EN EL ARBITRAJE BAJO
LAS REGLAS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

LAUDO ARBITRAL FINAL

DEMANDANTE:	**EMPRESA CONCESIONARIA CHAVIMOCHIC S.A.C. (PERÚ)** en adelante**,** la Empresa, la Contratista o la Demandante
DEMANDADO:	**REPÚBLICA DE PERÚ** en adelante**,** el Ministerio, el Estado o la Demandada
TIPO DE ARBITRAJE:	Ad Hoc y de Derecho
TRIBUNAL ARBITRAL:	Dr. Ignacio Torterola (Presidente) Dr. Francisco González de Cossío (designado por la Demandante) Dra. Elvira Martínez Coco (designada por la Demandada)
SECRETARIA ARBITRAL:	Verónica Sandler Obregón Secretaria Arbitral

28 de abril de 2022

ÍNDICE

LISTA DE TÉRMINOS DEFINIDOS Y ABREVIADOS 4

I. Aclaraciones Previas 9

II. Sobre el Procedimiento Arbitral 9

2.1. Identificación de las partes y sus representantes 9

2.2. La cláusula arbitral aplicable 10

2.3. La constitución del Tribunal Arbitral 17

2.4. Referencias de la controversia 18

2.4.1. Antecedentes Contractuales 18

2.4.2 Antecedentes procesales 19

III. Argumentos planteados por las Partes 42

3.1. Argumentos de la Demandante 42

3.2. Los reclamos planteados 43

3.3. Argumentos de la Demandada 45

IV. Análisis del Tribunal 49

4.1. Antecedentes de la Controversia 49

4.1.1 El Contexto de la Disputa: el Reconocimiento de la Empresa Odebrecht ante las Autoridades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y las Autoridades Judiciales del Perú 50

4.2. La Jurisdicción del Tribunal Arbitral 62

4.2.1. La Jurisdicción del Tribunal Arbitral para escuchar el caso presentado por EL Concesionario 62

4.3. Sobre la Reconvención presentada por el Concedente 69

4.4. El Mérito de la Disputa 70

4.4.1. Efectos de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión ¿violó el Concesionario, directamente o a través de sus funcionarios, la cláusula 9 del Contrato de Concesión? Y, en su caso, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de la violación de esta cláusula? 71

4.4.2. El Cierre Financiero del Contrato y el Cumplimiento con la obligación de la Entrega del Control del Proyecto 103

4.4.3. Estaba en Condiciones el Concesionario de Obtener el Cierre Financiero del Contrato y se encontraba el Cierre Financiero del Contrato condicionado al cumplimiento de la Entrega de Control del Proyecto (ECP) 117

4.4.4. Las Extensiones de Plazo para el Cumplimiento del ECP y sus efectos sobre el Cierre Financiero del Contrato. 135

Consideraciones Adicionales 147

5.1.Cumplió la Demandante con la Obligación de Mantener Vigente las Pólizas de Seguro del Contrato. Estuvo su comportamiento justificado por el incumplimiento del ECP por la Demandada. 149

V. Daños 155

5.3. Consecuencias de la Violación de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión 159

5. Consecuencias de la Violación de la Cláusula 1.46 del Contrato de Concesión162

6.2. Costos del Cofinanciamiento Compensatorio. 167

6.3. Consecuencias de la Violación de la Cláusula 20.3 del Contrato de Concesión 182

VI. Consecuencias de la Falta de Renovación de las Pólizas de Seguro.....184

VII. Intereses.....186

VIII. Consideraciones Finales y Conclusiones.....187

IX. Rechazo de toda otra Defensa presentada por las Partes.....189

IX.1. Puede el Tribunal declarar la Caducidad de la Concesión 190

X. Los Efectos del Decreto de Urgencia 003/2017 y sus Normas Complementarias191

XII. Decisión.....193

LISTA DE TERMINOS DEFINIDOS Y ABREVIADOS

Término	**Definición**
¶(¶)	párrafo(s)
Área/s de la Concesión	Se refiere a los terrenos requeridos para la ejecución del Proyecto, que el Concedente asumió como obligación de entregar al Concesionario en virtud del Contrato de Concesión.
Bases	Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic, incluyendo sus formularios, anexos, apéndices y circulares.
Bienes de la Concesión	Conjunto de Bienes y Derechos cuya administración y aprovechamiento económico son entregados al Concesionario o adquiridos por éste, durante la vigencia de la concesión.
Caducidad de la Concesión	Finalización de la Concesión, sea por vencimiento del plazo previsto o por la ocurrencia de las causales previstas en la Cláusula 15 del Contrato de Concesión.
Cierre Financiero	Obligación establecida en el Contrato de Concesión, en virtud de la cual, el Concesionario debe financiar las Inversiones Obligatorias retribuidas por el sistema RPI.
Contrato de Concesión	Contrato suscrito entre la Concesionaria Chavimochic S.A. y la República del Perú el 9 de mayo de 2014, por el cual se entrega en concesión el diseño y construcción de las Obras Nuevas, y la operación y mantenimiento de las Obras, y en el que se regula la prestación del Servicio.

Demandado / Ministerio / MIDAGRI	**Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego** de la República de Perú.
Demandante / Contratista / Empresa	**Empresa Concesionaria Chavimochic S.A.C.**, sociedad constituida en la República de Perú, e inscripta en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina del Registro Público de Lima y Callao.
Entrega de Control de Proyecto ECP	Procedimiento de entrega al Concesionario de los terrenos donde se realizarán las Obras Nuevas y actividades auxiliares, así como la documentación técnica y legal que sustente la posesión y acciones del Concesionario en el ámbito del Proyecto. Ella deberá realizarse libre de personas u otros ocupantes, y en general libre de cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras o de las actividades de operación y mantenimiento.
IGV	Impuesto General de Ventas.
Fecha de Cierre	Día, lugar y hora en la que se subscribe el Contrato de Concesión, una vez cumplidas y satisfechas las condiciones exigidas en la Cláusula 27.
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N°1071 “Ley de Arbitraje”.
n(n)	nota(s) al pie
Nro.	Número
Obras	Conjunto de bienes a ser utilizados, construidos, operados, explotados y/o mantenidos por el Concesionario para lograr la prestación del Servicio de Suministro de Agua a los Usuarios del

	Proyecto y para el cumplimiento de las demás obligaciones que se deriven del Contrato de Concesión.
Obras Existentes	Obras de infraestructura hidráulica mayor existentes y en actual operación, comprendiendo las obras construidas durante la primera y segunda etapa del Proyecto, incluyendo sus respectivas estructuras, instalaciones y equipamiento auxiliar, cuya operación, mantenimiento y Aprovechamiento Económico se entrega al Concesionario de acuerdo con la cláusula 10.2 del Contrato de Concesión.
Proyecto Chavimochic	Comprende la tercera etapa del Proyecto, siendo el objeto del Contrato celebrado entre las Partes.
Obras Nuevas	Conjunto de Obras Nuevas de la Primera Fase y de las Obras Nuevas de la Segunda Fase, con sus respectivas obras, instalaciones y equipamientos auxiliares.
p(p).	página(s)
Partes	conjuntamente, la Demandante y las Demandada.
PECH	El Proyecto Especial Chavimochic es el órgano ejecutor del Gobierno Regional de la Libertad que tiene a su cargo la gestión del Proyecto Chavimochic. Ejerce las labores de supervisión de las obligaciones asumidas por el Concesionario.
Periodo de Construcción	Periodo de hasta 4 años contados desde el día siguiente a la culminación del Periodo Inicial hasta la fecha de entrega del Certificado de Puesta en Marcha de las Obras Nuevas construidas.

Periodo de Operación	Periodo de 20 años contados desde el día siguiente a la fecha de entrega del Certificado de Puesta en Marcha. Durante este periodo el Concesionario llevará a cabo actividades de operación y mantenimiento de las Obras.
Periodo Inicial	Periodo de 12 meses comprendido entre la fecha inicial de suscripción del Contrato de Concesión y el día anterior a la fecha de inicio del Periodo de Construcción. Durante este periodo (i) se elaboran los Expedientes Técnicos 1A, 1 y 2, (ii) la recepción del control del proyecto, (iii) se da el diseño y construcción de las Obras Iniciales de la Primera Fase, (iv) se obtienen autorizaciones ambientales y el certificado de Inexistencia de Restos Arqueologicos-CIRA y (v) Cierre Financiero.
Procedimiento Arbitral	Arbitraje Ad Hoc llevado a cabo entre la Empresa Concesionaria Chavimochic SAC y la República de Perú.
Proinversión	Agencia de la Promoción de la Inversión Privada, Organismo Público Adscrito al sector Economía y Finanzas, encargado de promover la inversión privada en obras de infraestructura y de servicios públicos que pueden ser entregados en concesión al sector privado.
Proyecto	Concepción y Desarrollo de los estudios, la ejecución de obras, la instalación y montaje del equipamiento de las Obras Nuevas, la definición de actividades, los procedimientos y las técnicas para lograr la operación eficiente e integrada de las Obras Nuevas en conjunto con las Obras Existentes. Comprende la primera, segunda y tercera etapa del Proyecto.
Reglamento UNCITRAL	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), versión 2010.
Resol. / OP	Cada una de las órdenes procesales dictadas por este Tribunal.

ss.	Siguientes
Tribunal Arbitral	El Tribunal Arbitral: Presidente del Tribunal, Dr. Ignacio Torterola, junto a sus co-árbitros, la Dra. Elvira Martínez Coco y el Dr. Francisco González de Cossío.

LAUDO ARBITRAL FINAL

En Lima, a los 3 días del mes de octubre del año dos mil veintidós, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con el marco normativo establecido por las Partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de demanda, dúplica y réplica, así como los demás documentos que conforman el expediente, dicta el siguiente Laudo Arbitral Final, para poner fin a la controversia planteada.

I. ACLARACIONES PREVIAS

1. El Presidente del Tribunal, Dr. Ignacio Torterola, junto a sus co-árbitros, la Dra. Elvira Martínez Coco y el Dr. Francisco González de Cossío han tenido oportunidad amplia de deliberar y dirimir sobre las pretensiones sometidas a su competencia en el presente arbitraje por las Partes a los fines de evaluar una decisión final.
2. Se deja constancia que las Partes han ejercido plenamente su derecho de defensa durante el desarrollo de las distintas etapas procesales, a través de las presentaciones y posiciones planteadas dentro de los plazos procesales dispuestos.
3. El orden del análisis de los argumentos planteados por cada parte, se efectúan en el orden que el Tribunal considera pertinente, sin que ello genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda la materia sometida a arbitraje.
4. Los medios probatorios aportados por las Partes que obran en el expediente fueron valorados de manera conjunta, utilizando una evaluación razonada.

II. SOBRE EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

2.1. Identificación de las partes y sus representantes

5. En calidad de Demandante:
   Empresa Concesionaria Chavimochic S.A.C., sociedad constituida en la República de Perú, e inscripta en el Registro de Personas Jurídicas de la Oficina del Registro de Lima y Callao, Partida Electrónica Nro. 13197807, con domicilio en Av. Prolongación César

Vallejo Oeste N° 1206 Manzana D, Lote N° 2, Oficina 294 - Urbanización San Eloy – Trujillo – Perú.

Representante:

Estudio DLA PIPER Pizarro Botto Escobar

Dr. Carlos Núñez - Dr. Emanuel Cárdenas con domicilio en Av. Víctor Andrés Belaúnde N° 280, Piso 3 San Isidro, Lima – Perú.

6. En calidad de Demandada:

   Al inicio del procedimiento el **Gobierno Regional de La Libertad** (GRL) con domicilio en Av. España Nro. 1800, Trujillo, Perú y actualmente el **Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego (MIDAGRI)** con domicilio en Av. Benavides 1535, Lima 15048, Perú.

   Representante:

   Por el GRL: Procurador Público Regional de la Región La Libertad, Dr. Javier Orbegoso Saravia, y posteriormente el Dr. Pedro Armas.

   Por MIDAGRI: Katty Mariela Aquize (Procuradora Pública), Guido Vivar Sedano (Procurador Público Adjunto), María José Acosta León-Barandiarán (Abogada).

   Estudio Paitán Abogados - Dr. Carlos Paitán, Dr. Danny Quiroga, Dr. José Salcedo con domicilio en Av. Manuel Olguin 327-12, Lima 15023, Perú.

2.2. La cláusula arbitral aplicable

7. Las Partes firmaron un Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic (en adelante,

el "Contrato"), el cual establecía un acuerdo arbitral en su Cláusula 16, específicamente en la Cláusula 16.1, 16.2 y 16.3, donde señalaba:

CLÁUSULA 16
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

16.1 **Trato directo**

Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes.

El plazo de trato directo, para el caso de controversias que deban resolverse como arbitraje nacional, será de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica.

Para el caso de controversias que deban resolverse como arbitraje internacional, el periodo de negociación o trato directo será no mayor a seis (6) meses. Dicho plazo se computará a partir de la fecha en la que la Parte que invoca la cláusula notifique su solicitud de iniciar el trato directo al Ministerio de Economía y Finanzas en su calidad de Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, sin perjuicio de notificar dicha solicitud a la otra Parte, en virtud de lo establecido en la Ley N° 28933 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 125-2008-EF y normas modificatorias. La solicitud de inicio de trato directo debe incluir una descripción comprensiva de la controversia y su debida fundamentación, así como estar acompañada de todos los medios probatorios correspondientes.

Los plazos a los que se refieren los párrafos anteriores podrán ser ampliados por decisión conjunta de las Partes, acuerdo que deberá constar por escrito, cuando consideren que hay posibilidades reales que, de contarse con este plazo adicional, el conflicto será resuelto mediante el trato directo.

En caso que las Partes, dentro del plazo de trato directo, no resolvieran el conflicto o incertidumbre suscitada, deberán definirlo como un conflicto o incertidumbre de carácter técnico o no-técnico, según sea el caso. Cuando las Partes no se pongan de acuerdo con respecto a la naturaleza de la controversia, ambas Partes deberán sustentar su posición en una comunicación escrita que harán llegar a su contraparte. En esta explicarán las razones por las cuales consideran que la controversia es de carácter técnico o no técnico.

Los conflictos o incertidumbres técnicas (cada una, una Controversia Técnica) serán resueltos conforme al procedimiento estipulado en el literal a) de la Cláusula 16.2.

Los conflictos o incertidumbres que no sean de carácter técnico (cada una, una Controversia No Técnica) serán resueltos conforme al procedimiento previsto en el literal b) de la Cláusula 16.2. En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo respecto de si el conflicto o controversia suscitado es una Controversia Técnica o una Controversia No-Técnica, o en caso el conflicto tenga componentes de Controversia Técnica y de Controversia No Técnica, entonces tal conflicto o incertidumbre deberá ser considerado como una Controversia No Técnica y

será resuelto conforme al procedimiento respectivo previsto en el literal b) de la Cláusula 16.2.

16.2 **Arbitraje.**

Las modalidades de procedimientos arbitrales son los siguientes:

a) Arbitraje de Conciencia.-

a-1) Todas y cada una de las Controversias Técnicas que no puedan ser resueltas directamente por las Partes dentro del plazo de trato directo deberán ser sometidas a un arbitraje de conciencia, de conformidad con el numeral 3 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071, en el cual los árbitros resolverán conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Los árbitros podrán ser peritos nacionales o extranjeros, pero en todos los casos deberán contar con amplia experiencia en la materia de la Controversia Técnica respectiva, y no deberán tener conflicto de interés con ninguna de las Partes al momento y después de su designación como tales.

El Tribunal Arbitral podrá solicitar a las Partes la información que estime necesaria para resolver la Controversia Técnica que conozca, y como consecuencia de ello podrá presentar a las Partes una propuesta de conciliación, la cual podrá ser o no aceptada por éstas.

El Tribunal Arbitral podrá actuar todos los medios probatorios y solicitar a las Partes o a terceras personas, los medios probatorios que considere necesarios para resolver las pretensiones planteadas.

El Tribunal Arbitral deberá preparar una decisión preliminar que notificará a las Partes dentro de los treinta (30) Días siguientes a su instalación, teniendo las Partes un plazo de diez (10) Días para preparar y entregar al Tribunal sus comentarios a dicha decisión preliminar.

El Tribunal Arbitral deberá expedir su decisión final sobre la Controversia Técnica suscitada dentro de los diez (10) Días siguientes a la recepción de los comentarios de las Partes, a su decisión preliminar o al vencimiento del plazo para presentar dichos comentarios, lo que ocurra primero.

El procedimiento para la resolución de una Controversia Técnica deberá llevarse a cabo en la ciudad de Lima, Perú. Excepcionalmente, y por la naturaleza del caso concreto, el

Tribunal Arbitral se trasladará a otra localidad sólo con el fin de actuar medios probatorios como un peritaje, una inspección ocular o cualquier otro medio probatorio que sea necesario actuar en otra localidad, por un plazo no mayor a diez (10) Días.

Los miembros del Tribunal deberán guardar absoluta reserva y mantener confidencialidad sobre toda la información que conozcan por su participación en la resolución de una Controversia Técnica.

La controversia se resolverá a través de arbitraje nacional, siendo de aplicación los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, en todo lo no previsto en el presente Contrato.

a-2) En el caso que la decisión final del Tribunal Arbitral determine la Controversia Técnica como Evento Geológico, se procederá de la siguiente manera:

(i) La(s) solución(es) y el(los) monto(s) de(los) Evento(s) Geológico(s) establecidos por el Tribunal Arbitral, serán asumidos por el Concesionario.

En caso la(s) solución(es) de(los) Evento(s) Geológico(s) fuese(n) menores o iguales a US$ 35'700,000 (treinta y cinco millones setecientos mil Dólares), equivalente al 5% del Monto Referencial de Inversión, el Concesionario se resarcirá por este incremento de las inversiones, con una compensación económica, que se realizará con cargo a los fondos presupuestados por el Concedente para el año siguiente al reconocimiento de la existencia del Evento Geológico. Los pagos a través de esta modalidad, se realizarán hasta que se extingan las obligaciones de pago decretadas por el Tribunal Arbitral.

(ii) Si la(s) solución(es) de(los) Evento(s) Geológico(s) fuese(n) superior(es) a US$ 35'700,000 (treinta y cinco millones setecientos mil Dólares), las Partes negociarán, por el excedente a dicho monto, una forma de pago del Evento Geológico distinta a la establecida en el acápite (i) anterior.

En caso que las Partes no llegasen a un acuerdo sobre las nuevas condiciones de pago, en un plazo de treinta (30) Días contados a partir del inicio de las negociaciones, cualquiera de las Partes podrá invocar un Evento de Fuerza Mayor o requerir la Caducidad de la Concesión.

Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el Concedente en representación del Estado de la República del Perú declara que al Concesionario se le considerará como "Nacional de Otro Estado Contratante" por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el Concesionario acepta que se le considere como tal.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos de América, y será conducido en idioma castellano.

Si por cualquier razón el CIADI declinara asumir el arbitraje promovido en virtud de la presente Cláusula, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas a que se refiere el presente acápite (i), a las Reglas de Arbitraje del CNUDMI. En ese caso el arbitraje se llevará a cabo en Lima, Perú.

Las Partes expresan su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los tribunales arbitrales señalados en los párrafos precedentes.

(ii) Las Controversias No Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a US$ 30'000,000.00 (Treinta Millones y 00/100 Dólares), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente.

Las Partes podrán someter las controversias a las reglas o procedimientos de otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima, para lo cual se requerirá acuerdo expreso que deberá constar por escrito.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los ciento veinte (120) Días posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral. El laudo podrá emitirse fuera de este plazo cuando el Tribunal Arbitral considere indispensable actuar medios probatorios como peritajes o

Contrato de Concesión, si fuera aplicable, quedará en suspenso el plazo respectivo y tal garantía no podrá ser ejecutada por el motivo que suscitó el arbitraje y deberá ser mantenida vigente durante el procedimiento arbitral.

e) Todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia Técnica, o No Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida. Igual regla se aplica en caso la Parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. En caso el procedimiento finalice sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Asimismo, en caso el laudo favoreciera parcialmente a las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá la distribución de los referidos gastos.

Se excluyen de lo dispuesto en esta Cláusula, los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual.

8. A lo largo de la cláusula arbitral se establecían los parámetros para la formación del presente arbitraje, de derecho, Ad-Hoc y nacional.[1]
9. El Tribunal determinó por medio de la OP Nro. 4 que el presente era un arbitraje Ad Hoc y de derecho. En base a los antecedentes existentes del caso y ante la consulta de las Partes sobre la naturaleza del Arbitraje, el Tribunal en la OP Nro. 10 determinó que el presente arbitraje era nacional, considerando que no era de aplicación la jurisdicción del CIADI por no contar este arbitraje con los elementos jurisdiccionales necesarios para

[1] La cláusula arbitral (Cláusula 16) establece una diferencia entre arbitraje de conciencia (aplicable a controversias técnicas) y arbitraje de derecho (aplicable a controversias no técnicas). A su vez, se establece que, en los casos de arbitraje de derecho, estos podrán ser "nacionales" o "internacionales", pareciendo determinar que: El arbitraje sería internacional cuando las Controversias No Técnicas tuvieran un monto involucrado superior a los US$ 30'000,000.00 (Treinta Millones y 00/100 Dólares) y será nacional cuando las Controversias No Técnicas tuvieran una cuantía igual o menor a los US$ 30'000,000.00 (Treinta Millones y 00/100 Dólares) o no cuantificables en dinero. En caso de ser internacional, (i) el arbitraje tendría lugar en la ciudad de Washington D.C., USA, y (ii) de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante el CIADI. Si por cualquier razón, el CIADI declinara de asumir el arbitraje, las Partes de manera anticipada aceptan someter las controversias no técnicas a las reglas de Arbitraje de la CNUDMI, siendo en este caso la sede del arbitraje Lima, Perú. Tratándose de arbitrajes nacionales, se aplicarán los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje de la CCL, y la sede será Lima, Perú.

exaltar su competencia, además de contar con la propia declinación del organismo del CIADI de asumir el arbitraje., entendiendo entonces que las Partes habían aceptado la

10. El Tribunal, analizando los propios criterios objetivos de internacionalidad determinados por el Decreto Legislativo Nro. 1071 "Ley de Arbitraje" en su Art. 5, estableció que, si bien las Partes por autonomía de su voluntad podrían determinar la internacionalidad de un arbitraje a diferencia de lo establecido por la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, esto debería ser en cumplimiento de lo establecido por el Artículo Nro. 5 de la referida normativa. El Tribunal consideró que en el presente caso no se configuraba ningún criterio objetivo de internacionalidad para su configuración: (i) al momento de la celebración del Contrato y convenio arbitral, las Partes no tenían sus domicilios en Estados diferentes, contando todos ellos con domicilio en Perú, (ii) que según surge de la OP 4 #52 las Partes acordaron que la sede del arbitraje sea la ciudad de Lima y (iii) que el lugar de cumplimiento y ejecución íntegra del contrato fue íntegramente en Perú.
11. Por su lado, el Ministerio de Economía y Finanzas de Perú en el Oficio Nro. 128-2017-PP-EF/16 y en el Oficio Nro. 380-2018-EF/CE.36, expresó que la controversia se encontraba fuera de la competencia de la Comisión Especial que representa al Estado Peruano en Controversias Internacionales de Inversión conforme la Ley Nro. 28.933 y su Reglamento, frente al pacto voluntario de las Partes en el Contrato, donde se fija la aplicación de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.
12. Por lo expuesto, el presente arbitraje es un arbitraje nacional, regido por las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, con sede en Lima, Perú, ley de fondo peruana y en idioma español.

