la reclamación injustificada de la garantía.

Es usual que reclamada la garantía por el beneficiario y antes de que el garante proceda a pagarla, el ordenante trate de impedir que dicho pago se realice, valiéndose para ello de las medidas cautelares. En efecto, el ordenante, ante el temor de sufrir un daño si el beneficiario cobra la garantía, con el consiguiente deber de reembolsar al garante, solicita la tutela judicial preventiva, para evitar dicho daño¹⁶.

El Tribunal Arbitral considera que las cartas fianzas, bancarias, si bien tienen carácter independiente respecto a la relación subyacente, como cualquier garantía, aseguran el cumplimiento de una obligación, por tanto, su ejecución se justifica en la medida que se haya producido la lesión del crédito garantizado.

En tal sentido, si luego de la ejecución se determinara que el beneficiario ejecutó indebidamente las cartas fianzas, entonces responderá frente al ordenante. Si OSITRAN decide ejercer su derecho de ejecutar las cartas fianzas lo hace a su entero riesgo, de tal manera que, si posteriormente se determina que no existió incumplimiento de la obligación garantizada deberá responder por la indebida ejecución de las cartas fianzas. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que la Quinta Pretensión Principal es **INFUNDADA**.

Respecto a la reconvención (presentada el 27/03/2014) y a la contestación de la reconvención (presentada el 28/04/2014):

Octavo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el CONSORCIO SUPERVISOR asuma el pago de una indemnización por el perjuicio que habría causado a OSITRAN, ascendente a US \$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) así como el pago de intereses legales computados desde el 10/12/13.

El Tribunal Arbitral estima que la reconvención es **INFUNDADA** por cuanto no se ha indicado en qué consiste el incumplimiento de obligaciones por parte del CONSORCIO SUPERVISOR y tampoco se ha determinado la existencia de daños ni

¹⁵ CERDÁ OLMEDO, Miguel. **Garantía Independiente**. Granada: Comares, 1991, p. 96.

¹⁶ Ibídem., p. 192.

Tribunal Arbitral
Luciano Barchi Velaocchaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervías
Patrick Hurtado Tueros

cuantificado el monto resarcitorio. No son argumentos suficientes la mención de la mala fe del CONSORCIO SUPERVISOR de iniciar el presente arbitraje a sabiendas que se configuró la resolución del CONTRATO; y la referencia que el CONSORCIO SUPERVISOR alega falsamente que prestó sus servicios hasta octubre de 2013 (fecha de aparente resolución del CONTRATO).

Costos y costas del proceso.- Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

El numeral 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No. 1071, dispone que el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73.

De acuerdo con el artículo 73 del Decreto Legislativo No. 1071, el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

El Convenio Arbitral contenido en la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO no ha previsto la forma de imputar o distribuir los costos del arbitraje. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso, que ambas partes han actuado finalmente basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia.

En consecuencia, se resuelve que cada parte deberá asumir el íntegro de los honorarios por concepto de defensa legal y técnica en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar y deberá asumir por mitades los gastos comunes, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

1. El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 del Decreto Legislativo No. 1071; y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
2. Que por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55 y 56 del Decreto Legislativo

Tribunal Arbitral
Luciano Barchi Velaochaga (Presidente)
Rómulo Martín Morales Hervias
Patrick Hurtado Tueros

No. 1071 y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal y en tal sentido el Tribunal Arbitral declara que no operó la resolución del CONTRATO comunicada mediante Carta No. 031-13-GG-OSITRAN de fecha 22 de octubre de 2013.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal.

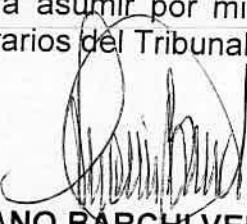
TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal.

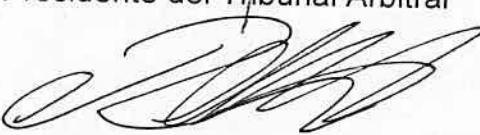
CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la Reconvención.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** en parte la Sexta Pretensión Principal en el sentido que cada parte deberá asumir el íntegro de los honorarios por concepto de defensa legal y técnica en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar y deberá asumir por mitades los gastos comunes, entendiéndose por comunes los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos.


LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
Presidente del Tribunal Arbitral


RÓMULO MARTÍN MORALES HERVIAS
Árbitro


PATRICK HURTADO TUEROS
Árbitro