2.3. La constitución del Tribunal Arbitral

13. La Demandante presenta su solicitud de arbitraje el 27 de febrero de 2017 y con fecha 16 de abril de 2018, designa como árbitro al Dr. Francisco González de Cossío, quien aceptó el cargo en fecha 23 de mayo de 2018. Por su parte, la Demandada propone como árbitro al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, aceptando tal designación con fecha 19 de abril de ese año. El 8 de mayo de 2018, el Dr. Cantuarias Salaverry presenta su renuncia como árbitro propuesto por la parte demandada. El 15 de mayo de 2018, la Demandada designa como nueva árbitro a la Dra. Elvira Martínez Coco, aceptando la misma su cargo con fecha 16 de mayo del corriente año.
14. Los co-árbitros propuestos a fin de avanzar en la constitución del Tribunal designan de común acuerdo al Presidente del Tribunal, Dr. Roque J. Caivano, con fecha 23 de mayo de 2018. Con fecha 11 de junio de 2018 la parte demandada presenta una nota al

Presidente propuesto a fin de que se inhiba de su designación como consecuencia de la revelación realizada a los fines de confirmarse su designación por las partes. Con fecha 11 de junio de 2018, el Dr. Caivano contesta la carta de la demandada confirmando su imparcialidad e independencia en la causa.

15. La parte Demandada finalmente el 19 de septiembre formula "recusación, vía objeción, del Presidente del Tribunal Arbitral". Con fecha 12 de octubre de 2018, el Dr. Caivano renuncia a su cargo por medio de nota presentada a las partes.
16. Los co-árbitros comunican a las Partes su intención de designar al Dr. Ignacio Torterola como presidente del proceso conforme Art. 9 (1), brindando sus antecedentes.
17. Por medio de comunicación de fecha 16 de noviembre de 2018, el Dr. Ignacio Torterola confirma su aceptación, y solicita a las Partes que confirmen la participación de la secretaria del Tribunal oportunamente designada en las presentes actuaciones. Ambas Partes confirmaron la participación de la secretaria en el procedimiento y acompañaron los escritos de objeciones, oportunamente presentados, reiterando lo allí planteado y prestando en lo demás conformidad a lo actuado.
18. Por lo expuesto, se concluye que el Tribunal Arbitral se constituyó en cada momento de conformidad con el convenio suscrito por las Partes, el reglamento aplicable y las reglas de procedimiento establecidas en la OP 4.

2.4. Referencias de la controversia

2.4.1. Antecedentes Contractuales

19. Las controversias que constituyen la materia objeto de este arbitraje se originan en la ejecución del Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic.
20. Así, en agosto de 2004 el Gobierno de Perú efectuó la transferencia del Proyecto Chavimochic al Gobierno Regional La Libertad. Así, el Consejo Regional de La Libertad declaró de prioridad y necesidad pública la consolidación de la Primera y Segunda Etapa del Proyecto Especial Chavimochic (en adelante, el "Proyecto"), reafirmando la necesidad de la ejecución de la Tercera Etapa.
21. A mediados del mes de mayo de 2012, el Gobierno Regional de la Libertad encargó a PROINVERSIÓN el diseño, conducción y desarrollo de la ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada del Proyecto, suscribiéndose a tal fin un convenio de

asistencia técnica. Finalmente, el 16 de mayo de 2012 PROINVERSIÓN suscribió con el Gobierno Regional de La Libertad la Adenda N° 1 al Convenio de Asistencia Técnica.

22. En base al Plan de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto en marzo de 2013, se convocó al Concurso de Proyectos Integrales para la concesión de obras hidráulicas mayores del Proyecto Chavimochic y se publicó las Bases de este, aprobándose en diciembre de ese año la versión final del Contrato de Concesión.
23. Con fecha 18 de diciembre de 2013, el Comité PRO INTEGRACIÓN adjudicó la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic, al Postor Calificado Consorcio Río Santa.
24. Con fecha 9 de mayo de 2014, se suscribió el Contrato entre la demandada y la demandante, en virtud del cual la demandante sería responsable del diseño y construcción de las Obras Nuevas de la Tercera Etapa, la operación y mantenimiento de dichas obras y de las Obras Existentes, así como de la prestación del servicio de suministro de agua a los distintos usuarios del Proyecto.
25. Con fecha 5 de mayo de 2015, se suscribió la Primera Adenda al Contrato mediante la cual se generó una ampliación de plazos y modificación del cronograma contractual de los principales hitos del contrato.
26. La Demandante imputa a la Demandada varios incumplimientos durante la ejecución del Contrato, y alega no haber podido arribar a ningún tipo de acuerdo.
27. Por todo lo antes expuesto, la Demandante el 20 de Febrero de 2017, notifica a la Demandada la caducidad el Contrato de Concesión por causal de terminación anticipada, por causa imputable a la Demandada conforme la Cláusula I5.1, literal b)II. 1., II.1.1, I) del Contrato.

2.4.2 Antecedentes procesales

28. Este arbitraje fue iniciado por la Demandante mediante la solicitud de arbitraje presentada el 27 de febrero de 2017. Allí, la demandante solicita se declare que la demandada ha incumplido con ciertas obligaciones fundamentales a su cargo, fundamentalmente aquellas derivadas de la falta de entrega por parte de la demandada de los terrenos acordados conforme disposiciones del Contrato.
29. Con fecha 23 de junio de 2017, la demandada contesta la notificación de arbitraje.
30. Conforme se detalla en el punto 2.3, por voluntad de las Partes y de conformidad con lo reglado en el reglamento y normativa aplicable, con fecha 16 de noviembre de 2018 se

reconstituyó el Tribunal Arbitral que entendería en las presentes actuaciones hasta la fecha.

31. Con fecha 9 de diciembre de 2018 se dicta la OP Nro. 4 de reordenación del procedimiento fijando las reglas y calendario procesal aplicable al caso.
32. Con fecha 3 de enero de 2019, el Tribunal Arbitral manifiesta haber tenido conocimiento y consideración de las presentaciones de las Partes, con especial referencia al Escrito No. 7 de la Procuraduría Regional de la Libertad objetando las Reglas 92 y 94 de la Orden Procesal No. 4, y a las comunicaciones de las Partes solicitando que el Tribunal Arbitral resuelva en esta instancia la nacionalidad del arbitraje. El Tribunal resolvió que no existía nada erróneo en las Reglas 92 y 94 de la OP4, sino que las mismas se encontraban ampliamente fundamentadas en las reglas aplicables al arbitraje y fueron consentidas oportunamente por las Partes en el intercambio de borradores entre ellas. En consecuencia, el Tribunal Arbitral rechaza las objeciones planteadas manteniendo los términos de la OP4.
33. Con fecha 19 de febrero de 2019 la Demandante informa al Tribunal que las Partes acordaron suspender el plazo de presentación del memorial de demanda por el plazo de 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente de emitida la Orden Procesal por el Tribunal que acepte el acuerdo de las partes contenido en dicha Acta. Una vez agotado el plazo de suspensión, se reanuda el cómputo del plazo original, hasta su vencimiento. El Tribunal en el mismo día, confirma la recepción de la información recibida. A estos efectos, el 6 de marzo de 2019 se notifica a las Partes la OP Nro. 6 por medio de la cual

el Tribunal toma conocimiento del "Acta de Acuerdo de Suspensión para Presentar Memorial de Demanda" y solicita precisión del computó de los plazos respectivos.

34. La parte demandante cumple con informar al Tribunal que, por acuerdo de las partes según el documento que adjunta, el acuerdo arribado es para suspender por 30 días hábiles el plazo para que la parte demandante presente su memorial de demanda.
35. El 30 de mayo de 2029, dentro del plazo otorgado, la Demandante presenta su Memorial de Demanda y anexos documentales.
36. El Tribunal Arbitral, el 10 de julio de 2019, dictó la Orden Procesal Nro. 7 (OP7), mediante la cual se intimó el pago de los honorarios correspondientes al primer hito de este Arbitraje dentro de los 15 días desde su dictado.
37. Con fecha 27 de agosto de 2019 la Demandada presenta su Memorial de Contestación de Demanda y su Memorial de Reconvención.
38. Con fecha 2 de septiembre de 2019, la Demandante presentó el escrito Nro. 1 de Ampliación de Demanda.
39. Con fecha 13 de septiembre de 2019, el Tribunal dictó la Orden Procesal Nro. 8 (OP8), mediante la cual intimó formalmente a las Partes a pagar, dentro de los quince (15) días de su dictado, los honorarios y gastos administrativos correspondientes a los hitos 1 y 2, establecidos en la Regla 92 de la Orden procesal Nro. 4 (OP4).
40. Asimismo, el Tribunal Arbitral determinó que, en caso de no realizarse el pago en forma completa dentro del plazo estipulado, el procedimiento arbitral se suspendería, sólo reanudándose una vez que los pagos hayan sido recibidos.
41. Notificada la OP8, la parte Demandante presentó con fecha 16 de septiembre de 2019 un escrito al Tribunal Arbitral solicitando un plazo adicional para hacer efectivo el pago en las presentes actuaciones. El día 17 de septiembre de 2019, el Tribunal invitó a la parte Demandada a que envíe cualquier comentario que quisiera formular a su respecto en un plazo de 24 horas. La parte Demandada no realizó ningún comentario en el plazo señalado.
42. Mediante la Orden Procesal Nro. 9 (OP9) se ratifican todos los puntos establecidos en la OP7 y OP8.
43. Con fecha 18 de octubre de 2019, la Demandante presenta el Escrito Nro. 4 donde informa al Tribunal Arbitral el efectivo pago de los honorarios profesionales a su cargo

correspondiente al Hito Nro. 1, informando además que se subrogará en el monto correspondiente a la Demandada.

44. Finalmente, y luego del cumplimiento de una serie de formalidades para efectivizar el pago subrogado, con fecha 15 de enero de 2020, por medio del Escrito Nro. 5 la Demandante acredita el pago del monto subrogado.
45. Por las razones expuestas, con fecha 30 de enero de 2020, según la Orden procesal Nro. 10 (OP10), se levanta la suspensión del procedimiento, comenzando a correr los plazos establecidos en el calendario allí establecido. En la misma OP10, se estableció (i) que el arbitraje sería de derecho, reglamentado por el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL versión 2010 y de carácter nacional, (ii) se admitió la reconvención planteada por la parte Demandada, y (iii) se admitió la ampliación de Demanda planteada por la Demandante.
46. El día 31 de enero de 2020, y fundamentándose en el calendario establecido en la OP4, la Parte Demandante presenta el Memorial de Réplica de Contestación de Demanda.
47. Siguiendo lo establecido en la OP10, la Demandante presenta con fecha 7 de febrero de 2020, el Escrito Nro. 6 en el que realiza observaciones al nuevo Calendario Procesal. En la misma fecha, el Tribunal confirma recepción de la presentación de la Demandante e invita a las Partes, a que emitan opinión con relación a la compatibilidad entre el Memorial de Replica de Contestación de Demanda presentado y la propuesta de Calendario de la OP10.
48. El día 12 de febrero de 2020, la Demandante se expresa sobre la compatibilidad requerida, proponiendo al Tribunal dos opciones para avanzar: una, en donde se propone un tratamiento separado de actos postulatorios de Demanda y Ampliación de Demanda, y otra, manteniendo el Calendario procesal propuesto por la OP10.
49. Con fecha 13 de febrero de 2020, la Procuraduría realiza presentaciones, por las cuales: (i) solicita ampliación del deber de revelar al Tribunal (Escrito Nro. 4), (ii) desiste de la reconvención planteada oportunamente (Escrito Nro. 5) y (iii) presenta objeciones a la OP10, solicitando un plazo adicional para ampliar su fundamentación y fijación de audiencia de ilustración (Escrito Nro. 6).
50. Por su parte, la Demandante con fecha 20 de febrero de 2020 da respuesta a las presentaciones realizadas por la Demandada. En particular, y en respuesta al Escrito Nro. 4, la Demandante manifiesta no encontrar fundamento a la ampliación de revelación formulada, y con ánimo de contribuir al deber de revelación, solicita a la Demandada que revele de buena fe quienes ejercen su defensa legal. Con relación al Escrito Nro. 5, la Demandante formula oposición al desistimiento presentado, manifestando al Tribunal

un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia contenida en la Demanda Reconvencional.

51. Asimismo, la Demandante presenta ante el Tribunal el Escrito Nro. 7 con fecha 20 de febrero de 2020, absolviendo el Escrito Nro. 6 presentado por la Demandada. Entre varios de los argumentos allí volcados, la Demandada manifiesta que no corresponde que el Tribunal Arbitral otorgue un plazo adicional para ampliar las objeciones manifestadas por la otra Parte.
52. Por su parte en la misma fecha, 20 de febrero de 2020, la Demandada presenta comunicación al Tribunal con relación específicamente a la solicitud de "Inicio de Trato Directo" de las controversias propuestas en la solicitud arbitral y pretensiones plasmadas en la demanda.
53. Con fecha 22 de febrero de 2020, los miembros del Tribunal comunican de manera individual a las Partes, su respuesta a la solicitud de ampliación del deber de revelación solicitado por la Demandada.
54. Con fecha 28 de febrero de 2020, la Demandante acompaña Memorial de Contestación a la Demanda Reconvencional, conforme los plazos establecidos por la OP10 y sus anexos correspondientes.
55. Con fecha 23 de marzo de 2020 el Tribunal por medio de la Orden Procesal Nro. 11 (OP11), ante el Decreto Supremo Nro. 044-2020-PCM que declaró el Estado de Emergencia Nacional en la República de Perú a consecuencia del COVID-19, suspendió las actuaciones arbitrales y plazos dispuestos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de marzo de 2020. Además, se estableció que en caso de existir más extensiones del Estado de Emergencia Nacional, la suspensión se extendería automáticamente.
56. Con fecha 8 de abril de 2020, el Tribunal Arbitral notifica la Orden Procesal Nro. 12 por la cual se incorpora un nuevo calendario procesal ajustado, estableciéndose que los plazos comenzarán a correr automáticamente partir del momento en que las Autoridades Sanitarias del Perú levanten las restricciones para circular. Asimismo, se establece adoptar el método de notificación electrónica de todos los actos procesales. El Tribunal en la misma OP, en base a las manifestaciones realizadas, invita a las Partes a presentar cualquier evidencia oficial (procedimientos judiciales o documentos emanados de autoridades, procedimientos criminales, acuerdos con las autoridades o exoneraciones) en las cuales se evidencia las alegaciones de corrupción respecto a la contratación con el Estado objeto del presente procedimiento arbitral. Asimismo, las Partes son invitadas a

comentar y argumentar sobre la jurisdicción del Tribunal Arbitral consecuencia de los alegados hechos de corrupción.

57. Por último, el Tribunal les solicita a las Partes expresar sus comentarios sobre la forma de desarrollar la audiencia de Mérito y Prueba prevista en el calendario, y solicita se efectivice el pago del hito 2 de los honorarios profesionales conforme el estado del proceso.
58. En la Orden procesal Nro. 13 de fecha 11 de mayo de 2020 el Tribunal confirma los hitos pendientes de pago de los honorarios profesionales y determina que por el momento no corresponden aplicar previsiones separadas conforme lo solicitado por la parte actora. El Tribunal solicita a las partes sufragar los montos pendientes de pago relacionados con el hito 2 a la brevedad.
59. El día 4 de junio, en su Escrito Nro. 8, la parte Demandante solicita la reanudación del procedimiento arbitral. La parte Demandada en su escrito Nro. 7 de fecha 11 de junio de 2020 se opuso a tal solicitud. Así, el 12 de junio de 2020 el Tribunal notifica la Orden Procesal Nro. 14 por la cual manifiesta que ha revisado con detenimiento las presentaciones de ambas Partes considerando por las razones allí expuestas conveniente mantener la suspensión del Procedimiento Arbitral invitando a ambas Partes a mantener informado al Tribunal respecto a cualquier novedad de transcendencia respecto a la evolución de las medidas de prevención y contención social relacionadas al Covid-19.
60. En relación con ello, con fecha 22 de julio de 2020, la parte Demandante por medio del Escrito Nro. 9 solicita al Tribunal nuevamente la reanudación del procedimiento en función de las novedades legislativas en Perú aplicables. El Tribunal Arbitral con fecha 23 de julio de 2020, invita a la parte Demandada a enviar sus comentarios. Con fecha 27 de julio de 2020, la parte Demandada por medio del Escrito Nro. 8, cumple con lo solicitado por el Tribunal, confirmando que mediante el Decreto Supremo Nro.116-2020-PCM efectivamente se levantaron las restricciones y el aislamiento social obligatorio en varias regiones del país, entre ellas la Región La Libertad. La parte Demandada manifiesta que las entidades del sector publico retomarán sus actividades de manera gradual, y siendo que, en este caso, según el calendario procesal vigente, el primer acto procesal a cargo de la Demandante, no presenta objeción para que el Tribunal disponga levantar la suspensión de este proceso y el reinicio de las actuaciones arbitrales.
61. En función de lo anterior por medio de la Orden Procesal Nro. 15 de fecha 31 de julio de 2020 el Tribunal decide (i) levantar la suspensión del Procedimiento Arbitral, (ii) reiniciar automáticamente los cómputos de los plazos establecidos en el calendario procesal, (iii) ordenar a las partes al cumplimiento del calendario procesal y (vi) confirmar y mantener

la utilización de notificaciones y medios electrónicos durante el desarrollo del presente procedimiento arbitral.

62. Con fecha 8 de agosto de 2020, la parte Demandante presenta sus Memoriales de Réplica y de Contestación a la Demanda Reconvencional del Demandado cumpliendo en no cambiar sustancialmente los argumentos jurídicos y facticos oportunamente expuestos en sus anteriores presentaciones (en fecha 31 de enero de 2020 y 28 de febrero de 2020 respectivamente). El 11 de agosto de 2020, la parta Demandada confirma recepción de la presentación realizada.
63. Con fecha 20 de agosto de 2020 la Demandada presenta el Escrito Nro. 9, en el cual solicita (i) se confirme su interpretación sobre los plazos procesales y (ii) se otorgue un plazo adicional de 10 (diez) días para el plazo de cumplimiento de la presentación a su cargo conforme el calendario procesal por el impacto del COVID-19 a fin de llevar una adecuada y oportunamente defensa.
64. Con fecha 24 de agosto de 2020, la parte Demandante presenta su Escrito Nro. 10 por la cual se opone al pedido de plazo adicional por considerar que el mismo vulnera el principio de igualdad de las partes en el arbitraje, además de haber vencido el plazo para objetar la Orden Procesal N° 15 y el Calendario Procesal vigente oportunamente.
65. Por su parte la parte Demandada presenta el Escrito Nro. 10 de fecha 25 de agosto de 2020, en donde nuevamente propone como válida su interpretación del Anexo I de la Orden Procesal Nro. 15.
66. El Presidente del Tribunal Arbitral con fecha 25 de agosto de 2020, da por recibida la comunicación de la Demandada y manifiesta su disconformidad sobre estas intempestivas presentaciones entre las Partes fijando un nuevo esquema y plazos para las siguientes presentaciones.
67. Antes del vencimiento del plazo que le fuera otorgado por el Presidente del Tribunal, la Demandante envía con fecha 26 de agosto de 2020 una comunicación en la que manifiesta no tener comentarios a la presentación de la Demandada, y ratifica su posición sobre (i) su oposición a que se amplíe el plazo a la Demandada, y; (ii) que debe considerarse la contabilización de plazos tal como se expuso en el escrito presentado oportunamente.
68. La Demandada se vuelve a dirigir al Tribunal Arbitral adjuntando su Escrito No. 11 en el que solicita la suspensión del Proceso Arbitral por cuarentena hasta el día 30 de setiembre de 2020.
69. Por ello, y como consecuencia de esta comunicación, el Tribunal Arbitral dió traslado por 24 horas a la Concesionaria, la cual respondió mediante Escrito No. 11 oponiéndose a la

suspensión del Procedimiento Arbitral y manteniendo su oposición a que se conceda una extensión de plazo adicional.

70. Posteriormente ambas Partes realizaron presentaciones no requeridas por el Tribunal. En consecuencia, y para permitir la organización del Procedimiento Arbitral, el Tribunal solicitó a las Partes que se abstengan de realizar presentaciones adicionales sobre la cuestión, y que permitan al Tribunal Arbitral deliberar para permitir el dictado de una Orden Procesal.
71. Nuevamente, antes de que el Tribunal pudiera dictar su decisión procesal, el día 31 de agosto de 2020, la parte Demandada presentó un Escrito sobre posibles nuevos argumentos.
72. Ante la situación del procedimiento y las presentaciones realizadas, el Tribunal consideró oportuno llamar a una Audiencia por Video-Conferencia (vía Zoom) entre las Partes, para conversar el resto del calendario, y – especialmente – sobre las solicitudes que todavía se encontraban sin resolver por el Tribunal Arbitral.
73. El día 4 de setiembre del 2020 a las 11 hs. (horario de Lima) se realizó una audiencia remota convocada por el Tribunal, con la participación del Tribunal Arbitral, secretaria y representantes de ambas Partes: el Dr. Pedro Armas Plasencia (Procurador del Departamento La Libertad) y el Dr. Vicente Fernando Tincopa Torres por la Demandada y el Dr. Carlos Nuñez con el Dr. Emanuel Cárdenas, el Sr. Erlon Arfeli, el Dr. Micael Calmet, el Dr. Alfonso Pinillos, la Dra. Carla Nitze y la Dra. Antonella Toledo por la Concesionaria Chavimocic.
74. Durante la audiencia, la Demandada volvió a insistir en la necesidad de la suspensión del Arbitraje justificándolo en dos razones: el impacto que el COVID-19 estaba teniendo en el Departamento La Libertad, y la necesidad del Dr. Vicente Fernando Tincopa Torres, quien se incorporaría a la defensa de la demandada, para imponerse de los actuados. Asimismo, se garantizo que luego de ese primer mes de suspensión, se comprometía la Demandada a acortar los plazos y las instancias para llegar lo antes posible a la realización de la Audiencia de Mérito y Prueba.
75. La Demandante, por el contrario, se opuso a la extensión del plazo. La Demandante solicitó que se mantuvieran los plazos del Procedimiento Arbitral como habían sido establecidos en la OP 15 por el Tribunal. No obstante, también manifestó que pensaba presentar sus escritos antes del vencimiento de los plazos que les había sido otorgado. En ese sentido, el Tribunal Arbitral dejó claro que las fechas que se establecieran en el calendario arbitral en el futuro no serían por número de días sino estableciendo fechas de vencimientos específicos. En esas circunstancias, el Tribunal invitó a las Partes a dialogar y acordar un nuevo calendario arbitral. Si las Partes no se ponían de acuerdo, el

Tribunal decidiría en función de las posiciones que las Partes habían tomado en sus presentaciones orales.

76. El día 5 de septiembre del 2020 el Dr. Carlos Nuñez, representante legal de la Demandante se comunicó con el Tribunal manifestando que habrían alcanzado un acuerdo entre las Partes con relación al calendario procesal, acompañándose una propuesta concreta al Tribunal. Asimismo, el representante legal de la Parte Demandada, Dr. Vicente Fernando Tinpoca Torres, confirmó la comunicación del Dr. Nuñez.
77. Para ir avanzando en la fijación de fechas, el Tribunal Arbitral deliberó y acordó con relación a las dos fechas faltantes, que (a) la Conferencia Telefónica Pre- Audiencia se llevaría a cabo el día 8 de diciembre de 2020, y que la Audiencia de Mérito y Prueba tendría lugar la semana del 25 de enero de 2021. El día 13 de septiembre de 2020, el Tribunal consultó con las Partes su disponibilidad para las fechas antes mencionadas, y ambas Partes confirmaron por su escrito su disponibilidad.
78. Por medio de la Orden Procesal Nro. 16 del 17 de septiembre de 2020, el Tribunal Arbitral, decide adoptar el calendario acordado por las Partes para el resto del Procedimiento Arbitral, fijando las fechas consultadas para la celebración de la conferencia preparatoria y audiencia de fondo.
79. La Demandante envía una comunicación al Tribunal solicitando aclaración sobre ciertos puntos establecidos en la Orden Procesal N° 13, específicamente con relación al cálculo de los honorarios arbitrales aplicable al presente procedimiento. Así, el Tribunal con fecha 8 de octubre de 2020 el Tribunal dicta la Orden Procesal Nro. 17 en la cual confirma el entendimiento sobre los cálculos de gastos correspondientes a los honorarios del tribunal, secretaria y gastos administrativos, y específicamente establece que se mantendría el tipo de cambio fijado oportunamente, estableciéndose que los pagos en dólares estadounidenses se conviertan a esa moneda al tipo de cambio de S/. 3.306 por dólar. Finalmente, establece un plazo común a las Partes para el cumplimiento del pago del Hito 2 correspondiente a los honorarios arbitrales.
80. Conforme el calendario procesal, la parte Demandante acompaña el 29 de septiembre de 2020 un escrito denominado “Contestación a Asuntos Jurisdiccionales presentados por la Demandada”. Asimismo, la parte Demandante presenta con fecha 10 de octubre de 2020 el Escrito Nro. 13 sobre “Desarrollo de la nueva Pretensión Accesoria”. La parte Demandada por su lado, presenta con fecha 11 de octubre de 2020, su Dúplica de Demanda y Réplica de Reconvención.
81. Por medio de comunicación del día 9 de octubre de 2020 se presenta el Procurador General de la República de Perú, acompañando la Resolución del Procurador General del Estado N° 46-2020-PGE/PG de fecha 8 de octubre del 2020 (notificada al Procurador

Público del Gobierno Regional de La Libertad el 9 de octubre de 2020) y el oficio Nro. 923-2020-JUS/PGE, a los fines de que el Tribunal tome conocimiento de la sustitución del Procurador Público del Gobierno Regional de La Libertad por la Procuradora Pública del Ministerio de Agricultura y Riego ("MINAGRI") en la defensa jurídica de los intereses del Estado.

82. Paralelamente, y en la misma fecha, se presenta la Procuradoría Pública del MINAGRI por medio del Escrito Nro. 1, en el cual (i) solicita la suspensión por 30 días del proceso y (ii) se opone a la modificación del calendario actual del proceso y al envío del expediente digital.
83. El Tribunal Arbitral dio por recibidas las comunicaciones del Sr. Ray Luis Delgado Quijandría y de la Sra. Katty Mariela Aquize Cáceres, manifestando que el Tribunal nota que el letrado Fernando Tincopa no se encontraba copiado de las comunicaciones. Asimismo, el Tribunal manifestó haber recibido el día 10 de octubre de 2020 una comunicación de la Procuraduría del Departamento La Libertad con relación a un acto procesal previsto en el calendario del procedimiento arbitral, no copiándose a los funcionarios del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. En función de ello, el Tribunal Arbitral otorga plazo hasta el 14 de octubre de 2020 para que las Partes y sus representantes expliquen al Tribunal Arbitral quién continuará con la representación de la Demandada en el presente Arbitraje.
84. Con fecha 14 de octubre de 2020 la Procuraduría Pública del MINAGRI presenta el Escrito Nro. 2 mediante el cual "Absuelve Requerimiento del Tribunal Arbitral", copiando por única vez a la Procuraduría General del Estado para su conocimiento. En esta presentación se señalan las direcciones de correo electrónico de los abogados involucrados y se solicita se tenga presente todo lo manifestado en el Escrito Nro. 1, y en relación a un acto procesal previsto en el calendario del arbitraje, solicita no avalar la presentación del 11 de octubre de 2020, ya que dicho Procurador Público ya no tenía competencia para ejercer la defensa jurídica de la Parte Demandada, desconociéndose sus presentaciones y contenidos, y solicitando tenerlos por no presentados.
85. Con fecha 15 de octubre de 2020, la Demandante acompaña el Escrito Nro. 14 sobre la relación procesal de la Demandada en el que menciona brevemente: (i) que el MINAGRI no está legitimado para ser representante de la República del Perú en el Contrato de Concesión, (ii) que la Demandada ha sido procesalmente representada de manera correcta durante todo el procedimiento arbitral por medio del Procurador Público del GRLL, (iii) que el nombramiento del abogado Vicente Fernando Tincopa Torres, no genera una representación procesal defectuosa, y (iv) que la OP N° 16 que contiene el Calendario Procesal vigente, no es una actuación de las Partes sino un acto procesal del Tribunal

Arbitral que no se puede modificar. Asimismo, sostiene que la OP 16 no ha sido objetada por la Demandada en el plazo de 10 días hábiles, conforme lo establece el numeral 55 de la OP4. Por último, se opone a la suspensión del procedimiento y la solicitud del Ministerio de remisión del Expediente Arbitral en Formato Digital.

86. Con fecha 26 de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral establece para tomar una decisión sobre la forma en que se continuará tramitando este Procedimiento Arbitral, necesita más información de las Partes, especialmente por parte del MINAGRI. Por ello, a los fines de obtener esa mayor información, el Tribunal asume *prima facie,* y como medida para mejor proveer, que será el MINAGRI el que asumirá la defensa del Estado en estas actuaciones, copiándose al Procurador del Departamento la Libertad y al abogado Vicente Fernando Tincopa Torres, para que éstos expresen cualquier oposición que pudieran tener. Asimismo, el Tribunal establece dar acceso al MINAGRI al expediente electrónico del presente arbitraje y, en consecuencia, invita a las Demandantes a permitir al MINAGRI el acceso al Expediente Arbitral.
87. El mismo 26 de octubre la Parte Demandante y Demandada acusaron recibo de la comunicación y señalan que darán su opinión sobre lo solciitado, y presentarán cualquier argumento escrito adicional en el plazo fijado.
88. La parte Demandante presenta su Memorial de Dúplica a la Réplica de la Contestación de Reconvención el 26 de octubre de 2020 conforme el calendario procesal fijado en la OP16.
89. Con fecha 28 de octubre de 2020, el Gobierno Regional de la Libertad, a través de la Procuraduría Pública Regional, manifiesta que mediante Resolución N° 46- 2020-PGE/PG de fecha 8 de octubre del 2020, la Procuraduría General del Estado comunicó su sustitución en el arbitraje por la Procuradora Pública del MINAGRI, en la competencia y ejercicio de la defensa jurídica de los intereses del Estado. El abogado Tincopa no expresó posición alguna, por lo cual el Tribunal Arbitral interpretó que este profesional acordó en forma tácita la sustitución en la representación que tuviera lugar. En el mismo día, ante el requerimiento del Presidente del Tribunal sobre la posición de las Partes respecto a la solicitud del MINAGRI de acceder al expediente arbitral, la Demandante en su comunicación manifiesta que el Contrato de Concesión, el Concedente es la República del Perú, y que en cualquier caso, deja a criterio del Tribunal admitir al representante procesal de la República del Perú que estime pertinente, incluyendo a la Procuraduría Pública del MINAGRI.
90. Con fecha 30 de octubre de 2020, la parte Demandada cumple con el requerimiento de información adicional del Tribunal y adjunta el Escrito N° 3 y anexos. Por su parte, la parte

Demandante en la misma fecha adjunta su Escrito Nro. 16, cumpliendo con acompañar sus últimas manifestaciones conforme lo solicitado por el Tribunal.

91. Finalmente, el 7 de noviembre de 2020, el Tribunal envía una comunicación a las Partes en la que establece de forma preliminar, aceptar al MINAGRI como representante de la Demandada, solicitando a ambas Partes que propongan un cronograma y calendario conjunto. A esos efectos, el Tribunal hace lugar al pedido de suspensión solicitado por el MINAGRI hasta el día 16 de noviembre de 2020 inclusive, estableciéndose que el 13 de noviembre las Partes deberán dirigirse a la Secretaría del Tribunal por separado, informando qué presentaciones y cuál calendario han acordado.
92. El día 13 de noviembre, las Partes informan al Tribunal que no han podido encontrar un acuerdo respecto al calendario. La Demandada acompaña un posible calendario en el cual actualiza las fechas correspondientes a todas las actuaciones posteriores al 8 de octubre de 2020, día en el cual el Departamento La Libertad transmitió la representación del Estado en esta controversia al MINAGRI.
93. Dado que la Parte Demandante no se refirió a algún posible calendario, el día 15 de noviembre, el Tribunal corrió traslado del calendario propuesto por la Parte Demandada. En la misma comunicación, el Tribunal dio acceso a ambas Partes al Box del Tribunal conteniendo todas las presentaciones de las Partes. Respecto al calendario, la Parte Demandante sostuvo que no tenía problemas en que se otorgue más plazo al MINAGRI para que se interiorice del Expediente, pero que no aceptaba que se reestablezcan plazos procesales ya vencidos, y que solicitaba que se mantenga en vigencia el calendario oportunamente aprobado mediante OP 16.
94. En base a todo lo expuesto, con fecha 19 de noviembre de 2020 el Tribunal Arbitral determina por medio de la Orden procesal Nro. 18 que (i) acepta la sustitución de la representación de la Procuraduría de La Libertad por el Consejo de Defensa del Estado, en la persona del MINAGRI y (ii) establece adoptar un nuevo calendario en reemplazo del calendario aprobado por la OP16.
95. Con fecha 30 de noviembre de 2020 el Tribunal envía a las Partes la OP 18 actualizada en base a ciertas observaciones de las Partes sobre aclaraciones de los hitos a cargo de las Partes en el cronograma fijado. De esta manera, la parte Demandante presenta con fecha

1 de diciembre de 2020 el escrito "Desarrollo de Nueva Pretensión Accesoria" y anexos respectivos. El Tribunal confirma recepción de la comunicación recibida el mismo día.

96. La Demandada acompaña con fecha 2 de diciembre de 2020 los escritos de (i) Memorial de Duplica a la Replica de Contestación de Demanda y (ii) Replica de Contestación de la Reconvención. El Tribunal confirma recepción en ese mismo día.
97. La Secretaria Arbitral recibe con fecha 3 de diciembre de 2020 una comunicación de la Demandada en la que solicita se emitan los recibos de honorarios pendientes de pago a su nombre. En función de lo informado, el Tribunal Arbitral solicita a la Demandada manifieste si, en función de su última comunicación, cambiará su actitud de pago respecto de los honorarios arbitrales establecidos en la OP 4 y en caso afirmativo se indique la información respectiva para la emisión de los recibos.
98. Con fecha 16 de diciembre de 2020 la Demandada presenta su escrito de "Contestación a la Nueva Pretensión Accesoria". El Tribunal confirma recepción el 17 de diciembre de 2020.
99. Con fecha 17 de diciembre de 2020 la parte Demandante presenta los siguientes escritos: (i) "Objeción al Memorial de Duplica a la Replica de Contestación de Demanda", Escrito Nro. 16 y (ii) "Memorial de Duplica a Memoria de Replica de Contestación de Reconvención". El Tribunal confirma recepción de ambas presentaciones con fecha 17 de diciembre de 2020, e invita a la Demandada a enviar comentarios a la Objeción al Memorial de Duplica a la Replica de Contestación de Demanda hasta el 21 de diciembre de 2020. Con fecha 21 de diciembre de 2020 la Demandada presenta el escrito de "Absolución a la Objeción al Memorial de Duplica a la Replica de Contestación de Demanda" y anexos respectivos. El Tribunal confirma recepción.
100. El día 22 de diciembre de 2020 el presidente del Tribunal Arbitral envía comunicación a las Partes en la que informa que se han extendido documentos de pago a los fines de cobrar por MINAGRI los honorarios profesionales del hito 1 y 2. Asimismo, el Tribunal nota que la Demandada argumenta que no abonará costos por la Reconvención por ella planteada, solicitándole a la Demandante que envíe los comentarios que estime antes del 23 de diciembre de 2020 sobre esta cuestión.
101. Con fecha 23 de diciembre de 2020 la Demandada presenta escrito sobre los "Costos de Reconvención" en base a lo solicitado por el Tribunal. Así, el Tribunal confirma recepción e invita a la Demandante a enviar comentarios antes del 28 de diciembre de 2020. La Demandante con fecha 28 de diciembre presenta el Escrito Nro. 17 en el que "Absuelve Traslado sobre Pago de Costos de Reconvención". Por su parte, la Demandada

realiza una presentación el día 30 de diciembre de 2020 en respuesta al escrito presentado por la Concesionaria.

102. El 4 de enero de 2021 el Tribunal confirma recepción de comunicaciones recibidas y otorga a la Demandante la posibilidad de comentar lo relativo a la última presentación realizada por la Demandada.

103. El 5 de enero de 2021 la Demandante envía comunicación al Tribunal manifestando que no presentará ningún escrito en respuesta a la última presentación de la Demandada a fin de evitar consumir más tiempo del Tribunal, remarcando que el desistimiento de la Reconvención que había planteado la Demandada, ha sido aceptado por la Demandante, y una vez aceptado por el Tribunal, quedará sin efecto cualquier pretensión de la Demandada. Respecto a la Dúplica presentada por la parte Demandada al Memorial de Demanda, la Demandante manifiesta no haber tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, por ser este el último acto postulatorio, considerando que no es la Dúplica la oportunidad de introducir nuevas alegaciones.

104. Con fecha 11 de enero de 2021 el Tribunal envía comunicación a las Partes haciendo referencia a los últimos escritos presentados por las Partes con relación a la objeción al Memorial de Dúplica y su respectiva absolución. El Tribunal manifiesta que, teniendo en cuenta el daño que argumenta la Concesionaria de no tener oportunidad para examinar y rebatir la nueva evidencia presentada por el MINAGRI, ha decidido permitir a las Partes la realización de presentaciones simultáneas el día 29 de enero de 2021 adjuntando toda la evidencia documental de la que se quieran valer, y el 12 de febrero de 2021 de toda evidencia y argumento que responda exclusivamente a cualquier evidencia o argumento adicional presentado el 29 de enero de 2021. Asimismo, se remarca que luego de recibidas esas presentaciones por el Tribunal Arbitral, las Partes no podrán introducir ningún documento más sin la específica y previa autorización del Tribunal Arbitral. La Demandante y Demandada confirman recepción el 2 y 4 de enero de 2021.

105. Con fecha 15 de enero de 2021, el Dr. Paitan por instrucción de la Procuraduría Pública del MIDAGRI, presenta la Duplica a la Nueva Pretensión Accesoria conforme lo establecido por la OP18. El Tribunal confirmó recepción.

106. Con fecha 16 de febrero de 2021, el Tribunal notifica la Orden Procesal Nro. 19 en la cual resuelve: (i) con relación a la cuestión de la presentación de nuevos argumentos y nueva evidencia con el Escrito de Dúplica: el Tribunal manifiesta que es su interés que las Partes presenten plenamente sus casos, ordenando que (a) las Partes presenten todos sus argumentos y toda la evidencia documental de la que quieran valerse el día 29 de enero de 2021 y (b) una segunda vuelta de documentos que debía ser presentada el día 12 de febrero de 2021 y (ii) con relación al desglose de la Reconvención solicitado por la

Demandada, el Tribunal ve la conveniencia procesal de aceptar el desistimiento de la Reconvención oportunamente planteada por la Demandada.. Todo acto procesal y argumentos relacionados con la Reconvención serán no considerados y desglosados de las presentes actuaciones, en particular el Memorial de Reconvención y su Réplica presentados por la Demandada, reservándose para el laudo final las decisiones correspondientes respecto a las costas y costos por la incidencia en el procedimiento arbitral.

107. En fecha 24 de enero de 2021 el Tribunal Arbitral distribuyó un proyecto de esta Orden Procesal No. 20, mediante el cual se establecía un calendario tentativo para la Audiencia de Mérito y Prueba, y en la que el Tribunal Arbitral ha señalado los principios que en su criterio deben guiar el desenvolvimiento de la Audiencia. Las Partes hicieron conocer al Tribunal Arbitral sus distintas posiciones respecto al proyecto de OP 20 mediante escritos que fueron presentados en fecha 27 de enero de 2021.

108. Respecto a las cuestiones en que las Partes no lograron acordar, el día 2 de febrero de 2021 se llevó a cabo la conferencia telefónica preliminar en la que las Partes, debidamente representadas por sus abogados, expresaron sus posiciones respecto a las cuestiones pendientes. Esta conferencia estaba originalmente prevista para el 29 de enero de 2021, sin embargo, debido a un inconveniente sobrevenido a uno de los Árbitros, y luego de consultar a las Partes, la referida Conferencia tuvo lugar el día 2 de febrero de 2021.

109. El Tribunal con fecha 16 de febrero de 2022 dicta la Orden Procesal Nro. 20 en la cual se determinan cuestiones de organización de la Audiencia de fondo del proceso. Allí se estableció que la Audiencia se llevaría a cabo en la semana del 22 de febrero de 2021 y debido a pandemia de Covid-19 la misma se realizará en forma virtual, no existiendo cuestionamiento de ninguna de las Partes en la realización de la Audiencia en formal virtual.

110. Con fecha 4 de febrero de 2021 el Dr. Carlos Paitán, en representación de la Parte Demandada envía una comunicación al Tribunal en la cual absuelve el pedido realizado en la conferencia pre-audiencia, confirmando que ha tenido oportunidad suficiente para pronunciarse y ejercer su derecho de defensa en el caso sobre cuestiones

jurisdiccionales, no considerando necesario tratar sobre la misma en la audiencia final, dejando la audiencia reservada exclusivamente para cuestiones de fondo.

111. Los días 22, 23 y 24 de febrero de 2021 se desarrolló la Audiencia pautada en el procedimiento, en donde la Partes presentaron sus alegatos de apertura, cierre e interrogatorios.

112. Con fecha 25 de febrero de 2021 el abogado de la Concesionaria Chavimocic S.A.C. solicitó la oportunidad de una segunda vuelta de escritos post-audiencia. Mediante carta de fecha 1 de marzo de 2021 la representación del MINAGRI se opone a tal petición. El Tribunal Arbitral envía una comunicación a las Partes con fecha 15 de marzo de 2021, en el cual, en base a las comunicaciones enviadas por las Partes, decide extender el vencimiento del primer y segundo escrito post-audiencia buscando que ambas Partes tengan una amplia posibilidad de presentar su caso y puedan incorporar ciertas preguntas del Tribunal en sus presentaciones.

113. Con fecha 31 de marzo de 2021, el Tribunal Arbitral acompaña a las Partes un listado de preguntas sobre las cuales estaría interesado escuchar su opinión en las próximas presentaciones Post-Audiencia otorgando una ampliación de plazo a las Partes para la primera y segunda ronda de escritos Post- Audiencia.

114. Con fecha 16 de abril de 2021, la Parte Demandante solicitó la introducción en el expediente de ciertos documentos que demuestran que la Concesionaria habría ejercido todas las actividades necesarias para el cuidado y conservación de los bienes de la concesión desde que surgió la disputa hasta la fecha. Con fecha 20 de abril de 2021 la Demandada y luego por sucesivas comunicaciones presentadas el 29 de abril de 2021 ambas partes respectivamente plantearon su posición sobre la oportunidad de la presentación realizada por la Demandante.

115. Con fecha 3 de mayo de 2021 considerando las presentaciones realizadas por las Partes, el Tribunal informa que luego de deliberar sobre la cuestión, decide por medio de la Orden Procesal Nro. 21 (OP 21) solamente aceptar la incorporación de los documentos que (a) ya se encontraban en el expediente, y (b) los documentos que el Tribunal haya explícitamente solicitado. En función de ello, el Tribunal decide (i) aceptar en forma provisional la introducción del documento CDH 82, sujeto al análisis en el laudo final sobre su admisibilidad definitiva y comentarios de la Demandada sobre el contenido y las implicancias de este documento, (ii) aceptar la introducción en el expediente de documentos que tiendan a demostrar que el Concesionario ha hecho todas las gestiones necesarias para preservar y mantener en buen estado de conservación los bienes de la concesión y (iii) rechazar las demás solicitudes realizadas por la Demandante por

inoportunas, por considerar que su introducción generaría una afectación a la igualdad entre las Partes .

116. Con fecha 14 de mayo de 2021 la Demandada presenta su escrito correspondiente a la Primera Ronda Post Audiencia, así como el escrito absolviendo las preguntas del Tribunal.

117. Con fecha 15 de mayo de 2021, la Demandante acompaña su Escrito Nro. 24 – Segundo Escrito Posterior a la Audiencia. Por su parte, la Demandada con fecha 28 de mayo presenta el escrito correspondiente a la Segunda Ronda de Escritos Post Audiencia.

118. Con fecha 19 de junio de 2021, la Demandada presenta un escrito al Tribunal solicitando se dicté el cierre del procedimiento.

119. El Tribunal Arbitral con fecha 3 de septiembre de 2021, dicta la Orden Procesal Nro. 22 (OP 22) por medio de la cual entiende que tiene todos los elementos necesarios para dictar el laudo definitivo y en consecuencia tiene por clausurado el Procedimiento Arbitral, estableciéndose el plazo de 90 días corridos a los fines de dictar el laudo con reserva de cualquier prórroga o posibilidad de abrir excepcionalmente las actuaciones.

120. Con fecha 8 de setiembre de 2021, la Demandada cuestionó la decisión del Tribunal Arbitral expresada en la OP 22 al sostener que la misma no había tenido en consideración la OP 4, que establece un plazo de 45 días hábiles de cerrada la instrucción como plazo para el dictado del laudo pudiendo prorrogarse por un plazo de otros 15 días hábiles. El Tribunal Arbitral corrió traslado a la Demandante para que comente al respecto, respondiendo no tener comentarios.

121. Así, el Tribunal Arbitral con fecha 20 de septiembre de 2021 dicta la Orden Procesal Nro. 23 (OP 23) por medio de la cual indica que efectivamente el numeral #89 de la OP4 establece un plazo ordenatorio de 45 días hábiles extensibles por otros 15 días (hábiles) para el dictado del laudo final, a partir de la fecha del cierre del procedimiento arbitral. Asimismo aclara, que la OP4 también establece en su numeral #54, que es de aplicación el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, versión 2010, y en su numeral #105 establece que el Tribunal Arbitral podrá modificar el presente Calendario Procesal las veces y con el alcance que considere necesario, haciéndoselo saber a las Partes con antelación. El Tribunal Arbitral también hizo notar que el presente procedimiento se ha caracterizado por repetidos cambios en el Calendario Procesal generados por pedidos de las Partes y que esta incidencia generó un desgaste procesal innecesario en el cual el Tribunal Arbitral tuvó que reorganizar completamente el procedimiento arbitral.

122. Finalmente, y a los fines del dictado del laudo final, teniendo en cuenta las vicisitudes manifestadas, así como las órdenes procesales dictadas anteriormente, ordena un plazo

de 60 días hábiles desde el dictado de la OP 23 para el dictado del laudo, lo cual incluye la extensión por 15 días hábiles prevista en la OP4, pudiendo este plazo ser prorrogado en caso de ser necesario por el Tribunal y reservándose la fijación de costas por este incidente.

123. Con fecha 6 de octubre de 2021, el Tribunal envio una comunicación a las Partes indicando la situación actual de pagos, y aclarando las dudas presentadas por la Demandada en comunicaciones anteriores. De la misma manera, envio un nuevo detalle a la Demandada para poder proceder a la imputación de cada factura.

124. El 20 de octubre de 2021, la Demandada envía una comunicación al Tribunal solicitando una nueva emisión de facturas, bajo el mes actual de tramitación, toda vez que en las anteriores facturas figuraba el mes de emisión difiriendo con el mes de la efectiva tramitación para su pago.

125. Con fecha 27 de octubre de 2021, el Tribunal envía una comunicación a las Partes en la cual autoriza a la secretaria a generar nuevos recibos de honorarios profesionales, a fin de poder cumplir con la formalidad establecida por la Demandada en cuanto a la fecha de emisión y correspondiente presentación ante el Ministerio otorgándose a la Demandada un plazo de 15 (quince) días para proceder al pago y estableciendo que en caso de falta de pago se establece la subrogación automática de pago a favor de la demandante. El Tribunal dispone que hasta tanto no se efectúen los pagos pendientes se mantendrán suspendidos los plazos procesales aplicables.

126. Con fecha 16 de noviembre de 2021 el Tribunal envía todos los comprobantes generados nuevamente.

127. Con fecha 27 de noviembre de 2021, la Demandante solicita instrucciones y aclaraciones sobre el procedimiento para el pago subrogado de honorarios pendientes.

128. Con fecha 28 de noviembre de 2021 el Tribunal envía una comunicación a las Partes en las cuales, ante la consulta de la Demandante, entiende que la Demandada tiene la voluntad afirmativa de realizar esos pagos, otorgándole una posibilidad cierta para que la Demandada pueda proceder en la forma solicitada. Por ello, el Tribunal otorgó un plazo adicional de 10 días para que la Demandada realice el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría. Transcurrido ese plazo improrrogable, la Demandante automáticamente podrá realizar el pago en subrogación. Asimismo, aclara que el procedimiento se mantendrá suspendido, así como el plazo para el dictado del laudo

arbitral, hasta que se cancelen todos los honorarios pendientes a favor del Tribunal Arbitral y de la Secretaría.

129. La Demandada con fecha 6 de diciembre de 2021 envía al Tribunal las constancias de ordenes de pago total de los honorarios del Tribunal Arbitral y secretaria, solicitando se reanuden los plazos procesales.

130. El 17 de diciembre de 2022, la parte Demandada envía una comunicación al Tribunal en la cual indica que el MIDAGRI han realizado todas las gestiones para la transferencia de los montos a las cuentas bancarias de los árbitros y secretaría arbitral conforme surge del Informe Nro. 00376-2021-MIDAGRI-DVDAFIR/PSI-UADM-TES. Asimismo, adjunta las cartas orden de transferencia y las constancias de transferencia que realizó el Banco de la Nación.

131. Con fecha 27 de diciembre de 2021, la secretaria envía una comunicación a las Partes en nombre del Tribunal Arbitral señalando que a la fecha existen diferencias en los pagos de honorarios efectuados, específicamente indicando la diferencia en los montos de los honorarios del Dr. González de Cossio. A tal fin, se pone a disposición de la Demandada los datos de contacto del sector contable del estudio del profesional a los fines de conciliar las cuentas lo antes posible.

132. Con fecha 28 de diciembre de 2021 la Demandada envía una comunicación al Tribunal indicando que la secretaria arbitral es la que debería asistir al Tribunal y a las Partes en el desarrollo del procedimiento arbitral incluyendo los aspectos administrativos de coordinación. Así, manifiesta que no debería ser trasladada esas cuestiones a las Partes, conforme surge de la última comunicación del Tribunal. En consecuencia, solicita a la secretaria que proceda verificar los pagos realizados, y en caso de que se hubiese efectuado alguna retención o problema con alguna transferencia ésta pueda ser identificada y remitida al sector correspondiente para las acciones que correspondan.

133. En la misma fecha el Tribunal contesta la comunicación cursada indicando que en este caso ha existido un arduo trabajo administrativo y cuestiones tales como el pago de honorarios, tipos de cambio, subrogaciones y otras cuestiones administrativas han sido numerosas. Por lo tanto, expresa que es injustificado mencionar una posible falta de colaboración de la secretaria. Así, el Tribunal reitera el pedido de que la Demandada se ponga en contacto con el “personal administrativo“ de la firma del Dr. González de Cossío a los fines de evitar la intermediación y dar una solución definitiva al tema. Finalmente, ante la preocupación planteada por las Partes, sugiere que “ambas Partes y en forma conjunta” puedan ponerse en contacto con el “personal administrativo“ exclusivamente

del Dr. González de Cossío, a través de un llamado de *Zoom*, en el que estén presentes ambas Partes, siendo esta reunión con el personal administrativo y no con el Árbitro.

134. Luego de intercambios de comunicaciones electrónicas entre las Partes y la secretaria arbitral, finalmente el día 6 y luego el 13 de enero de 2022 se desarrollaron dos reuniones remotas entre representantes de la Demandante, representantes de la Demandada, secretaria arbitral y secretaría administrativa del Dr. Gonzalez de Cossio, a fin de resolver la cuestión de los pagos.

135. Con posterioridad a las reuniones mantenidas, y en base a las conclusiones arribadas, con fecha 17 de enero de 2022 la Demandada envía una comunicación al Tribunal informando y detallando los rubros y conceptos en los cuales residían las diferencias existentes y los motivos por los cuales daban razón del entendimiento alcanzado por la OP 7 y 17.

136. Con fecha 19 de enero el Tribunal da traslado de lo manifestado por la Demandada. Por su parte, la Demandante cumple con el traslado conferido y contesta con fecha 20 de enero de 2021.

137. Con fecha 28 de enero de 2022, el Tribunal envía una comunicación a las Partes en la que manifiesta haber tomado nota de lo manifestado por ambas partes con relación a la cuestión de los honorarios estableciendo en primer lugar que un entendimiento distinto que haga el Tribunal Arbitral a lo ya establecido por la OP Nro.7 y Nro.17 oportunamente, y en perjuicio a la parte Demandante, sería violatorio de la igualdad entre las Partes y del debido proceso, por ello el Tribunal confirma los términos de las OP mencionadas. En consecuencia, el Tribunal envía un detalle de los gastos que quedarían por cubrir de los honorarios del Tribunal y la Secretaría. El Tribunal otorga 10 días hábiles a la Demandada para que realice estos pagos, la subrogación por la Demandante. En este sentido el Tribunal precisa que en caso en que cualquiera de las Partes entienda que los cálculos

del Tribunal no son correctos, éstas deberán presentar cualquier posición al respecto en el plazo de 10 días hábiles.

138. Con fecha 1 de febrero de 2022, y luego por comunicación adicional del 14 de febrero la Demandada solicita en base a lo informado por el Tribunal la emisión de nuevos recibos por las diferencias acordadas a los fines de poder gestionar inmediatamente su pago.

139. Con fecha 15 de febrero de 2022 el Tribunal procede a enviar los recibos de los árbitros y secretaria conforme las indicaciones dadas para su confección por la Demandada.

140. Con fecha 19 de febrero de 2022 la Demandada acredita el envío de las instrucciones para que se proceda a la transferencia bancaria de los montos adeudados.

141. Con fecha 1 y 5 de marzo de 2022, la Demandada solicita al Tribunal y secretaría que confirmen la acreditación de los pagos mencionados y se proceda al levantamiento de la suspensión del procedimiento.

142. Con fecha 5 de marzo de 2022 el Tribunal confirma recepción de las comunicaciones enviadas por la Demandada con respecto al pago de los honorarios y levantamiento de la suspensión del procedimiento. De esta forma, en su respuesta manifiesta en primer lugar, que el Tribunal busca dar seguridad a las Partes de que se encuentra trabajando para que las Partes tengan a la brevedad el laudo en este caso, y en segundo lugar que estará enviando la resolución necesaria para el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

143. El día 10 de marzo de 2022 el Tribunal Arbitral notifica la Orden Procesal Nro. 24 (OP 24) a las Partes, por medio de la cual se ordena (i) reanudar el Procedimiento Arbitral a los fines de dictar el laudo, (ii) ordenar un plazo de 31 días hábiles, desde el día siguiente de la notificación del dictado de la presente Orden Procesal, a los fines de que el Tribunal Arbitral pueda completar su deliberación y dictar el laudo, (iii) reservarse la facultad de reabrir el procedimiento en caso de ser necesario por pedido expreso y justificado de las Partes y (vi) reservarse la facultad del Tribunal Arbitral de extender, mediante resolución fundada, el plazo para el dictado del laudo final, si las circunstancias así lo ameritan.

Ambas partes confirman recepción de la comunicación enviada con fecha 11 de marzo de 2022.

144. El día 19 de abril de 2022 a las 10.32 am (horario de Lima) el Tribunal Arbitral informó a las partes que, dentro del plazo establecido para el dictado del laudo, se emitiría el laudo final mediante el siguiente mensaje:

Estimados Abogados y Representantes de las Partes:

Les escribo en nombre del Tribunal Arbitral para informarles que el Tribunal se encuentra al final de su proceso de deliberación y redacción, y tiene toda la intención de emitir el laudo la próxima semana, o a más tardar la primera semana de mayo de 2022. Agradecemos a las Partes su paciencia y respeto hacia el proceso de deliberación del Tribunal.

Les ruego confirmar recepción de esta comunicación.

Cordiales Saludos,

Ignacio Torterola
Presidente del Tribunal Arbitral
En nombre del Tribunal Arbitral

145. Ese mismo día los representantes de la parte Demandante confirmaron recepción de la comunicación a las 3.30 pm (horario de Lima). Asimismo, ese mismo día 20 de abril de 2022 a las 9.32 pm, y con posterioridad a la confirmación de la recepción de la comunicación del Tribunal informando la eminente emisión del laudo, el representante de la parte Demandante envió al Tribunal arbitral una comunicación mediante la cual solicitaba la suspensión en la emisión del laudo. Mediante la referida comunicación se acompañó un Acta Acuerdo para la suspensión de la emisión del laudo arbitral por mutuo acuerdo firmado por el representante de la Concesionaria Chavimochic señor Alfonso Daniel Alfredo Carlos Pinillos Moncloa y por el actual Ministro de Desarrollo Agrario y Riego, Sr. Oscar Zea Choquechambi.

146. Ese mismo día se recibió una confirmación por parte del representante legal del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, Dr. Guido Vivar Sedano haciendo referencia al Oficio No. 032-2022-MIDAGRI-DM de fecha 20 de abril de 2022, el cual acompañaba el Acuerdo entre el MIDAGRI y la Concesionaria Chavimocic solicitando la suspensión en la emisión del laudo.

147. Con fecha 29 de abril de 2022, el Tribunal Arbitral notificó la Orden Procesal Nro. 25 (OP 25) en la cual estableció, que en función de las atribuciones conferidas en el Acuerdo

Arbitral y en un todo conforme con el artículo 17(1) de las Reglas UNCITRAL y con el artículo 3.3 del Decreto Legislativo 1071, decide otorgar la suspensión solicitada para el dictado del laudo por el plazo máximo de 60 días corridos para la implementación de un Acuerdo entre las Partes que ponga fin a la disputa entre las Partes, reservándose una extensión adicional por 30 días corridos para la implementación del Acuerdo entre las Partes. Asimismo, informó que vencido el plazo de 60 días sin que se presente un Acuerdo que ponga fin a la disputa, el Tribunal arbitral procederá al dictado del laudo, declarándose que el Tribunal ha cumplido en plenitud con el mandato otorgado por las Partes habiendo sustanciado el procedimiento arbitral en su totalidad y habiendo finalizado la confección del laudo, el cual está disponible para su dictado una vez que se levante la suspensión que aquí se decreta.

148. Con fecha 25 de julio de 2022, la Demandante presentó un escrito y anexo por medio de los cuales se refleja el acuerdo alcanzado entre las Partes a fin de solicitar al Tribunal Arbitral que mantenga la suspensión en la emisión del Laudo del presente proceso por el plazo de 30 (treinta) días hábiles adicionales. En el mismo día, la Demandada confirmó lo comunicado por la Demandante acompañando un escrito que hace referencia al Acta de Acuerdo de solicitud de prórroga.

149. Con fecha 18 de agosto de 2022, el Tribunal dictó la Orden Procesal Nro. 26 (OP 26) de fecha 18 de agosto de 2022 en la cual estableció otorgar un plazo adicional para la emisión del laudo conforme lo solicitado por las Partes por el plazo de 30 días. Asimismo, determinó que al vencimiento del plazo mencionado sin que se presente un Acuerdo entre las Partes que ponga fin a la disputa presentada al Tribunal Arbitral en forma total, el Tribunal arbitral procederá inmediatamente al dictado del laudo definitivo.

150. En fecha 25 de julio de 2022, las Partes volvieron a solicitar una nueva suspensión por el plazo de 30 días hábiles adicionales.

151. Con fecha 18 de agosto de 2022, el Tribunal dictó la Orden Procesal Nro. 26 (OP 26) por medio de la cual otorga el plazo de adicional para la emisión del laudo conforme lo solicitado por las Partes por el plazo de 30 días desde la solicitud de prorroga de fecha 25 de julio de 2022, y determina que que al vencimiento del plazo mencionado, sin que se presente un Acuerdo que ponga fin a la disputa, el Tribunal arbitral procederá al dictado del laudo definitivo.

152. Con fecha 8 de septiembre de 2022, las Partes solicitarón al Tribunal una nueva extensión de suspensión del plazo para dictar el laudo, acompañando – respectivamente – el texto del Proyecto de Ley No. 2884/2022-PE y sus anexos, así como una comunicación del apoderado del MIDAGRI quien ratificaba el Acuerdo para solicitar la extensión

siguiendo órdenes superiores y acompañando los documentos respectivos que demostraban las instrucciones recibidas.

153. Con fecha 29 de septiembre de 2022, el Tribunal dictó la Orden Procesal Nro. 27 (OP 27), por medio de la que se establece mantener la suspensión del plazo para laudar hasta el día 3 de octubre de 2022.

154. El día 30 de septiembre de 2022 la Demandante presentó un Recurso de Reconsideración, informando al Tribunal Arbitral que se habían producido nuevos hechos desde la última comunicación de las Partes con el Tribunal y que el Proyecto de Ley No. 2884/2022-PE se había transformado en una ley del Perú, mediante la cual se declaraba de interés nacional la renegociación del Contrato de Concesión objeto de la presente disputa.

155. La Demandada contestó el día 1 de octubre de 2022, adhiriéndose al Recurso de Reconsideración planteado por la Demandante.

156. El Tribunal decidió correr traslado a la Demandada el mismo día 30 de setiembre de 2022. La Demandada contestó el día 1 de octubre de 2022, adhiriéndose al Recurso de Reconsideración planteado por la Demandante.

III. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LAS PARTES

3.1. Argumentos de la Demandante

157. La parte Demandante establece en su Memorial de Demanda algunos puntos que considera centrales para el entendimiento del caso por el Tribunal en los cuales basa sus pretensiones:

- La ejecución del Proyecto Chavimochic se ha retrasado (y continúa retrasándose) como consecuencia del grave y negligente incumplimiento de la República del Perú y todos sus órganos y entidades (en adelante, el "Concedente" o "el Demandado"), respecto a su obligación de cumplir con la Entrega del Control del Proyecto (en adelante, "ECP"), sin duda una de sus obligaciones principales bajo el Contrato de Concesión. Esta situación de incumplimiento ha sido corroborada por diversos documentos emitidos por el Supervisor Especializado, por PROINVERSIÓN, por el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, "MEF"), por la Contraloría General de la República y por el propio Concedente, quien ha reconocido en diversas oportunidades que se encuentra en incumplimiento grave de sus obligaciones.
- Ante este escenario, la Demandante argumenta que el Concesionario se ha visto imposibilitado de poder cumplir con su obligación (posterior) de realizar el Cierre

Financiero del Proyecto Chavimochic, el cual, según el Contrato de Concesión, se debe obtener, necesariamente después de la ECP por parte del Concedente, la cual nunca se efectivizó. Este orden en el cumplimiento de las obligaciones (es decir, primero la ECP y luego el Cierre Financiero), ha sido expresamente reconocido por el Concedente. Ello implica que el Concesionario no se encuentra obligado contractualmente a realizar el Cierre Financiero, mientras el Concedente no efectivice la ECP.

- El grave y extenso incumplimiento por parte del Concedente en la ECP, ha generado una serie consecuencias negativas para el Proyecto Chavimochic (y de daños al Concesionario) que han derivado en una situación insostenible, lo que nos obliga a solicitar a este Tribunal Arbitral que declare la caducidad de la Concesión, por incumplimiento grave del Concedente.
- Además, este escenario genera la obligación del Concedente, conforme a la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión, a devolver intacta la Garantía de Fiel Cumplimiento, pues es una consecuencia automática de la declaración de caducidad por causa imputable al Concedente; sin dejar de mencionar que el Concesionario se encuentra en pleno derecho de solicitar al Concedente el pago efectivo de una serie de valorizaciones que no fueron canceladas en su oportunidad.
- Por último, el incumplimiento grave del Concedente ha generado daños ciertos al Concesionario, incluyendo una serie de sobre costos asociados al tiempo de paralización del Proyecto Chavimochic, costos financieros, lucro cesante, etc., por causa enteramente imputable al Concedente, al no cumplir con la ECP; por lo cual se solicita al Tribunal que ordene al Concedente el pago de una indemnización que restituya de manera justa al Concesionario.

3.2. Los reclamos planteados

158. La Demandante centra sus reclamos en las siguientes pretensiones:

159. **Primer reclamo**: Declarar que la República del Perú (el Demandado) ha infringido el Contrato de Concesión, en particular su obligación de realizar la ECP establecida en la Cláusula 1.46 del Contrato de Concesión, al no haber cumplido en los plazos acordados con la entrega de los terrenos libre de personas u otros ocupantes, y en general libre de

cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras o de las actividades de operación y mantenimiento (cargas y gravámenes).

160. **Segundo reclamo:** Que se declare que el incumplimiento por parte del Concedente de la falta de ECP, ha sido por dolo y/o culpa inexcusable del Concedente.

161. **Tercer reclamo**: Como consecuencia del incumplimiento del Concedente declarado en la primera pretensión, se declare que el Concesionario no ha sido responsable por no haber obtenido el Cierre Financiero según el Contrato de Concesión y sus modificaciones y, por ende, se declare que no ha habido incumplimiento contractual por parte de la Demandante en este extremo.

162. **Cuarto reclamo**: Que el Tribunal Arbitral declare la caducidad de la Concesión por causa imputable al Concedente.

163. **Quinto reclamo**: Como consecuencia de la declaración de caducidad del Contrato de Concesión, que se ordene al Demandado proceder inmediatamente a devolver intacta la Garantía de Fiel Cumplimiento conforme a la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión.

164. **Sexto reclamo:** Que el Tribunal ordene al Demandado pagar a la Demandante por prestaciones ejecutadas no pagadas, durante la ejecución del Contrato de Concesión, por los montos y conceptos que se exponen seguidamente:

Desmovilización	**USD $ 1´169,746.26**
Cofinanciamiento Compensatorio	**USD $ 20´697,765.16**
Expediente Técnico 2	**USD $ 4´610,876.83**
Trabajos ejecutados no observados y no pagados	**USD $ 10´368,040.07**
Trabajos ejecutados observados y no pagados	**USD $ 859,512.42**
Material en Obra	**USD $ 3´459,447.41**
TOTAL	**USD $ 41´165,388.15**

165. **Pretensión accesoria al sexto reclamo:** Que el Tribunal declare la validez y eficacia de la Excepción de Incumplimiento interpuesta por el Demandante respecto a la obligación de mantener vigentes las pólizas de seguro contenidas en la cláusula 19 del Contrato de Concesión.

166. **Sétimo reclamo:** Que el Tribunal ordene al Demandado pagar a la Demandante la suma de USD $ 26´771,939.00 (veintiséis millones setecientos setenta y un mil novecientos treinta y nueve con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), por concepto de gastos generales y/o mayores gastos y/o costos incurridos durante la ejecución del Contrato de Concesión.

167. **Octavo reclamo:** Como consecuencia de haberse declarado que el incumplimiento del Concedente en la ECP se debe a dolo y/o culpa inexcusable, y como consecuencia de

la declaración de caducidad del Contrato de Concesión, se ordene al Concedente indemnizar a la Demandante por los daños y perjuicios ocasionados, según el siguiente detalle:

DAÑOS	**MONTO USD $**
Stanb-by de Equipos	10´946,512.87
Mantenimiento Enero 2017-Febrero 2019	338,270.29
Pago a PROINVERSIÓN	3´122,788.05
Gastos del Cierre Financiero	225,260.00
Equipo Especial Adquirido para Obra	1´079,922.41
Campamento e Instalaciones de Obra	1´795,159.59
Beneficio no percibido por el periodo de operación del Contrato (lucro cesante)	32´832,109.11
TOTAL	**USD $ 50´340,022.32**

168. **Noveno reclamo:** Ordenar al Demandado a pagar la totalidad de los gastos y costas del presente arbitraje, incluyendo los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, así como los honorarios y gastos de los representantes y abogados de la Demandante y de cualquier experto que sea designado en el arbitraje por las partes o por el Tribunal, y cualesquiera otros gastos que se incurran en el arbitraje.

169. En todos los casos, establece la Demandante, se ordene al Demandado que pague los intereses correspondientes hasta la fecha efectiva de pago.

170. Con fecha 1 de septiembre de 2022 la parte Demandante solicita una ampliación de Demanda en su Escrito Nro. 1.

3.3. Argumentos de la Demandada

171. La Demandada a lo largo de sus presentaciones bajo las distintas representaciones letradas ha presentado distintos argumentos en respuesta a las alegaciones realizadas por la Demandante.

172. Entre sus argumentos principales, manifiesta que la situación planteada en este arbitraje es preocupante para el Estado frente a la exigencia de la Demandante de pretender cobrar daños y perjuicios por aproximadamente USD 120 millones de dólares, no obstante del reconocimiento de culpabilidad de los principales funcionarios y empresa del grupo Odebrecht en actos de corrupción ligados a proyectos de

infraestructura del país, reflejados en el Acuerdo de Colaboración Eficaz firmado con la República del Perú, que es de público conocimiento.

173. En este contexto, la Procuraduría que defiende los intereses de la República del Perú, no obstante no estando frente a un arbitraje internacional, espera la aplicación de ciertas deferencias reconocidas a nivel internacional de carácter procesal en la defensa del Estado y con ello, establecer un equilibrio mínimo para aceptar y escuchar la postura legal de la República del Perú elaborado bajo estándares profesionales que exige esta controversia compleja con relación a las pretensiones de la Concesionaria, y que se plantean en esta etapa avanzada del proceso.

174. En ese sentido, la Demandada basa su defensa en dos argumentos principales:

- Que el Concesionario ha vulnerado dos aspectos relevantes de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, referidos a i) no generar un hecho sustancialmente adverso y ii) que afecte la capacidad del Concesionario en cumplir con sus obligaciones del Contrato. Estas vulneraciones, a su vez llevaron a configurar inmediatamente el incumplimiento de una obligación sustancial del Contrato: la obtención del Cierre Financiero.
- El incumplimiento de estos dos (02) supuestos se han materializado con hechos objetivos, representados por los actos de corrupción reconocidos en proyectos de infraestructura desde diciembre del año 2016, al suscribir el grupo Odebrecht un Acuerdo con la Fiscalía de los Estados Unidos de Norteamérica reconociendo actos de corrupción en el Perú y que generó por parte de la República del Perú, la inmediata creación de un grupo de Fiscales Ad Hoc, a finales del mes de diciembre del año 2016, para investigar a las empresas del grupo Odebrecht, caso Lava Jato, que es de público conocimiento.

175. Estos hechos provocaron una situación adversa a la Concesionaria al generar un Riesgo Reputacional inmanejable que le imposibilitó en la práctica cumplir con su prestación de obtener fondos del mercado financiero, tanto en el Perú como internacionalmente, mucho antes de la fecha del Cierre Financiero pactada para el 09 de marzo de 2017.

176. En ese contexto, para la República del Perú el supuesto incumplimiento de la ECP por parte del Concedente y que la Concesionaria sostiene haberse producido el 09 de septiembre de 2016, debe ser considerado al 09 de enero de 2017 conforme a las fechas establecidas en el Acta Cuatro (04). Ello obedece a que, al 09 de septiembre de 2016, los principales funcionarios de la Concesionaria y de sus accionistas sabían de los actos de corrupción en otros proyectos de infraestructura y guardaron silencio en perjuicio del Concedente, violando todo principio de buena fe contractual. El Concedente fue privado

de manera dolosa por el Concesionario de acceder a información relevante, para que la República del Perú pueda adoptar las medidas legítimas que la ley le asiste, no obstante ello, busca mantener esa ventaja reprochable de sostener que el supuesto incumplimiento del Concedente en la ECP se dio el 09 de septiembre del 2016, con el propósito ilegitimo de establecer un incumplimiento precedente de la República del Perú y por tanto, inhabilitado a cuestionar el incumplimiento de la Concesionaria en la obtención del Cierre Financiero.

177. Por ello, la República del Perú se centrará en los hechos de corrupción que son objetivos y reconocidos por los *Sponsors* del Concesionario, como un hecho relevante de defensa a nivel de la esfera contractual. **No está destinado a cuestionar la jurisdicción de este Tribunal, ni vicios de la voluntad, pero que representa un hecho que gatilla incumplimientos sustanciales del Contrato, toda vez que esto determina que haya sido el propio Concesionario quien ha generado el contexto para el incumplimiento de su obligación de Cierre Financiero (énfasis agregado).**

178. Conforme alega la Demandada, la Concesionaria realiza una lectura particular de las Reglas que rigen el presente caso llegando a sostener que las pruebas presentadas deben ser declaradas inadmisibles y que ha habido preclusión procesal. Esto desde luego es una apreciación errada de la regulación acordada entre las partes.

179. La Concesionaria cita un supuesto incumplimiento de la Regla 73 contenida en la OP 4 (Reglas del Proceso). Este numeral señala en forma indubitable que “En los memoriales de Réplica y Dúplica las partes se limitarán a responder los argumentos jurídicos y pretensiones de la otra parte en los memoriales iniciales y presentarán únicamente la prueba pertinente para sustentar sus alegatos de refutación, incluyendo eventuales nuevos documentos (...) que estimen oportunas”. (Subrayado es nuestro)

180. Como se aprecia, la Regla es flexible y permite a las partes respecto de sus argumentos planteados (modificados o complementados), sustentar con las pruebas pertinentes para que el Tribunal Arbitral pueda tener una plena valoración de todos los elementos aportados en sustento de las posiciones durante las rondas de escritos.

181. A su vez la Demandante hace una particular referencia al artículo 27 del Reglamento UNCITRAL. La curiosa lectura que hace la Concesionaria del referido artículo hace preciso que se aclare el mismo. El artículo dispone lo siguiente en el numeral 1) “cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”, esto se condice plenamente con las pruebas aportadas con los argumentos que se han planteado dentro del proceso. Nadie discute ello, cada parte

tiene la carga de la prueba respecto de lo que alega, acá estamos hablando de presentar más pruebas.

182. Respecto del numeral 4) del mismo artículo citado por la Concesionaria señala que "El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas". En ese sentido el Tribunal Arbitral será el único facultado para decidir respecto de la pertinencia de los documentos presentados, los mismos que deben guardar relación con los argumentos expuestos. Esta discrecionalidad no es de la Concesionaria y la Concesionaria no tiene la facultad de admitir las pruebas que presente la República del Perú.

183. Esta disposición mantiene el mismo sentido con lo dispuesto en el numeral 74 de la OP4, pudiendo el Tribunal incluso requerir mayor probanza en caso lo considere necesario. Es decir, de acuerdo con todo lo revisado, la objeción de la Demandante no se condice con las disposiciones de las normas indicadas, sino muy por el contrario se aprecia una adecuada flexibilidad en el proceso para que el Tribunal pueda recibir toda la probanza necesaria y contrastar tales medios con los argumentos y planteamientos expuestos.

184. Por tanto, solicita la Demandada sea rechazado el pedido de la Concesionaria al buscar plazos de preclusión inexistentes como si estuviéramos bajo el ritual formalista de un proceso judicial. La Concesionaria busca inducir a error al Tribunal Arbitral indicando en su párrafo 28 que el plazo para presentar documentos relativos a los argumentos expuestos venció el 31 de agosto de 2020.

185. Respecto del derecho a cuestionar la pericia técnica presentada manifiesta que la República del Perú no es responsable de que la Concesionaria le haya ocultado información relevante al perito -al igual que al Concedente con relación a los actos de corrupción del socio y funcionarios de la Concesionaria en el 2016 antes de la ECP- sobre aspectos de la ejecución del contrato de Concesión y lo relacionado a una serie de cuestionamientos identificados por el Supervisor Especial y de la Región La Libertad sobre el Cofinanciamiento Compensatorio y demás ítems de la pericia.

186. Finalmente, la Concesionaria tiene la osadía de exigir que la República del Perú no pueda cuestionar el peritaje de daños al señalar en el párrafo 33 de la Oposición que "*respecto a que las cuestiones de hecho que pertenezcan al ámbito de competencia de un perito deben ser presentadas como medio probatorio con una declaración de un perito*".

187. Esta posición de la Concesionaria resulta impertinente y es para el anecdotario en los arbitrajes complejos y bajo reglas UNCITRAL, que llega a niveles tan altos de lo absurdo que de admitirla, no solamente la República del Perú no podría interrogar al perito en la

audiencia, sino que ni los propios árbitros y ni los propios defensores de la Concesionaria estarían habilitados de hacerlo, al no provenir de "*una declaración de un perito*".

188. En consecuencia, la República del Perú está plenamente facultada para incluir nueva prueba respecto de los argumentos expuestos en las diferentes rondas de escritos acordadas, no existiendo preclusión alguna.

189. Asimismo, dentro de sus argumentos planteados en la Memoria de Duplica, todas las reclamaciones del Concesionario deben ser rechazadas por carecer de méritos y se le debe castigar en asumir los costos del arbitraje, incluyendo costos de defensa legal y expertos asumidos por la República del Perú, y demás penalidades e indemnizaciones que este Tribunal considere oportuno aplicar.

190. Asi, manifiesta que los actos de corrupción reconocidos por las empresas de grupo Odebrecht desde el 22 de diciembre del 2016, representan hechos sustancialmente adversos que afectaron la capacidad del Concesionario en obtener el Cierre Financiero al 09 de marzo del 2017.

191. Establece que la prestación de obtener el Cierre Financiero a cargo del Concesionario se volvió económicamente imposible de acuerdo al artículo 1432 del Código Civil peruano, mucho antes de la fecha del Cierre Financiero, 09 de marzo del 2017, únicamente como consecuencia directa del Riesgo Reputacional generado por los actos de corrupción aceptados por las empresas de grupo Odebrecht desde el 22 de diciembre de 2016. Afirmando, que no puede ser considerada como una fecha legitima para determinar el incumplimiento de la prestación de la ECP atribuible a la República del Perú la fecha del 09 de septiembre del 2016. La Concesionaria, funcionarios y accionistas ocultaron dolosamente actos de corrupción en otros proyectos de infraestructura antes del 09 de septiembre del 2016, privando ilegítimamente a la República del Perú de poder invocar las normas pertinentes del Código Civil para suspender el Contrato de Concesión.

192. Por todo ello, la Demandada plantea la imposibilidad en obtener el Cierre Financiero por parte del Concesionario se da en el contexto de la inexistencia de un incumplimiento precedente atribuible a la República del Perú, lo que tiene como consecuencia la resolución de Contrato de Concesión por incumplimiento del Concesionario.

IV. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

4.1. Antecedentes de la Controversia

4.1.1. El Contexto de la Disputa: el Reconocimiento de la Empresa Odebrecht ante las Autoridades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y las Autoridades Judiciales del Perú

193. El Contrato de Concesión objeto de esta disputa fue firmado el 9 de mayo de 2014.La firma del Contrato de Concesión responde a los siguientes antecedentes:

- Mediante Decreto Supremo N° 017-2003-Vivienda de fecha 3 de agosto de 2003, el Proyecto Especial Chavimochic fue transferido del Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) al Gobierno Regional de La Libertad. Mediante Acuerdo Regional N° 090-2004-CR/R-LL, adoptado en sesión de fecha 25 de octubre de 2004, el Consejo Regional de La Libertad declaró de prioridad y necesidad pública la consolidación de la Primera y Segunda Etapa, así como los estudios de la Tercera Etapa del Proyecto Especial Chavimochic, reafirmando la necesidad de la ejecución de la Tercera Etapa.
- Mediante Ordenanza Regional N° 032-2009-GR-LL/CR de fecha 15 de diciembre de 2009, el Consejo Regional de La Libertad, aprobó el Plan de Desarrollo Regional Concertado de La Libertad 2010-2021, en el cual se encuentra priorizada la ejecución de la Tercera Etapa del Proyecto Chavimochic.Mediante Resolución Suprema N° 134-2011-PCM de fecha 25 de mayo de 2011, se creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Temporal para el Proyecto Chavimochic, encargada de analizar las opciones y alternativas técnicas para la formulación del estudio de factibilidad de la Tercera Etapa del Proyecto Chavimochic.
- El Informe Final de la Comisión Multisectorial de fecha 24 de agosto de 2011, resaltó la importancia de ejecutar de manera integral la Tercera Etapa del Proyecto Chavimochic, al ser ésta la mejor alternativa para completar el desarrollo de! proyecto y la generación de empleo sostenible en la Región La Libertad; previéndose de este modo, lograr mayores beneficios, tanto a nivel de incorporación de áreas nuevas como de mejoramiento del riego en áreas en actual producción, lo cual permitirá, a su vez, contar con una mejor distribución de aportes de los usuarios para la recuperación de inversiones y la cobertura de los gastos de operación y mantenimiento.
- Mediante Resolución Suprema N° 010-2012-EF del 9 de febrero de 2012, corregida mediante Fe de Erratas del 21 de febrero de 2012, se modificó la constitución de los

Comités Especiales de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSIÓN creados por Resolución Suprema N° 036-2009-EF, de la siguiente forma:

. Comité de PROINVERSIÓN en proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria – PRO INTEGRACIÓN;

. Comité de PROINVERSIÓN en proyectos de Energía e Hidrocarburos - PRO-CONECTIVIDAD;

. Comité de PROINVERSIÓN en proyectos de Infraestructura y Servicios Públicos Sociales, Minería, Saneamiento, Irrigación y Asuntos Agrarios – PRO-DESARROLLO.

- Mediante Acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN, adoptado en sesión de fecha 7 de marzo de 2012, se acordó asignar al Comité PRO INTEGRACIÓN el proceso de promoción de la inversión privada del Proyecto Chavimochic.
- Mediante Acuerdo Regional N° 038-2012-GR-LL/CR adoptado en sesión de fecha 26 de marzo de 2012, el Consejo Regional de La Libertad acordó, entre otros puntos, proponer a PROINVERSIÓN la modificación de los alcances del encargo conferido a través del Acuerdo Regional N° 028-2009-GR-LL/CR, para el diseño, conducción y desarrollo de los procesos de promoción de la inversión privada del Proyecto Chavimochic, que en adelante comprendería: Componente de obras hidráulicas mayores: Diseño y construcción de las obras de la Tercera Etapa; Operación y mantenimiento de las obras de la Tercera Etapa y de las obras existentes de la Primera y Segunda Etapa; y
- Mediante Decreto Supremo N°108-2006-EF, publicado el 11 de julio de 2006, se determinó la naturaleza del cofinanciamiento del Estado, señalándose en su artículo 3 que en el caso de concesiones cofinanciadas por el Estado, a que se refiere el inciso c) del Artículo 14 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM y normas modificatorias, los montos que perciba el concesionario por la ejecución y explotación de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de la inversión y/o de los costos o gastos de operación y mantenimiento efectuados; por lo tanto, la retribución económica por el servicio prestado por el concesionario.
- Mediante Decreto de Urgencia N° 047-2008, publicado el 18 de diciembre de 2008, se dictaron disposiciones extraordinarias para facilitar las Asociaciones Público-Privadas que promueva el Gobierno Nacional en el contexto de la crisis internacional; declarando de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de PROINVERSIÓN, los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la

concesión de diversos proyectos, entre los cuales se encuentra el Proyecto Chavimochic.

- Mediante Acuerdo Regional N° 028-2009-GR-LL/CR, adoptado en sesión de fecha 3 de junio de 2009, el Consejo Regional del Gobierno Regional de La Libertad acordó, entre otros aspectos, incorporar el Proyecto Chavimochic en el Proceso de Promoción de la Inversión Privada; asimismo, acordó solicitar a PROINVERSIÓN asistencia técnica bajo la modalidad de encargo, para el diseño, conducción y desarrollo del Proceso de Promoción de la Inversión Privada de la Primera Fase - Tercera Etapa del Proyecto Chavimochic, en el marco del Decreto de Urgencia N° 047-2008.
- Mediante acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN adoptado en sesión de fecha 17 de junio de 2009, y ratificado mediante Resolución Suprema N° 075-2009-EF publicada el 9 de julio de 2009, se acordó lo siguiente:

  . Aprobar que PROINVERSIÓN tome a su cargo el proceso de promoción de la inversión privada de la Fase I - Tercera Etapa del Proyecto Chavimochic;

  . Encargar el referido proceso al Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Saneamiento e Irrigación – PRO-AGUA;

  . Aprobar el contenido del convenio de asistencia técnica en la modalidad de encargo a suscribirse entre PROINVERSIÓN y el Gobierno Regional de La Libertad.

- Con fecha 30 de junio de 2009, se suscribió el convenio de asistencia técnica, en virtud de la cual el Gobierno Regional de la Libertad encargó a PROINVERSIÓN el diseño, conducción y desarrollo de la ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada del Proyecto Chavimochic, de los siguientes componentes:
  - Componente de Obras Hidráulicas: que incluye las obras de la Tercera Etapa - I Fase, las obras existentes de la Primera y Segunda Etapa, así como la operación y mantenimiento de dichas obras; Componente energético: que incluye los aprovechamientos hidro-energéticos del Proyecto, incluidos los existentes;
  - Componente de tierras: que incluye la promoción y transferencia al sector privado de las tierras disponibles de uso agrícola; Servicio de suministro de agua a los diferentes usuarios del Proyecto Chavimochic (agrícola, poblacional e hidroeléctrico);
  - Componente de tierras: transferencia al sector privado de las tierras disponibles de uso agrícola, entre otras.
- Mediante Acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN adoptado en su sesión de fecha 26 de abril de 2012, se acordó, entre otros aspectos, aprobar la

modificación de los alcances del encargo conferido a PROINVERSIÓN conforme a los términos contenidos en el artículo primero del Acuerdo Regional N° 038-2012-GR-LL/CR de) 26 de marzo de 2012 y facultar al Director Ejecutivo de PROINVERSIÓN a suscribir la Adenda N° 1 -al referido convenio.

- Con fecha 16 de mayo de 2012, PROINVERSION suscribió con el Gobierno Regional de La Libertad la Adenda N° 1 al Convenio de Asistencia Técnica, a fin implementar lo referido en el numeral anterior.
- Mediante Oficio N° 2044-2012-EF/63.01 de fecha 5 de julio de 2012, y sobre la base del Informe Técnico N°070-2012-EF/63.01, la Dirección General de Política de Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas ratificó la condición de viabilidad de) Proyecto Chavimochic. Dicho informe técnico, señala que la concesión de las obras hidráulicas mayores se concretará a través de una Asociación Público-Privada, dejándose la posibilidad que el Estado, en cualquiera de sus niveles de gobierno, pueda participar en el financiamiento, siempre y cuando sus aportes puedan ser luego recuperados en su integridad.
- Mediante Oficio N° 194-2012-EF/15.0l del 10 de setiembre de 2012, el Ministerio de Economía y Finanzas adjunto el Informe N° 625-2012- EF/63.0 l, que contiene su opinión favorable respecto del proyecto de Plan de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Chavimochic (aprobado por el Comité PRO INTEGRACIÓN mediante acuerdo del 8 de agosto de 2012.
- Mediante Acuerdo Regional N°161-2012-GR-LL/CR de fecha 5 de octubre de 2012, el Consejo Regional de La Libertad dio su conformidad al Plan de Promoción de la Inversión Privada de) Proyecto Chavimochic.
- El Consejo Directivo de PROINVERSIÓN en su sesión de fecha 11 de octubre de 2012, aprobó el Plan de Promoción de la Inversión Privada del Proyecto Chavimochic.
- Mediante Resolución Suprema N° 077-2012-EF publicada el 9 de diciembre de 2012, se ratificó el acuerdo de Consejo Directivo de PROINVERSIÓN aludido en el numeral precedente.
- Con fecha 16 de abril de 2013, se publicó el Decreto Supremo N°006-2013-AG que aprobó el nuevo Reglamento de la Ley N° 28029 - Ley que regula el uso del agua en los Proyectos Especiales entregados en concesión, en sustitución del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N°022-2009-AG.
- Mediante Oficio N° 2743-2013-EF/63.0l de fecha 17 de mayo de 2013, y sobre la base del Informe Técnico N°030-2013-EF/63.0l, la Dirección General de Política de Inversión del Ministerio de Economía y Finanzas verificó la viabilidad de)

Proyecto Chavimochic. Las modificaciones responden a una ampliación en el ámbito de influencia del Proyecto para incluir alrededor de 10 mil hectáreas en las Pampas de Urricape, así como variaciones en las obras propuestas para la Tercera Etapa del Proyecto.

- Por acuerdo del Consejo Regional de La Libertad N° 093-2013-GRLL/CR de fecha 5 de noviembre de 2013, se aprobó la versión final del Contrato de Concesión.
- Por acuerdo del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN de fecha 11 de diciembre de 2013, se aprobó la versión final del Contrato de Concesión.
- Con fecha 18 de diciembre de 2013, el Comité PRO INTEGRACIÓN adjudicó la Buena Pro del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic, al Postor Calificado Consorcio Río Santa.
- Mediante Decreto Supremo N° 091-2014-EF, se autorizó al presidente regional de La Libertad a suscribir el Contrato de Concesión, en representación del Estado de la República del Perú.
- Mediante Acuerdo Regional N° 093-2013-GR-LL/CR de fecha 5 de noviembre de 2013, se autorizó al presidente regional de La Libertad a suscribir el Contrato de Concesión, en representación del Gobierno Regional de La Libertad.
- De conformidad con las Bases, el Adjudicatario constituyó al Concesionario, de acuerdo con las Leyes de la República del Perú.
- Con fecha 9 de mayo de 2014, se suscribió el CONTRATO DE CONCESIÓN entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, en virtud del cual el CONCESIONARIO será responsable del diseño y construcción de las Obras Nuevas de la Tercera Etapa, la operación y mantenimiento de dichas obras y de las Obras Existentes, así como de la prestación del servicio de suministro de agua a los distintos usuarios del Proyecto.[2]

194. Conforme a los antecedentes hasta aquí relatados, el Contrato de Concesión fue suscripto el 9 de mayo de 2014, firmando en nombre del Concedente, el Sr. José Humberto Murgía Zannier, y en nombre del Concesionario por Ricardo Boleira Sieiro Guimaraes y Ana Claudia Oliveira Sheput. También suscribieron el Contrato los señores

[2] Relato de los antecedentes del Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Hidráulicas mayores del Proyecto Chavimocic firmado el 9 de mayo de 2014, Anexo CHD-5.

Javier Hernando Illescas Mucha, en representación de PROINVERSIÓN y Carlos Sevilla Gildemeister en nombre de la Autoridad Nacional del Agua.[3]

195. Con posterioridad a la firma del Contrato de Concesión, las Partes acordaron los siguientes hitos:

196. Con fecha 5 de mayo de 2015, el Concedente y el Concesionario suscribieron la Primera Adenda al Contrato de Concesión, mediante la cual se ampliaron los plazos del Periodo Inicial y del Cierre Financiero en seis (6) meses por lo que el plazo del Periodo Inicial y del Cierre Financiero se extendería hasta el 9 de noviembre de 2015.[4]

197. Acta de Acuerdo de Ampliación del Periodo Inicial, Prórroga de Cierre Financiero y Entrega del Control del Proyecto, suscrita el 29 de septiembre de 2015, mediante la cual el Concedente y el Concesionario acordaron prorrogar el Periodo Inicial y el Cierre Financiero hasta el 9 de mayo de 2016 y la Entrega del Control del Proyecto hasta el 9 de marzo de 2016,[5]

198. Acta de Acuerdo de Ampliación, suscrita el 8 de marzo de 2016, mediante la cual el Concedente y el Concesionario acordaron prorrogar el Periodo Inicial y el Cierre Financiero hasta el 9 de noviembre de 2016 y la Entrega del Control del Proyecto hasta el 9 de junio de 2016.[6]

199. Acta de Acuerdo, suscrita el 01 de junio de 2016, mediante la cual el Concedente y el Concesionario acordaron prorrogar la Entrega del Control del Proyecto hasta el 9 de septiembre de 2016.[7]

200. Acta de Acuerdo, suscrita el 03 de noviembre de 2016 mediante la cual las partes acordaron prorrogar los plazos del Cierre Financiero hasta el 09 de marzo de 2017.[8] La evidencia que consta en el expediente indica la existencia de una cierta normalidad en la ejecución de las obligaciones de las Partes bajo el Contrato de Concesión hasta finales del año 2015. Mientras que es evidente que el Concedente no había cumplido con el 100% del ECP, también existe evidencia cierta de que éste estaba haciendo entregas parciales y esfuerzos honestos para liberar la mayor cantidad de terrenos posibles.[9]

---

[3] Contrato de Concesión, página 135, Anexo CHD-5.

[4] Adenda No. 1 al Contrato de Concesión de fecha 5 de mayo de 2015. Anexo CDH-8.

[5] Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015; Ampliación de Período Inicial, Prórroga de Cierre Financiero y Entrega de Control del Proyecto. Anexo CHD-9.

[6] Acta de Acuerdo de fecha 8 de marzo de 2016; Ampliación de Período Inicial, Prórroga de Cierre Financiero y Entrega de Control del Proyecto. Anexo CHD-10.

[7] Acta de Acuerdo de fecha 1 de junio de 2016; Ampliación de Período Inicial, Prórroga de Cierre Financiero y Entrega de Control del Proyecto. Anexo CHD-11.

[8] Acta de Acuerdo de fecha 03 de noviembre 2016; Ampliación de Período Inicial, Prórroga de Cierre Financiero y Entrega de Control del Proyecto. Anexo CHD-12.

[9] Ver más abajo Sección C(1) del Laudo "¿Violó el Concedente la Obligación de la Entrega del Control del Proyecto? Sección en la cual el Tribunal analiza el Oficio 1470 y otros documentos que indican la voluntad del Concedente de cumplir con el EPC.

Asimismo, en opinión del Tribunal Arbitral y conforme se discute más abajo, a partir del mes de marzo del año 2016 el Concesionario cesó en sus esfuerzo por obtener el Cierre Financiero del Contrato (CFC), conforme lo indica la misma evidencia presentada por la Demandante.[10]

201. La Demandada ha especulado en sus escritos que el descubrimiento de la ilegalidad en la que incurrieron los *Sponsors del Proyecto*, es decir, las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Participacões e Investimentos S.A. y también a Graña y Montero S.A.A. en forma de pagos ilícitos en la obra pública, generó un impacto reputacional que hizo que el mercado financiero para la financiación del proyecto se secara a nivel nacional e internacional y que en consecuencia la Demandante se viera imposibilitada de obtener el Cierre Financiero del Contrato.[11] La Demandante, por su parte, niega que esa explicación sea válida y sostiene que, dado que la financiación para el proyecto se iba a obtener a través de un *Project Finance,* la financiación del proyecto se encontraba totalmente aislada de la situación que pudiera estar afectando a los *Sponsors del Proyecto*.[12]

202. Sobre los hechos de ilegalidad en los que incurrieron las empresas del Grupo Odebrecht, y cuya publicidad comenzó a aparecer en los primeros meses de 2015 en la prensa internacional, ambas partes citan los anexos GR-11 (el cual contiene el Acuerdo del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América con la empresa Odebrecht),[13] y el Anexo de la Demandante CHL-7, conteniendo el Acuerdo de Colaboración de la empresa y sus funcionarios con las Autoridades del Perú, de fecha 17 de junio de 2019.[14]

203. Mientras que estos documentos no demuestran ninguna irregularidad en la obtención del Contrato de Concesión objeto de la presente disputa, el reconocimiento

[10] Como se explica en este mismo Laudo, el Tribunal Arbitral no sólo revisó todos los documentos presentados por las Demandantes para justificar haber estado en condiciones de obtener el CFC sino que además lo preguntó específicamente a las Partes solicitándole la presentación de toda la evidencia en poder de esta que demostrara los esfuerzos del Concesionario para obtener el CFC. De la revisión de los documentos identificados específicamente por la Demandante surge que el Concesionario cesó en todo esfuerzo por obtener el CFC luego del mes de marzo de 2016, lo cual justifica los dichos de la Demandada cuando sostiene "la postura de la República del Perú no es especulativa al sostener que ningún prestamista, financista o agente económico del mercado se encontraría en condiciones de participar de la operación financiera, considerando el alcance de la regulación normativa existente (normas, protocolos, *compliance policies*, etc) frente al escándalo de corrupción del grupo Odebrecht". Escrito "Segunda Ronda de Escritos Previos a la Audiencia" de fecha 12 de febrero de 2021, párrafos 29 y 30.

[11] Escrito de Contestación de Demanda, párrafo 192.

[12] Escrito de Replica de la Demandante, párrafos 73 y siguientes.

[13] Anexo GR-11. Anexo de la Demandada conteniendo el Acuerdo de Colaboración entre Odrebecht y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, de fecha 21 de diciembre de 2016.

[14] Anexo CHL-7. Anexo de la Demandante conteniendo el Acuerdo de Colaboración de la empresa y sus funcionarios con las Autoridades del Perú, de fecha 17 de junio de 2019.

de los delitos que allí se describen y reconocen son relevantes porque constituyen el trasfondo directo de la disputa. El Contrato de Concesión objeto de este Arbitraje estaba en las primeras etapas de su ejecución cuando la información sobre los hechos ilícitos que involucran a los *Sponsors* se hizo conocida, afectando fuerte y definitivamente el cumplimiento del Contrato por las Partes y tiñendo de sospechas y acusaciones las relaciones entre éstas.[15]

204. Mientras que la parte Demandada no ha logrado aportar evidencia convincente de que ha existido corrupción en la obtención o ejecución del Contrato de Concesión objeto de este Arbitraje, es opinión del Tribunal Arbitral que la Demandada ha aportado suficiente prueba como para demostrar la existencia de una campaña internacional de sobornos a funcionarios públicos que puso en cuestión la supervivencia misma de la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Participacões e Investimentos S.A. y sus empresas asociadas, una vez que estos hechos fueron descubiertos y tomaron estado público y que ello tuvo implicancias negativas no sólo en el Perú sino internacionalmente y que, como se verá en próximas secciones de este laudo, en opinión del Tribunal, pudiera constituir uno de los motivos fundamentales por el cual la Demandante no ha logrado obtener el Cierre Financiero del Contrato.[16]

205. El Tribunal Arbitral también ha preguntado a las Partes respecto del involucramiento o conocimiento que hubieran podido tener los funcionarios del Concesionario de las

[15] Dice la Demandada en su Escrito de Contestación de Demanda " … (E)n el presente caso, tenemos que la participación de Constructora Norberto Odebrecht S.A. Odebrecht Participacoes e Investmimentos S.A. y Graña y Montero S.A. en actos de corrupción es de público conocimiento. Estas son, por cierto, las empresas dueñas de la Demandante, conforme ha sido reconocido por nuestra contraparte en la página 21 de su Memorial de Demanda, y queda acreditado en el Acto de Adjudicación de la buena pro de fecha 18 de diciembre de 2013. De hecho, la empresa Concesionaria Chavimocic S.A. (que es la persona jurídica que ha iniciado el presente arbitraje) solo es un vehículo a través del cual sus tres (3) dueños se han valido para ejecutar las obligaciones que ellos tienen bajo el Contrato de Concesión, tal y como lo reconoce la Demandante en las páginas 20 y 21 de su escrito. De esta manera, la Cláusula de No Corrupción no sólo alcanza a la empresa Concesionaria Chavimocic S.A. sino a las sociedades adjudicatarias del concurso público (esto es, las dueñas de la Demandante), y los funcionarios de tales personas jurídicas. No nos engañemos, quienes están detrás de este arbitraje son el Grupo Odebebrecht y Graña y Montero. La existencia de actos de corrupción de todas las personas jurídicas dueñas de la Demandante, así como de sus funcionarios, se encuentra suficientemente acreditada por la información difundida en medios de comunicación a nivel mundial. El presente Memorial solo incluya una simple selección." Escrito de Contestación de Demanda de fecha 26 de agosto de 2019, párrafos 29 a 32. En este escrito la Demandada cita los siguientes artículos periodísticos: (1) Lava Jato, Investigación Global de la ICIJ, Las planillas ocultas de Odebrecht [Anexo GRD-3], (2) Gonzalo Monteverde Empresario Implicado en el caso Odebrecht [Anexo GRD-6], Allanamiento, Detenciones y Fuga [Anexo GRD-7], (3) Investigan a Félix Moreno por soborno de US$ 4 millones de Odebrecht [Anexo GRD-8], (4) El Testimonio de Raymundo Trindade [Anexo GRD-10], entre otros.

[16] Escrito de Contestación de Demanda de fecha 26 de agosto de 2019, párrafos 29 a 32.

actividades ilegales en las que incurrieron los Sponsors. La Demandada contestó esa pregunta de la siguiente manera:

206. Si, ver Anexo GRD-15 Acuerdo de Colaboración Eficaz con la Fiscalía del Perú homologado por el Poder Judicial. En dicho documento se encuentra involucrado el Sr. Boleira.[17]

207. Por su parte, la Demandante contestó la pregunta formulada por el Tribunal de la siguiente manera:

7. RESPUESTA A LA PREGUNTA 3.d

¿Se ha identificado con evidencia en el expediente que algún funcionario de la Concesionaria tuvo conocimiento o estuvo involucrado en algún acto delictivo de los cuales se acusa a los socios de la Concesionaria, sea en referencia al contrato objeto de esta disputa o en otro contrato?

257. Para responder a esta pregunta referimos al anexo **CHL-7** que aportamos en nuestro Memorial de Réplica, en el que figura como Colaborador Eficaz, el señor Ricardo Boleira, precisando que, respecto a la Concesionaria Chavimochic S.A.C. y los funcionarios y ex funcionarios no forman parte de los proyectos donde se reconoció que ha habido actos ilícitos.

258. Para otros contratos el Acuerdo de Colaboración Eficaz[165], se circunscribe a los siguientes proyectos, según el detalle que se reproduce a continuación:

COLABORADOR EFICAZ	CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA COSTA VERDE - TRAMO CALLAO	MEJORAMIENTO DE LA TRANSITABILIDAD PEATONAL Y VEHICULAR DE LA AVENIDA EVITAMIENTO DE LA CIUDAD DEL CUSCO	CORREDOR VIAL INTEROCEÁNICO SUR PERÚ - BRASIL, TRAMOS 2 Y 3	SISTEMA ELÉCTRICO DE TRANSPORTE MASIVO DE LIMA - CALLAO LÍNEA 1, TRAMOS 1 Y 2
Jorge Henrique Simões Barata **Aceptación Total**		Colusión agravada **Aceptación**	Colusión **Aceptación**	Colusión **Aceptación**
Ricardo Boleira Sieizo Guimarães **Aceptación Total**	Colusión agravada **Aceptación**	Colusión agravada **Aceptación**		
Renato Ribeiro Bortoletti **Aceptación Parcial**		Colusión agravada **Aceptación** Asociación ilícita para delinquir **Sin aceptación**		
Antonio Carlos Nostre Junior **Aceptación Total**				Colusión **Aceptación**
Persona jurídica **Aceptación Total**	Colusión agravada **Aceptación**	Colusión agravada **Aceptación**	Colusión **Aceptación**	Colusión **Aceptación**

*(Captura de pantalla del Acuerdo de Colaboración Eficaz – **CHL-7**)*

259. Además de lo indicado previamente, en el expediente, no existe evidencia alguna de ningún funcionario del Concesionario que haya sido involucrado en los actos delictivos referidos.

208. Las Partes coinciden en indicar que cualquiera sea la participación del Sr. Boleira, ésta debe ser tenida en consideración. La Demandante, especialmente reconoce que el señor Ricardo Boleira era funcionario de la Concesionaria. Asimismo, y evidentemente al haber sido colaborador eficaz en conexión con los actos de corrupción de las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Participacões e Investimentos S.A. en el Perú , el Sr. Boleira conocía de primera mano de los actos de soborno de las empresas del Grupo Odebrecht en el Perú, y por ello precisamente fue un colaborador eficaz,[18]

[17] Escrito Post-Audiencia de la Demandada de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 205.
[18] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafos 257 y 258.

circunstancia que es especialmente importante en la sección del laudo que trata sobre los efectos de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión.

209. El Tribunal entiende que se encuentra suficientemente probado que los *Sponsors del Proyecto* incurrieron en actos ilícitos consistentes en pagos a gran escala de sobornos para la obtención de obra pública y que tales hechos, no sólo que son del conocimiento público, sino que la Demandada los ha probado debidamente, aunque ellos no incluyan actos de corrupción en el Contrato de Concesión objeto de este Arbitraje.

210. Junto a su Escrito de Contestación de Demanda, la Demandada acompañó abundante evidencia relacionada a actos ilícitos de los *Sponsors del Proyecto* en el Perú. La veracidad y el contenido de estos documentos no fue cuestionada por la Demandante.[19] Entre ellos:

- Declaraciones de Barata y Boleira son las Primeras Disponibles para la Fiscalía,[20]
- Graña y Montero inició proceso de Colaboración Eficaz con la Fiscalía,[21]
- Odebrecht: Acuerdo será revocado si colaboradores delinquen en los próximos años,[22]
- Investigan a Félix Moreno por soborno de US$ 4 millones de Odebrecht,[23]
- Cómo fue la Cultra Chalaca,[24]
- La Constructora se reduce pero aún enfrenta riesgo de default,[25]

[19] El Tribunal lamenta la forma desorganizada y poco profesional con la cual la evidencia fue presentada por el Estado en un Arbitraje de la importancia del presente, haciendo especial referencia al Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[20] Artículo Declaraciones de Barata y Boleira son las Primeras Disponibles para la Fiscalía. Este artículo periodístico publicado en Perú 21 de fecha junio de 2017 analizando la información que estaba siendo puesta en conocimiento de las Autoridades del Perú en la colaboración mantenida con las Autoridades del Brasil en los procesos de investigación de las empresas del Grupo Odebrecht. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[21] Artículo periodístico publicado en El Comercio de fecha 1 de junio de 2019. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[22] En este artículo periodístico el periódico El Comercio resume para sus lectores los términos del Acuerdo de Colaboración Eficaz entre la empresa Odebrecht y las Autoridades del Perú. Este artículo periodístico sostiene que quienes son colaboradores eficaces son los siguientes funcionarios de la empresa Odebrecht: Jorge Enrique Simoes Barata, Ricardo Boleira Sieiro Guimaraes, Renato Ribeiro Bortoletti, Antonio Carlos Nostre Junior y la misma empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A. El artículo también provee información sobre la sanción recibida por la empresa de 610 millones de Soles y el plazo para que el pago de la sanción tenga lugar. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[23] Artículo periodístico publicado en El Comercio de fecha 3 de abril de 2017. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[24] Artículo periodístico publicado en El Comercio de fecha 24 de agosto de 2017. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020

[25] El artículo bajo el título mencionado de fecha abril de 2018 indica que la empresa ha reestructurado USD 8,300 millones de dólares americanos pero todavía enfrenta riesgo de default. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

- El Perú, Finanzas en Apuro,[26]
- Conoce los Ingresos de Odebrecht y de las Otras Empresas del Club de la Construcción

211. Asimismo, entre estos documentos anexados como un "Anexo Único" a la Contestación de Demanda, la defensa del Perú, entonces representada por las Autoridades del Gobierno Regional del Departamento de La Libertad, acompañan el Acuerdo de Colaboración Eficaz de la empresa Odebrecht con el Estado peruano.[27] Conforme surge también de este Anexo Único, los hechos ilícitos que el Sr. Boleira tuvo conocimiento en relación con los actos ilícitos cometidos por Odebrecht en el Perú se remontaban, como mínimo, al año 2013.[28]

212. El 21 de febrero de 2017 el Concesionario envía al Gobierno Regional del Departamento de La Libertad, a la atención del Sr. Luis Alberto Valdez Farías, Gobernador Regional de La Libertad, una carta mediante la cual de comienzo a la "Terminación Anticipada del Contrato de Concesión por Causa Imputable al Concedente", citando como antecedentes el Contrato de Concesión y las Actas Acuerdo suscriptas en fecha 29 de setiembre de 2015 y 8 de marzo, 1 de junio y 3 de noviembre de 2016, ejerciendo los derechos que se derivan de la cláusula 15.1.c.III.1.b. del Contrato de Concesión.[29]

213. El Tribunal entiende que son específicamente relevantes los siguientes párrafos de la referida comunicación, entre otros:

> En segundo lugar, resulta evidente que todo plazo relacionado a la procuración del cierre financiero y los aportes de capital deben suspenderse, máxime al tomar en consideración que la imposibilidad de iniciar las Obras Nuevas de la Segunda Fase se debe exclusivamente al incumplimiento del Concedente en no hacer la Entrega del Control del Proyecto, lo cual, según discutido previamente es un requisito previo, e indispensable, para el inicio de las Obras Nuevas de la Segunda Fase. Debido a este incumplimiento, ha sido – y seguirá siendo – imposible lograr el Cierre Financiero. Requerir al Concesionario continuar haciendo aportes de capital dirigidos sólo para la Segunda Fase resultará en daños adicionales para el Concesionario, y para los cuales tiene derecho a pedir

[26] Este artículo periodístico refiere a la dificultad que enfrenta la empresa Odebrecht para vender sus bienes en el Perú a los fines de la reestructuración de su deuda. Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[27] Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[28] Ver artículo "Cómo fue la Cultura Chalaca" en Anexo Único de Evidencia presentado por la Demanda con la Contestación de Demanda, 11 de febrero de 2020.

[29] Ver Anexo CHD-14.

resarcimiento en su momento.

214. Se desprende de lo anterior que el Concedente debe enfocar sus esfuerzos en asegurar la transición y ordenada entrega de todos los bienes de la Concesión de la forma más expedita a un interventor nombrado por el Concedente y para que el Concedente pueda entonces proceder con la sustitución y designación de un concesionario nuevo. El Concesionario le recuerda al Concedente que, a tenor de la cláusula 15.2.1 del Contrato de Concesión, el Concedente tiene la obligación de nombrar temporalmente un interventor de manera inmediata y que sea éste quien se encargue de ahora en adelante a operar la concesión – y a desarrollar a todas las obligaciones del Concesionario – en lo que se procura el concesionario nuevo. Es en el mejor interés del Concedente poner este proceso en marcha de inmediato. De no llevar a cabo estas obligaciones en vista de cumplir el objetivo de la Cláusula 15.3 del Contrato de Concesión, el Concedente será responsable de exacerbar los daños ya sufridos y por sufrir del Concesionario.

215. Finalmente, dado que el Concesionario ha invocado la terminación anticipada del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente, el Concedente bajo ninguna circunstancia podrá ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, y la misma deberá ser devuelta al Concesionario de conformidad con lo establecido en la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión. En el supuesto en el que el Concedente hiciera caso omiso y decidiera ejecutar ilegalmente la Garantía de Fiel Cumplimiento, el Concedente será responsable por todos los daños económicos y perjuicios que el Concesionario pudiera sufrir a consecuencia de la ejecución de la misma; ello sin menoscabo de las responsabilidades personales de los funcionarios involucrados.

216. Con la presente comunicación, damos por iniciado el procedimiento de terminación anticipada del Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente, por lo cual les solicitamos proceder conforme al Contrato de Concesión.[30]

217. Una semana después, 27 de febrero de 2017, el Concesionario presentó una Notificación de Arbitraje, conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) e inició un procedimiento de arbitraje internacional, conforme a la cláusula 16 del Contrato de Concesión.

218. El 1 de marzo de 2017 mediante carta notarial 1234-03, el Concedente invocó la caducidad del Contrato de Concesión por causal imputable al Concesionario al no haber acreditado que contaba con la totalidad de los recursos financieros o contratos

[30] Carta dando Terminación Anticipada al Contrato de Concesión por causa imputable al Concedente de fecha 21 de febrero de 2017. Anexo CHD-14.

suscriptos que establezcan los compromisos de financiamiento requeridos para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase.[31]

219. Finalmente, el Tribunal Arbitral entiende necesario hacer notar que los intercambios entre las Partes no terminaron con estas comunicaciones, y muchas otras comunicaciones entre las Partes y entre las Partes y los órganos regulatorios del Estado peruano, tanto a nivel nacional como regional, se sucedieron a las comunicaciones mediante las cuales las Partes daban por terminado anticipadamente el Contrato, acusándose mutuamente del incumplimiento de distintas obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión.

220. Mientras que el Tribunal ha revisado todos los documentos y presentaciones de las Partes objeto del presente Arbitraje, a los fines de los antecedentes de la disputa que aquí se resuelve, el Tribunal entiende que la descripción que antecede es suficiente para relatar los hechos que dan lugar a la controversia y que reflejan la traba de la Litis, mientras que mayor detalle se provee según sea necesario cuando se discuten cuestiones específicas. Asimismo, algunos documentos que son parte del Expediente contienen detalle de otros intercambios y negociaciones entre las Partes.[32]

221. Asimismo, otros documentos que también son parte del Expediente y que fueron intercambiados entre las Partes, son citados por el Tribunal en distintas secciones del Laudo conforme a la relevancia de los mismos para las cuestiones allí decididas.

4.2. La Jurisdicción del Tribunal Arbitral

4.2.1. La Jurisdicción del Tribunal Arbitral para escuchar el caso presentado por EL Concesionario

222. La Demandada ha presentado una sola objeción jurisdiccional relacionada, en su opinión, a la falta de trato directo antes de iniciarse el procedimiento arbitral. Aunque la objeción de jurisdicción no fue formalmente abandonada, lo cierto es que en la conferencia previa a la Audiencia de Mérito y Prueba, la Demandada sostuvo que no se referiría a ella en sus alegatos frente al Tribunal Arbitral.[33] No obstante ello, y a pedido del Tribunal Arbitral que insistió en que si existía la voluntad de no argumentar sobre la objeción de jurisdicción ello debía ser informado por escrito al Tribunal, la Demandada presentó una nota antes de la Audiencia diciendo que no se referiría a la misma durante

[31] Ver Anexo CHD-25.
[32] Ver por ejemplo documento CHD-25, el cual contiene un relato detallado de hechos que tienen lugar durante el año 2017.
[33] Conferencia Pre-Audiencia entre el Tribunal y las Partes de fecha 2 de febrero de 2021.

la misma.[34] Por otro lado, aunque la Demandada en muchas oportunidades hizo referencia a la existencia de corrupción en este contrato específico, ninguna objeción jurisdiccional relacionada a la posible existencia de ilegalidad en la obtención y/o ejecución del Contrato objeto de la presente disputa fue presentada, a pesar de que el Tribunal arbitral habilitó una oportunidad procesal específica para ello, como se indicó en la historia procesal del Arbitraje que antecede.

223. A pesar de que la Demandada parece haber abandonado la objeción a la jurisdicción antes referida (en relación con el agotamiento de la etapa de trato directo), lo cierto es que nunca hizo en forma expresa el abandono de la defensa. Por ello, y a los fines de que no queden dudas alguna respecto al hecho de que el Tribunal Arbitral ha analizado todas las cuestiones que se han puesto a su consideración, el Tribunal – tomando en cuenta las posiciones expresadas por las Partes en sus distintos escritos – se ha dado a la tarea de resolver la misma, lo cual se realiza en forma anterior a la consideración de los asuntos relacionados con el mérito de la presente disputa.

224. La Demandada ha cuestionado la jurisdicción del Tribunal arbitral dado que en su opinión no se ha cumplido, al momento de presentar la Demanda Arbitral con el trato directo entre las Partes, conforme lo requiere la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión. Esta cláusula establece lo siguiente:

> 16.1 Trato Directo. Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica, que pudieran surgir con respecto a la interpretación ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del contrato o caducidad de la concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes.[35]

225. Sostiene la Demandada en su Escrito de Contestación de Demanda de fecha 11 de febrero de 2020:

> **Las pretensiones de la Concesionaria son Improcedentes por Incumplir el Trato Directo requerido en el Convenio Arbitral.** El Convenio Arbitral establece que, para cualquier tipo de controversia no técnica, independientemente de su cuantía o que sea de puro derecho, corresponde sostener un trato directo previo a la presentación de la

[34] Escrito de la Procuraduría del MINAGRI fecha 4 de enero de 2021.
[35] Anexo CHD 5, cláusula 16. Solución de Controversias.

> petición arbitral, este procedimiento es obligatorio para las Partes, por lo que el Tribunal arbitral no puede avalar su incumplimiento. La etapa de trato directo implica una negociación entre las partes, ello requiere que la petición por la cual se inicia tal incidente contenga, por lo menos: (i) una descripción comprensiva de la controversia, (ii) su debida fundamentación, y (iii) acompañada de los medios probatorios correspondientes. La Concesionaria no ha cumplido este procedimiento con ninguna de las pretensiones materia de la controversia, por lo que éstas deben ser declaradas improcedentes.[36]

226. En su escrito de fecha 1 de diciembre de 2020 el MINAGRI realiza un argumento similar:

> El Contrato de Concesión celebrado entre las Partes establece que todos los conflictos o incertidumbres derivado de éste serán sometidos a Trato Directo Como un mecanismo de solución de controversias previo al inicio de cualquier proceso arbitral … Si bien esta cláusula permite a las partes ampliar los plazos establecidos para resolver sus conflictos, por el contrario no contiene ninguna disposición que permita prescindir, renunciar o considerar como vía opcional este mecanismo, quedando en evidencia la clara y única voluntad de las partes para cumplir con el trato directo como mecanismo de resolución de conflictos previo al inicio de cualquier arbitraje … cabe indicar, que si bien existió un Trato Directo iniciado por el concesionario mediante carta CHAVI-GRLL-028-2015 Del 21 de abril de 2016, este no contempló las controversias y pretensiones solicitadas por el Demandante en este arbitraje (ver Anexo GR-20).[37]

227. Según la Demandada, si bien existió trato directo en el año 2016, el mismo no se refirió a los hechos que luego fueron presentados al Tribunal Arbitral. Conforme a la Demandada, la controversia puesta a consideración del Tribunal fue sí el Concedente debía asumir el íntegro de los costos necesarios para entregar al Concesionario de los terrenos del proyecto libres de cargas gravámenes y afectaciones a personas u otros ocupantes. Asimismo, sostiene que en función de ese trato directo correspondía que el

[36] Escrito No. 6 de la Demandada. Objetamos la Orden Procesal No. 10, Denuncia la Incompetencia del Tribunal Arbitral y la Improcedencia de las Pretensiones. Lima 11 de febrero de 2020.
[37] Memorial de Réplica a la Contestación de la Reconvención, presentado por la Demandada el 1 de diciembre de 2020, página 21.

concesionario iniciase un arbitraje para que un Tribunal arbitral decida a qué parte le corresponde asumir los costos de la liberación de las afectaciones, y sin embargo terminaron presentando al Tribunal arbitral una serie de controversias y pretensiones que no habían sido objeto del trato directo en abierta contravención al convenio arbitral.[38]

228. El Tribunal ha analizado cuidadosamente el Anexo GR-20 presentado por la Demandada, el cual según ésta, sería evidencia de que los temas discutidos durante la etapa de trato directo no fueron aquellos que a posteriori fueron presentados al Tribunal arbitral con la demanda de arbitraje. Así, sí efectivamente la disputa fuera una distinta de aquella que fue sometida a trato directo, entonces un requisito previo de carácter jurisdiccional no se habría cumplido, y que, en caso de comprobarse que esa es la situación en cuestión, la jurisdicción del Tribunal arbitral estaría efectivamente comprometida. Por ello, inclusive antes de realizar un análisis legal de la objeción formulada por la Demandada, el Tribunal se dio a la tarea de determinar si la cuestión objeto del trato directo es efectivamente o no la cuestión que posteriormente fue sometida a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

229. Para el año 2016 la discusión principal entre las Partes en relación con el Contrato de Concesión era aquella relacionada con la voluntad y capacidad del Concedente de cumplir con la entrega del Control del Proyecto (ECP), y es evidente que una de las cuestiones fundamentales a través de las cuales se manifestaba la falta en el cumplimiento del ECP estaba relacionado con la remoción de toda afectación, ocupación u obstáculo que permitiese la entrega del control del proyecto para que el Concesionario pudiese desarrollar las obras a las que se había comprometido en el Contrato, incluida la cuestión de quién acarrearía con los costos de la remoción de esos obstáculos. En consecuencia, es claro para el Tribunal arbitral en que si bien el Anexo GR-20 pareciese referir a una discusión exclusiva sobre en quién recaía la obligación de cubrir los costos para la remoción de los obstáculos, ocupaciones u afectaciones que impedían la entrega del control del proyecto, aquello que realmente se estaba discutiendo era la posibilidad misma del cumplimiento por parte del Concedente de su obligación de entregar el ECP, que es el reclamo central que presenta la Demandante en el Arbitraje.

230. Es interesante advertir que en cualquiera de los escritos referidos más arriba, presentados por las distintas representaciones que ha tenido la Demandada, cuando citan el texto de la discusión originalmente presentado a través del documento GR-20 citan solamente algunos párrafos iniciales, y en forma parcial, que no permiten entender

[38] Memorial de Réplica a la Contestación de la Reconvención, presentado por la Demandada el 1 de diciembre de 2020, página 21.

la totalidad del documento y el contexto en que estas negociaciones estaban teniendo lugar. Sin embargo, cuando el Tribunal arbitral lee el Anexo GR-20 en su totalidad, incluyendo los anexos que se acompañan, se entiende que lo que está en discusión es mucho más que quien cubre los costos en la remoción de las afectaciones y que las mismas refieren no sólo a los costos sino a la remoción de esas ocupaciones, afectaciones y obstáculos, en modo en que el Concedente cumpliese con una de sus obligaciones fundamentales la cual consistía en la Entrega del Control del Proyecto (ECP).

231. Justamente una de las cuestiones que divide a las Partes es en qué consiste el ECP, es decir si el mismo es la entrega de las áreas del proyecto o si se trata de la entrega de estas libre de ocupaciones, afectaciones y obstáculos, así como si ese cumplimiento del ECP se puede dar en forma parcial. El párrafo 2.28 del documento CHAVI-GRLL-028-2015 (Anexo GR-20) es ilustrativo respecto a la materia motivo del trato directo entre las Partes y en qué realmente se discutió en esta instancia.

232. En conclusión, el pago de todos los conceptos mencionados previamente es de cargo exclusivo del Concedente, según lo establecido en las cláusulas 1.46 y 10.1.3 del Contrato de Concesión; pues la Entrega del Control del Proyecto, que implica la puesta a disposición de los terrenos listos para la ejecución de las obras, sólo puede darse una vez que hayan finalizado los procesos de expropiación y las labores de saneamiento y siendo el Concedente quien entrega al Concesionario cada uno de los bienes de la Concesión.[39]

233. Es evidente que las Partes están discutiendo en qué consiste el ECP y las razones que impiden al Concedente cumplir con el ECP, lo cual consiste evidentemente en aspectos que van mucho más allá de quién asume el costo económico de la remoción de las incumbencias que existen y afectan a los terrenos que conforman el área donde se construirán las obras sino al cumplimiento de la obligación de la entrega de esas áreas libres de esas incumbencias físicas y legales.

234. Estas conclusiones del Tribunal también se confirman cuando se analizan los anexos acompañados al documento GR-20. A modo de ejemplo el oficio No. 652-2016-GRLL-GOB/PECH-01 dice lo siguiente:

> ….Con relación a la Entrega del Control del Proyecto, en las condiciones que establecen las cláusulas 1.46 y 10.1.3 del Contrato de Concesión, les recordamos que ya se han venido haciendo entregas parciales de terrenos, tanto así que tenemos un avance físico de obras de

[39] Párrafo 2.28, documento CHAVI-GRLL-028-2015, Anexo GR-20.

> aproximadamente el 50%, encontrándose pendiente de levantar observaciones del Acta de Entrega Parcial No. 3 remitido mediante oficio No. 2522-2015-GRLL-PRE/PECH01 que ustedes formularon en su carta CHAVI-GRLL-097-2015 recibida el 18/11/2015. De otro lado, se ha suscripto el acta de acuerdo que amplía el período inicial, el plazo para la ECP, tanto de la fase I como de la fase II y se amplía el plazo para que acrediten su cierre financiero. Por tanto, al no haberse iniciado el periodo de construcción, no podemos hablar de incumplimiento por parte vuestra por causales imputables al Estado, como pretenden presentarlo. Sin perjuicio de las fechas que tenemos para la entrega de los terrenos, ustedes traen a discusión el tema de las afectaciones. Sobre el particular nos ratificamos en nuestros argumentos expuestos en los oficios No. 2036/2015 de fecha 21/12/2015, y 379/2016 del 23.02.16…[40]

235. El Tribunal quiere hacer notar asimismo, que la Demandada decidió durante la conferencia pre- Audiencia y posteriormente lo confirmó en el documento que aquí se cita, no presentar sus argumentos de jurisdicción, es decir su objeción en relación con el trato directo, durante la Audiencia de Jurisdicción y Mérito que tuviera lugar en el mes de febrero de 2021. Mientras que esta decisión puede responder a una ponderación sobre cuáles eran los argumentos en los cuales quería enfatizar su caso, sin dudas demuestra también que este cuestionamiento a la jurisdicción del Tribunal arbitral era uno que ocupaba muy poco espacio, si alguno, en la defensa que la Demandada realizaba de su caso y respecto al cual ésta tenía muy poca expectativa y confianza. Sostuvo la Demandada:

236. Absolvemos el requerimiento del Tribunal, manifestado durante la videoconferencia de coordinación para la audiencia (programada para finales del presente mes) del pasado 2 de febrero, para que el Demandado efectúe ciertas precisiones respecto a sus objeciones a la jurisdicción del Tribunal.

237. En cuanto a las objeciones jurisdiccionales presentadas por la anterior representación procesal del Demandado, esta Procuraduría manifiesta que ha tenido suficiente oportunidad para pronunciarse y ejercer su derecho de defensa al respecto, por lo que considera innecesario llevar a cabo un alegato oral sobre dicha materia en la

[40] Oficio No. 652-2016-GRLL-GOB/PECH-01 de fecha 4 de marzo de 2016.

audiencia, solicitando organizar la audiencia final para la discusión de los méritos del caso.[41]

238. En función de lo precedentemente dicho y de los elementos con los que contó el Tribunal, y por las razones expresadas en esta decisión, el Tribunal rechaza la objeción

[41] Escrito de la Procuraduría del MINAGRI fecha 4 de enero de 2021.

de jurisdicción planteada por la Demandada, y decide que tiene jurisdicción para entender en la presente disputa.

4.3. Sobre la Reconvención presentada por el Concedente

239. Mientras que la Demandada presentó reconvención mediante su escrito presentado en fecha 11 de febrero de 2020, posteriormente la Demandada expresamente desistió de la reconvención mediante las siguientes comunicaciones al Tribunal Arbitral:

Secretaria Arbitral: Verónica Sandler
Escrito N° 05
FORMULAMOS DESISTIMIENTO DE PRETENSION RECONVENCIONAL

AL TRIBUNAL ARBITRAL

EL GOBIERNO REGIONAL DE LA LIBERTAD – GRLL - representado por Pedro Armas Plasencia, Procurador Público Regional, en el proceso arbitral seguido por la **CONCESIONARIA CHAVIMOCHIC S.A.C.**, - LA CONCESIONARIA – atentamente decimos:

Al haberse emitido la OP 10, la misma que reorganiza el presente proceso arbitral y en la cual se nos pide a las partes que precisemos nuestras pretensiones, así como la naturaleza de cada una de ellas, de acuerdo a lo establecido en el contrato, nuestra parte ha llegado a la siguiente conclusión.

Respecto a nuestra única pretensión reconvencional y los fundamentos de hecho y derecho de ésta, **FORMULAMOS DESISTIMIENTO DE DICHA PRETENSIÓN RECONVENCIONAL**, contenida en nuestro memorial de reconvención presentado el 26 de agosto del 2019. Ello atendiendo a que, del análisis y revisión de los fundamentos de la misma hemos advertido que debió ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la cláusula 16 del Contrato de Concesión.

POR TANTO:

Solicitamos se nos tenga por desistidos de nuestra única pretensión reconvencional.

Lima, 11 de febrero del 2020.

Pedro Armas Plasencia
PROCURADOR PUBLICO REGIONAL
REGION LA LIBERTAD

240. Esta misma voluntad fue confirmada mediante Escrito No. 14 presentado por el entonces representante de la Demandada Dr. Pedro Carlos Armas Plasencia con el patrocinio del abogado Vicente F. Tincopa Torres, en la cual se dice como sigue:

241. Que conforme al calendario procesal contenido en la OP16, corresponde a nuestra parte presentar en la fecha Réplica a la Reconvención. Sin embargo, al haber formulado desistimiento de nuestra pretensión convencional principal mediante escrito de fecha 11/02/2020, por considerar que la misma debe ser tramitada conforme al procedimiento establecido en la cláusula 16 del contrato, estamos relevados de tener

que presentar nuestra réplica a dicha contestación, por haber operado la sustracción de la materia controvertida en nuestra demanda reconvencional.[42]

242. Finalmente, cuando la representación de la Demandada fue asumida por el MIDAGRI este órgano (MIDAGRI) señaló lo siguiente:

243. El Tribunal, en el tercer párrafo del correo electrónico de fecha 22/12/2020 solicitó a las partes pronunciarse sobre lo manifestado por esta Procuraduría en relación con el pago de los gastos arbitrales que generaba la demanda reconvencional. Dentro del plazo concedido, la Procuraduría del MIDAGRI procedió a señalar su posición y la Concesionaria guardó silencio … la Concesionaria, de manera irresponsable, cuestiona la actuación de la Procuraduría de ser una de mala fe, asumiendo la posición de víctima en el devenir del proceso, la misma que no existe. Lo que sucede en el fondo es que la Concesionaria genera innecesariamente mayor actividad procesal, costos y pérdida de tiempo del Tribunal, así como de la defensa del Estado. En efecto, la Procuraduría del MIDAGRI ha sido bastante clara en señalar que no asumiría los gastos que genere una liquidación de los costos por efecto directo de la reconvención, dado el pedido de desistimiento. Ello es absolutamente independiente a los costos ya establecidos por este Tribunal atendiendo el reclamo de la concesionaria; es de conocimiento de la Concesionaria y del Tribunal las coordinaciones de la Procuraduría para el pago de los costos arbitrales ya liquidados, los mismos que se encuentran provisionados a la fecha. Por otro lado, en el párrafo 7 de su Escrito 17 la Concesionaria Acepta el pedido de desistimiento presentado en su oportunidad por el Estado, por lo que se vuelve aún más inoportuno la postura de la Concesionaria en este aspecto. Sobre el particular, Solicitamos al Tribunal dar por terminado este incidente de la Demanda Reconvencional y que se ha dejado de lado para lo que quede del arbitraje.[43]

244. En función de lo que antecede, el Tribunal Arbitral entiende que la Demandada ha expresamente desistido de perseguir la reconvención originalmente planteada por la representación del Perú ejercida por el Procurador General del Departamento de La Libertad y ha sido en consecuencia relevado de la tarea de juzgar sobre la reconvención planteada por la Demandada.

4.4. El Mérito de la Disputa

[42] Escrito No. 14 de la Demandada de fecha 10 de octubre de 2020.
[43] Escrito del MIDAGRI caratulado “Respuesta a Escrito 17 de la Concesionaria” de fecha 29 de diciembre de 2020.

4.4.1. Efectos de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión ¿violó el Concesionario, directamente o a través de sus funcionarios, la cláusula 9 del Contrato de Concesión? Y, en su caso, ¿cuáles son las consecuencias que se derivan de la violación de esta cláusula?

245. En su Escrito de Contestación de Demanda, la Parte Demandada presenta defensas fundadas en la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, y sostiene:[44]

- Que como consecuencia de la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, la Demandante se encontró en incumplimiento manifiesto del Contrato de Concesión, desde el mismo momento de su firma,[45]
- Que el incumplimiento de la cláusula de no corrupción conlleva la resolución del Contrato de Concesión, sin posibilidad de subsanación,[46]
- Que ello conlleva la aplicación del artículo 1372 del Código Civil que establece que los efectos de la resolución contractual son retroactivos al momento en que se verificó el incumplimiento correspondiente,[47]

> Artículo 1372. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

- Que, como consecuencia de lo anterior, lo que corresponde (como compensación) es que la Demandante proceda a reintegrar al Estado todos los montos que le fueron entregados como pagos bajo el Contrato de Concesión,[48]
- Que Odebrecht reconoció la comisión de los delitos, y que incluso se habrían cometido delitos en este propio contrato,[49]
- Que la Demandante declaró y garantizó al Gobierno Regional que no ha incumplido con cualquier ley … cuyo incumplimiento puede o pudiera

[44] Memorial de Contestación de Demanda de fecha 26 de agosto de 2019.
[45] Memorial de Contestación de Demanda, párrafos 3 y 4. Escrito No. 9 de la Demandada, párrafo 15.
[46] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 6.
[47] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 14.
[48] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 17.
[49] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 18.

someter al Concesionario, o a cualquier de sus respectivos funcionarios, a responsabilidad penal.

- La Demandada pone énfasis en que (en su opinión) no se requiere una determinación definitiva de responsabilidad penal, y que la cláusula afecta tanto al concesionario como a sus funcionarios. Sostiene que la Concesionaria Chavimochic S.A no es otra cosa que un vehículo para la inversión, y que detrás de ésta están sus socios Constructura Norberto Odebrecht SA, Odebrecht Participacoes e Investimientos SA, y Graña y Montero S.A.A.[50]

- La Demandada intenta demostrar la existencia de corrupción en el Contrato de Concesión mismo, y también demostrar el conocimiento de los actos corruptos por los funcionarios del Concesionario. En relación con esto último:

    - Cita a Luiz Mameri de Odebrecht diciendo: Ricardo Boleira asumió el cargo de Superintendente del Perú. Autoricé a Boleira a efectuar un pago indebido por un acuerdo realizado con el Gobernador Regional del Callao, por valor de US$ 4 millones …[51]

    - También vincula a los señores Ricardo Boleira y Renato Ribeiro con actos de corrupción en la obra Vía de Evitamiento en el Cusco.

    - La parte Demandada también argumenta que el Acuerdo de Colaboración suscripto con el Ministerio Público en el Perú tiene carácter de Cosa Juzgada, y que sus conclusiones son definitivas. Asimismo, según la Demandada, ello implicaría a Ricardo Boleira en los actos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú, por actos precedentes a la firma del Contrato de Concesión. Conforme a ese mismo documento la empresa Constructora Norberto Odebrecht reconoce su responsabilidad penal por el pago de sobornos en el Perú.[52]

[50] Memorial de Contestación de Demanda, párrafos 29 a 34.
[51] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 47.
[52] Memorial de Contestación de Demanda, párrafos 70 y siguientes.

246. La Demandada argumenta que ya desde el 20 de febrero de 2017 había notificado a la Demandante que su conducta había sido violatoria del Contrato de Concesión.[53]

247. Desde una perspectiva legal, es decir, en específico con relación al derecho aplicable a este Arbitraje, la Demandada cita una obra del autor chileno Quezada Fuentes la cual discute las consecuencia del incumplimiento de las declaraciones y garantías del contrato, llegando a la conclusión que la violación de esta cláusula conlleva la resolución del contrato.[54]

248. Asimismo, sostiene la Demandada que, como consecuencia de la resolución por incumplimiento a la Cláusula de No Corrupción, la Demandante no tiene derecho a indemnización alguna, o incluso al pago de las prestaciones que hayan podido haber sido ejecutadas.[55]

249. La Parte Demandante sostiene que la Parte Demandada hace una lectura equivocada de la cláusula 9, que la misma no es una cláusula anti-corrupción,[56] alegación que genera, en opinión de la Demandante, una perniciosa interpretación de carácter político que modifica (e incluso adiciona) elementos a la referida cláusula 9.[57] Así, la Parte Demandante dice: En el Memorial de Contestación, el Demandado afirma que la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión estableció la declaración y garantía expresa de que tanto el Demandado como sus respectivos funcionarios y representantes estaban en cumplimiento de las leyes penales peruanas, y que esta situación debía mantenerse durante todo el plazo de ejecución del Contrato de Concesión. Sin embargo, tal afirmación no es correcta, pues ello se puede comprobar con una simple lectura de la cláusula 9.10. Es incontrovertible que la declaración contenida en dicha cláusula es una de Cumplimiento de las Leyes por parte del Concesionario, muy común en este tipo de contratos, y no es propiamente lo que el Concedente llama una "cláusula de corrupción".[58]

250. También la Parte Demandante afirma:

> … Conforme a lo establecido en la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, el cumplimiento de las leyes por parte del Concesionario es para asegurar dos efectos en la Tercera Etapa del Proyecto Chavimochic: (i) evitar tener una responsabilidad penal para el Concesionario o sus funcionarios, y (ii) evitar que exista un evento sustancialmente adverso que afecte el cumplimiento del Contrato por parte del

[53] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 76.
[54] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 119.
[55] Memorial de Contestación de Demanda, párrafo 106.
[56] Memorial de Réplica de la Demandante, párrafo 18.
[57] Memorial de Réplica de la Demandante, párrafo 18.
[58] Memorial de Réplica de la Demandante, párrafos 19 y 20.

Concesionario. Es decir, la cláusula se circunscribe únicamente al cumplimiento por parte del Concesionario del Contrato de Concesión. Por otro lado, sin perjuicio que la resolución del Contrato no puede configurarse al no haber incurrido el Demandante en incumplimiento de la cláusula 9.10 de Cumplimiento de las Leyes, y que tampoco la resolución corresponde ser solicitado en una Contestación de Demanda como "pretensión", resulta importante notar que la cláusula 15 del Contrato de Concesión dispuso que única se producirá una terminación anticipada del Contrato por las causales taxativamente establecidas en la cláusula 15 y por aquellas otras establecidas expresamente en el Contrato. Como vemos no es el caso de la cláusula 9.10 de Cumplimiento de las Leyes. Queda claro que el efecto del incumplimiento de dicha cláusula no es una de terminación anticipada del Contrato de Concesión, según lo establecido por el Concedente y el Concesionario en la cláusula 15.[59]

251. Es opinión del Tribunal que las Partes han presentado muy limitada evidencia para tratar un tema tan importante como el que aquí se presenta, lo cual ha obligado al Tribunal a realizar su propia investigación respecto al régimen legal aplicables a las declaraciones y garantías en el Perú. **No obstante, la Decisión del Tribunal se toma exclusivamente en función de las evidencias y doctrinas presentadas por las Partes, y sólo se agrega la investigación del Tribunal *a posteriori* para confirmar la decisión del Tribunal.**

252. En definitiva, en función de lo que antecede, el Tribunal tiene que determinar qué tipo de cláusula es la cláusula 9.10 del Contrato, interpretar su texto y determinar sus consecuencias conforme al derecho peruano. En relación a ello, la primera determinación que hace el Tribunal es que, dado el contenido de la cláusula y su claro título, la misma es una "Cláusula de Declaraciones y Garantías", y por lo tanto no es una "cláusula anti-corrupción" o "cláusula (de no) corrupción" como la llama la Parte Demandada, así como tampoco es una "cláusula de cumplimiento de la ley por el concesionario"[60] como la denomina la Demandante, sino que como el contrato lo dice, es una cláusula de "Declaraciones y Garantías", con todas las implicancias que una cláusula como tal tiene en el derecho transaccional.

253. El texto de la cláusula 9.10 es el siguiente:

> **CLÁUSULA 9. DECLARACIONES Y GARANTÍAS DEL CONCESIONARIO.** El Concesionario, **individualmente y en representación del Constructor y el**

[59] Memorial de Réplica de la Demandante, párrafos 23 y 24.
[60] Memorial de Réplica de la Demandante de fecha 31 de enero de 2020, párrafo 22.

Operador, según corresponda, **declara y garantiza al Concedente** que las siguientes declaraciones, a la Fecha de Cierre, y después de realizar las operaciones y transacciones contempladas en el presente Contrato, son y serán ciertas, correctas y completas en todo aspecto sustancial:

…

9.10 **Cumplimiento de las leyes**. El Concesionario no ha incumplido con cualquier ley, ordenanza, reglamento, orden, política, lineamiento u otro requerimiento de cualquier Autoridad Gubernamental cuyo incumplimiento puede o pudiera someter al Concesionario, o cualquier de sus respectivos funcionarios, a responsabilidad penal, o que puede o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente Contrato. El Concesionario ha registrado, inscrito o depositado oportunamente, todo informe relevante, documentos y otros materiales que requieran ser registrados, inscritos, depositados de conformidad con cualquier ley, ordenanza, regulación, orden, política, lineamiento u otro requerimiento de cualquier Autoridad Gubernamental, salvo cuando el incumplimiento de mantener dicho registro, inscripción o depósito no sujete al Concesionario, o cualquier de sus funcionarios a responsabilidad penal, ni tenga un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente Contrato.

254. El Tribunal Arbitral cree que existen otras partes de la cláusula 9 cuya consideración es también importante, y por ello, a continuación, cita el texto de estas:

CLÁUSULA 9. DECLARACIONES Y GARANTÍAS DEL CONCESIONARIO. El Concesionario, individualmente y en representación del Constructor y el Operador, según corresponda, declara y garantiza al Concedente que las siguientes declaraciones, a la fecha de cierre, y después de realizar las operaciones y transacciones contempladas en el presente Contrato, son y serán ciertas, correctas y y completas en todo aspecto sustancial:

…

9.2.2 Inexistencia de Conflictos. La suscripción, entrega incumplimiento del presente Contrato por parte del Concesionario y la realización de los actos contemplados en el mismo: (1) no incumplen alguna disposición en

las Leyes Aplicables al Concesionario o a cualquier Inversionista Estratégico, acuerdo social, acuerdos fiduciarios o estatutos del concesionario o de cualquier Inversionista Estratégico, según sean aplicables, o cualquier orden, resolución o decreto de cualquier Autoridad Gubernamental que obligue al Concesionario o a cualquier Inversionista Estratégico; (2) no está en conflicto con, ni se encuentra en incumplimiento de, o constituyen con la debida notificación o el transcurrir del tiempo o ambos un incumplimiento de cualquier obligación contractual del Concesionario o de cualquier Inversionista Estratégico; (3) no resultan en, o requieren la creación o imposición de, cualquier gravamen sustancial sobre cualquiera de las propiedades o activos del Concesionario o del Constructor (no incluyendo los gravámenes que de acuerdo al presente Contrato puedan establecerse); y (4) no requiere aprobación o consentimiento alguno de ninguna persona o entidad, de acuerdo con cualquier obligación contractual del Concesionario.

…

9.4 Litigios y Hechos Adversos: Salvo por lo establecido en el Anexo 9, de acuerdo al legal y saber entender del Concesionario después de haber realizado la debida investigación, no existe sentencia, acción, embargo, reclamación, demanda, juicio, proceso, pleito, investigación gubernamental o arbitraje pendiente que lo afecten en su propiedad y que afecten el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente Contrato. El Concesionario recibido ninguna opinión, informe o asesoría legal que le indique que está, o pudiera estar expuesto, a cualquier responsabilidad o daño que pudiera ser razonablemente esperado y que resulte en un evento sustancialmente adverso a su capacidad para cumplir con el presente Contrato. Sin perjuicio de lo antes indicado, las sentencias, acciones, embargos, reclamaciones, demandas, juicios, procesos, pleitos, investigaciones gubernamentales, arbitrajes, opiniones, informes, asesorías legales o similares, existentes a la Fecha de Cierre o o futuros, que sean adversos al Concesionario, no lo eximen de cumplir con sus obligaciones contraídas conforme al presente Contrato.

…

9.9 Divulgación: Ninguna declaración o garantía del Concesionario contenida en el presente Contrato, o en cualquier otro documento,

certificado o declaración por escrito, proporcionado al Concedente con relación al presente Contrato, contiene o constituye una declaración falsa de algún hecho u omite revelar un hecho cuya revelación es necesaria para realizar declaraciones que no sean engañosas, teniendo en consideración las circunstancias en las cuales fueron hechas. no existe hecho sustancial conocido por parte del Concesionario que haya tenido, tenga o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso en la capacidad del Concesionario para cumplir con el presente Contrato, que no haya sido divulgado en el presente Contrato o en otros documentos, certificados y declaraciones proporcionadas al Concedente.

9.10 Cumplimiento de las leyes: El Concesionario no ha incumplido con cualquier ley, ordenanza, reglamento, orden, política, lineamiento u otro requerimiento de cualquier Autoridad Gubernamental cuyo incumplimiento puede o pudiera someter al Concesionario, o cualquiera de sus respectivos funcionarios, a responsabilidad penal, o que puede o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario o cualquiera de sus respectivos funcionarios, a responsabilidad penal, o que puede o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente Contrato. El Concesionario ha registrado, inscripto o depositados de conformidad con cualquier ley, ordenanza, regulación, orden, política, lineamiento otro requerimiento de cualquier Autoridad Gubernamental, salvo cuando el incumplimiento de mantener dicho registro, inscripción o depósito no sujete al Concesionario, o cualquiera de sus funcionarios a responsabilidad penal, ni tenga un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente Contrato.[61]

255. El Tribunal ha estudiado con detenimiento la cuestión, y ha considerado con cuidado las presentaciones y documentos aportados por las Partes. Así, el Tribunal ha concluido que, como lo señala el mismo Contrato, la cláusula 9 del Contrato es una cláusula de "Representaciones y Garantías" y no una cláusula anti-corrupción, como la califica la

[61] Contrato de Concesión, Cláusula 9, CHD-5.

Demandada, aunque también pudiera entenderse que esta denominación ha sido dada por la Demandada con el único objeto de hacer más ilustrativa su posición.[62]

256. La Demandada fundamenta su interpretación de la cláusula 9 del Contrato de Concesión en la obra de los autores chilenos Quesada Fuentes, Barros Bourie y Rojas Cobarrubias, respectivamente. La Demandada cita a estos autores de la siguiente manera:

> En la compraventa de una empresa, la cláusula de declaraciones y garantías contiene una serie de afirmaciones en que el vendedor da por ciertos, exactos y completos, que son expresiones que suelen utilizarse, los hechos que allí se señalan, todos los cuales representan aspectos relevantes de la cosa vendida.
>
> En el common law se distingue entre lo que son las declaraciones *(representations)* por un lado, y las garantías *(warranties),* por otro. Se dice que las primeras son afirmaciones de hecho que han sido relevantes en la decisión de una de las partes a contratar, mientras que las garantías son las promesas de verdad que una parte hace a la otra, **de manera que, si las afirmaciones no son verdaderas, quien ha afirmado los hechos incumple una obligación y debe indemnizar al acreedor.[63]**

257. Con relación a la obra de Barros Bourie y Rojas Covarrubias, la Demandada cita lo siguiente:

> En caso de incumplimiento, el principal medio de tutela que asiste al acreedor consiste en instar por la ejecución del contrato o la indemnización de perjuicios. **No obstante, las informaciones que el deudor debía revelar y que constituyen el objeto de las garantías contractuales sólo tienen sentido en la medida que hubieran permitido**

[62] Escrito de Contestación de Demanda de fecha 26 de agosto de 2019. "H.1 LA DEMANDANTE HA INCUMPLIDO LA CLÁUSULA DE NO CORRUPCIÓN. 27. Bajo la referida cláusula 9, la Demandante declaró y garantizó al Gobierno Regional que no ha incumplido con cualquier ley (…) cuyo incumplimiento pueda o pudiera someter al Concesionario, o cualquiera de sus respectivos funcionarios, a responsabilidad penal". Asimismo, la Demandada demuestra conocer que aquella que llama "cláusula anticorrupción" es una cláusula de "representaciones y garantías" como lo demuestra el análisis de la obra de Quesada Fuentes que realiza en su escrito de fecha 26 de agosto de 2019. Escrito de Contestación de Demandada de fecha 26 de agosto de 2019.

[63] Quesada Fuentes, Ricardo. Resolución Parcial, Rebaja de Precio e Indemnización de Perjuicios. En Revista de la Universidad de Chile, No. 8, 2015. https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41510/43025. Citado por la Demandada en Escrito 26 de agosto de 2019. (Énfasis Agregado).

> **al acreedor adoptar una decisión de negocios**, esto es, con anterioridad o al menos al tiempo de la celebración del contrato. Entender que las garantías contractuales pueden cumplirse mediante la entrega tardía de informaciones resultaría contrario a los intereses del acreedor cautelado por la regla contractual, lo que conlleva necesariamente la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios con independencia de la acción de ejecución en naturaleza. La ejecución forzada es imposible simplemente debido a la naturaleza de la promesa contractual que envuelve las garantías.

258. Por lo demás, así se ha recogido en la práctica contractual comparada en que se asienta la incorporación de garantías contractuales, donde la obligación que surge para el deudor en caso de incumplimiento de lo prometido no es la de conformar la realidad con la afirmación realizada (como sería el caso de la ejecución forzada) sino mantener indemne al acreedor, resarciendo de las pérdidas que se hayan producido.[64]
259. El Tribunal también ha revisado meticulosamente la posición de la Demandante, examinando las autoridades legales que el Concesionario cita para fundamentar su posición, los libros sobre *"Project Finance"* de los autores Hoffman y Yescombe.[65]
260. El Tribunal concluye que ambos autores citados por la Demandante no sólo no coinciden con ésta, ni dan sustento doctrinario a su posición, sino que, por el contrario, llegan precisamente a conclusiones opuestas a las que sostiene la Concesionaria.
261. El Tribunal Arbitral cita a continuación, la opinión de ambos autores:

> **Representations and Warranties in Credit Agreements and Contracts. Generally**. **§13.01**. Facts are important in any business transaction. In a project financing, however, an understanding of the details of a project is crucial to proper structuring of each of the project contracts and the financing arrangements. Any unverified fact is the potential weakness of a project, for uncertain facts may lead to unpredictable results. In contracts, facts are traditionally memorialized in a section of the contract called the representations and warranties section. **It is here that the contracting**

[64] Barros Bourie, E y Rojas Covarrubias, N. Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales. En Estudio de Derecho Civil, 2009, página 524. Citado por la Demandada en Escrito de fecha 26 de agosto de 2019. (Énfasis Agregado).
[65] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, páginas 83-88, citando a Hoffman, Scott. The Law and Business of International Project Finance, Cambridge University P (CHL-80), y Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60).

parties in a project financing can determine whether the elements necessary to support a project financing exist. Thus, the representation and warranty section of project contracts, including the project loan agreement, serves an important role in the project due diligence process.

Definition. Representations and warranties form the basis of most every business transaction, including a project financing. A representation is a statement by a contracting party to another contracting party about a particular fact that is correct on the date when made. A representation is made about either a past or present fact, never a future fact. Facts required to be true in the future are covenants. A warranty is sometimes confused with a representation, but in practice the two terms are used together, the contracting party being asked to "represent and warrant" certain facts. As an oversimplification, a warranty is a duty created in a contract; a representation induces a party to enter into a contract and can exist even though no valid contract is created. A contractual warranty, therefore, is a guarantee that a given fact will exist as warranted at some future date. **Historically, a breach of a warranty could be enforced as a breach of contract; a misrepresentation could be enforced as a tort**. A breach of warranty occurs when the contracting party fails to maintain compliance with the warranty. To be actionable, a misrepresentation must be an intentional false representation of a material fact, the contracting party must have had knowledge that the fact was false, or the representation must have been made with reckless disregard for accuracy, the contracting party must have been induced into the contract by that fact, and damages must be proximately related to the fact misrepresented. **Traditionally, the remedy for a breach of warranty is damages, although the contract remains binding. In misrepresentation cases, however, the remedy may be damages, or rescission and restitution.** Because some courts blur the distinction between the two, the practice is to require the contracting party to "represent and warrant" the same facts, and to state the untruth of any representation or warranties an event of default under the contract. While there are practical differences between representations and warranties, this approach simplifies drafting and negotiation.[66]

[66] Hoffman, Scott. The Law and Business of International Project Finance, Cambridge University Press (CHL-80), el cual dice " … Tradicionalmente, el remedio por la violación de las Garantías *(Warrantees)* es una reparación en daños, pero el contrato se mantiene en efecto. En el caso de violaciones a la cláusula de declaraciones *(Misrepresentatios)* el remedio será daños, rescisión contractual, o restitución. Dado que algunas Cortes no distinguen entre las dos causales, la práctica es requerir a las Partes de un contrato que Declaren y Garanticen *(Represent and Warrant)* los mismos hechos, y que manifiesten la no veracidad de algunas de las representaciones o que garanticen eventos de default bajo el contrato, esta aproximación simplifica la redacción y negociación" (Traducción del Tribunal Arbitral) (Énfasis Agregado).

262. Antes de citar el texto de Yescombe, la segunda autoridad legal en la que se apoya la Demandante, el Tribunal Arbitral cree necesario hacer algunas apreciaciones con relación al texto anteriormente citado de Scott Hoffman:

- Las declaraciones y garantías son centrales en una relación contractual.
- La violación de las garantías puede resultar en daños, pero la violación de las representaciones puede resultar en daños, restitución o la rescisión del contrato, dependiendo de su gravedad, y de la decisión que tome la contraparte en la relación contractual.

263. La segunda autoridad legal citada por la Demandante es la obra de Yescombe sobre "Principios del Project Finance", quien sostiene:

> **Representations and Warranties. §14.9**. The facts that form the basis of the lenders' provision of the project finance are set out and confirmed in 'representations and warranties' given by the Project Company in the financing documentation. **As these are the basis for the financing, if any of the representations and warranties are later found to be incorrect this will create an Event of Default (cf. §14.12).** In effect, the representations and warranties are a check-list reconfirming the key elements that lenders have reviewed in their due diligence to confirm that they are satisfied with the risks of the financing. Typical representation and warranties provisions in the finance documentation are that the Project Company:
>
> - is duly incorporated and has the power and has taken all necessary corporate actions to undertake the project and the financing;
> - is owned by the Sponsors in the proportions approved by the lenders;
> - has no business, assets, or subsidiaries, nor any contractual obligations, except those relating to the project (all of which have been disclosed to the lenders);
> - has the capacity to enter into the various Project Contracts and other agreements, and that all these are legally valid and in effect, with no defaults outstanding; no event of force majeure has occurred affecting the Project Company or any Project Contracts;
> - has title to its property (N.B.: may not be the case in a PPP) and all right required to construct and operate the project;

- has obtained all licenses and Permits required for the project and these are still valid;
- **is in compliance with the law in all respects** and has paid all taxes due;
- **has not made, nor have the Sponsors nor any other party made, any corrupt payment (this is of particular concern under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act of 1977, and in other countries with similar legislation);**
- is not in breach of any existing agreements;
- is not insolvent, and there is no litigation outstanding or threatened against it;
- has no other debt (unless agreed otherwise as part of the financing plan),
- and the lenders have a valid prior charge over the Project Company's assets through their security arrangements; there are no other security claims on project assets;
- has provided complete and accurate information on the project in an information memorandum (cf. 5.2.8), or by other means. The Project Company should only take responsibility for information that it provides directly, and not, e.g. summaries of the Project Contracts prepared by the lead arranger(s) and their lawyers. (This provision can be a problem if the loan is underwritten by banks who will syndicate it with an information memorandum later; the undertaking may then have to apply to an information memorandum to be issued in the future, which the Project Company has not yet seen: this can be dealt with by giving the Project Company some degree of control over the parts of the information memorandum for which it is takes responsibility).
- has provided complete and accurate financial statements, and no significant changes have occurred since the date of the statements;
- has prepared budgets and projections in good faith using reasonable assumptions;

- believes that Project Completion will take place by the agreed date.[67]

Insofar as any of these statements are not correct when the representation is to be made, or the Project Company cannot fully subscribe to them, it must notify the lenders accordingly, and the latter may decide to waive the requirement temporarily or permanently (cf. 14.13). If requirements are to be fulfilled later (e.g. obtaining an operating permit), this may be covered in the covenants (cf. 14.10). For its own protection, the Project Company may wish to exclude responsibility for immaterial errors in its representations and warranties (e.g. if a parking ticket for the plant managers car has not been paid, does this mean the Project Company is not in compliance with the law?). **However, lenders are unlikely to accept any significant watering down of their requirement for the Project Company to take full responsibility for the basis behind the financing. The Sponsors themselves may also be required to provide similar representations and warranties directly to the lenders**; if so, the debt becomes a limited recourse loan, in the sense that the Sponsors may be liable for a loss suffered by the lenders relying on a representation that is not correct. The Sponsors should therefore ensure that their liability in this respect relates only to things under their direct control (e.g. their ownership of the Project Company). These representations and warranties are made on signing of the financing documentation and are usually deemed to be repeated at Financial Close; they may also be deemed to be repeated when each drawing is made, and on each interest payment or loan repayment date.[68]

264. En definitiva, Yescombe sostiene los siguientes principios:

---

[67] Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60), páginas 388-390**.** "Los hechos que forman la base del Project Finance para el prestamista están confirmadas en la sección de Declaraciones y Garantías que da la compañía que toma el Project Finance en la documentación de la financiación. Si estas declaraciones y garantías resultan posteriormente ser falsas darán lugar a una situación de default". "Entre esas Declaraciones y Garantías, se encuentran … (7) … que se encuentra en cumplimiento de la legislación en todo respecto, (8) … que no ha hecho, ni que tampoco fue hecho por los Sponsor o ninguna otra parte, un pago corrupto (esto es específicamente preocupante bajo la Ley sobre Corrupción Internacional de los Estados Unidos (the U.S. Foreign Corrupt Practices Act of 1977) u otra legislación del mismo tipo en otros países" (Traducción del Tribunal Arbitral) (Énfasis Agregado).

[68] Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60**),** página 390**.** Con relación a la posibilidad de limitar la responsabilidad por las Declaraciones y Garantías, el autor dice, luego de citar un ejemplo muy parecido al que la Demandante escribió en su Primer Escrito Post-Audiencia: "Sin embargo, los prestamistas muy difícilmente aceptaran reducir al tomador las garantías para hacerlo asumir total responsabilidad en la financiación". (Traducción del Tribunal Arbitral) (Énfasis Agregado).

- Las Declaraciones y Garantías son la base del contrato de financiamiento,[69]
- Si una de las Declaraciones y Garantías resultase incorrecta podría constituir un hecho de default,[70]
- Entre las Declaraciones y Garantías se encuentran el cumplimiento de la ley y la inexistencia de actos de corrupción, no sólo del vehículo del *Project Finance* sino también por parte de los *Sponsors*, en los términos de la FCPA de los Estados Unidos y otras normas similares en otros países,[71]
- Es posible establecer limitaciones a las Declaraciones y Garantías, limitándolas al conocimiento que se pueda tener del hecho, y no al hecho mismo, aunque los prestamistas generalmente rechazan cualquier flexibilización en las garantías. Asimismo, las flexibilizaciones están limitadas a las situaciones en que la contraparte contractual pueda verificar en los hechos la veracidad de las Declaraciones y Garantías.[72]

265. Las Demandantes usan las obras de Hoffman y Yescombe para argumentar las siguientes cuestiones:

- La cláusula 9.10 es una de tipo declarativo, es decir, que hace constar una situación previamente existente, más ésta no tiene carácter constitutivo (no otorga derechos o atribuye obligaciones alguna de las Partes), [73]
- La cláusula 9.10 es una cláusula típica MAC de limitaciones de materialidad y conocimientos en las Declaraciones y Garantías,[74]
- El cumplimiento con la ley es una cláusula estándar entre las Declaraciones y Garantías,[75]
- Establecer una obligación para el Concesionario de no hacer, esto es que el Concesionario no incumpla leyes que puedan llevarlo a responsabilidad penal

[69] Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60), página 389.
[70] Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60), página 389.
[71] Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60), página 390.
[72] Yescombe, E.R. Principles of Project Finance, Elsevier Science (CHL-60), página 390.
[73] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 232.
[74] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 235.
[75] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 239.

a él o a sus funcionarios y/o afectar la capacidad de cumplir el Contrato de Concesión,[76]

- La responsabilidad es del Concesionario, y no de sus funcionarios actuando en forma personal o como funcionarios de otra empresa con personalidad jurídica distinta, es la que se debe tener en cuenta para la aplicación de la cláusula,[77]
- Si no se ha previsto expresamente que la violación de las Declaraciones y Garantías podría poner fin al contrato, no puede llevar a esta consecuencia.[78]

266. Sin embargo, como se ha visto anteriormente, las secciones fundamentales de las obras de Hoffman y Yescombe, autoridades legales en la que la Demandante funda su posición respecto a la interpretación de la cláusula 9.10, llegan a conclusiones totalmente distintas, y de hecho opuestas, a aquellas que las Demandantes predican. Algunos ejemplos con relación a estas incorrectas caracterizaciones son las siguientes:

Hoffman y Yescombe nunca dicen que la cláusula de Declaraciones y Garantías tiene efecto declarativo y no constitutivo. Muy por el contrario, Yescombe sostiene – como se señaló más arriba – que las declaraciones y garantías son centrales en una relación contractual, y que la violación de las declaraciones y garantías pueden resultar en daños, restitución o la rescisión del contrato, dependiendo de su gravedad, y de la decisión que tome la contraparte en la relación contractual.

Hoffman y Yescombe tampoco dicen, ni puede atribuírseles la idea, que la cláusula que existe en el Contrato de Concesión es una cláusula MAC. Al menos la primera parte de la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión es una declaración expresa de que "el concesionario no ha incumplido con cualquier ley, ordenanza, reglamento, orden, política, lineamiento u otro requerimiento de cualquier Autoridad Gubernamental cuyo incumplimiento puede o pudiera someter al Concesionario, o cualquiera de sus respectivos funcionarios a responsabilidad penal, o que puede o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente contrato."

267. En definitiva, ambos autores coinciden que sí una de las Declaraciones y Garantía resultase en futuro incorrecta, podría constituir un hecho de *default* y terminación del Contrato. Lo cual lleva a concluir que las dos únicas autoridades legales con las cuales la

[76] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 241.
[77] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 242.
[78] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 246.

Demandante fundamentó su caso no sólo no apoyan el caso que ésta presenta, sino que, por el contrario, los autores Hoffman y Yescombe llegan a conclusiones diametralmente opuestos a las que llega la Demandante.

268. El Tribunal podría aquí concluir aquí su investigación, habiendo llegado ya a una conclusión en función de las autoridades legales introducidas por las Partes, lo cual lo lleva a concluir a favor de la parte Demandada, entendiendo que la violación de las "Declaraciones y Garantías" contenidas en la cláusula 9 conllevaría a la rescisión del contrato, si se demostrara que existieron declaraciones falsas, que esas declaraciones falsas pueden ser atribuidas al Concesionario y/o sus funcionarios y que las mismas pueden tener un efecto adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente Contrato. Sin embargo, el Tribunal cree que es necesario realizar un análisis adicional para confirmar las conclusiones alcanzadas.

269. El Tribunal debe comenzar diciendo que todas las autoridades legales, tanto las citadas por las Partes como aquellas que el Tribunal ha consultado posteriormente, son concluyentes en decir que las "cláusulas de declaraciones y garantías" son propias del derecho anglosajón, y que ha sido la práctica de los negocios la que las ha incorporado en la práctica transaccional y contractual en Latinoamérica y en el Perú, a pesar de que éstas son ajenas al Derecho Continental y que sus consecuencias no estén directamente reguladas en el ordenamiento civil y comercial de los países latinoamericanos y del Perú:

> "Una crítica que comúnmente se hace al legislador peruano es que importa figuras jurídicas de ordenamiento extranjeros, sin haber hecho previamente un análisis a profundidad sobre cómo esta importación se relaciona con las normas vigentes en el país, y si es que, más allá de haber sido utilizada en el exterior, es conveniente para el Perú. Si bien esta crítica es completamente válida, pues existe una gran cantidad de ejemplos en los cuales nuestro Código Civil incorpora técnicas legislativas de Italia, Alemania, Francia o España, sin sistematización alguna y a veces en contradicción entre ellas, lo cierto es que el legislador no es el único culpable de cometer este error.
>
> En la práctica contractual peruana, sin que haya intervenido ningún congresista o funcionario público en el medio, desde hace ya algunas décadas, los abogados venimos incorporando irreflexivamente una figura traída directamente del derecho anglosajón. Esta importación, a pesar de que ha sido positiva para el tráfico comercial y para la integración con empresas extranjeras, no ha venido acompañada de una reflexión teórica a profundidad sobre la naturaleza de la figura importada, o su relación con las normas y conceptos aplicables al derecho civil peruano. Me refiero, por supuesto, a la

> inclusión de los contratos de las llamadas "declaraciones y garantías" del derecho anglosajón, una práctica por medio de la cual una de las partes enuncia a favor de la otra una serie de afirmaciones en relación con la transacción que se está celebrando. A modo de ejemplo, en el caso de una compraventa de una empresa, la parte vendedora podría "declarar y garantizar" una serie de hecho sobre la compañía que está vendiendo, tales como "la compañía no cuenta con ningún litigio vigente" o "no existen procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra la compañía".[79]

270. Es notorio también que quienes han estudiado la cuestión en profundidad en Latinoamérica refieren a un trabajo seminal de Enrique Barrios Bourie y Nicolás Rojas Covarrubias, el cual fue citado por la Demandada en su Memorial de Contestación de Demanda, y en el cual los autores intentan explicar la naturaleza jurídica de las "declaraciones y garantías", partiendo precisamente de la incertidumbre que su incorporación crea en las relaciones jurídicas como consecuencia de ser una figura jurídica importada de una tradición jurídica diferente.[80]

271. Estos autores distinguen entre las declaraciones pre-contractuales y las declaraciones contractuales contenidas en una cláusula de "declaraciones y garantías". Citando a IHERING dicen:

> "Al menos desde que IHERING formuló una doctrina comprensiva de la *culpa in contrahendo,* la doctrina civil se ha ocupado intensamente de los dos temas relevantes que surgen en esta etapa. Ante todo, se plantea la pregunta por los deberes positivos de información que las partes tienen durante esta etapa precontractual; tarea que supone un delicado y bien razonado equilibrio entre el principio *caveat emptor*, que impone a cada parte la carga de cuidar por sus propios intereses, por una parte, con los

---

[79] Piazza, Walter. LA IMPORTANCIA DE FIGURAS CONTRACTUALES: SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS EN EL DERECHO PERUANO, Enfoque de Derecho, 29 de mayo de 2015. Ver https://www.enfoquederecho.com/2015/05/29/la-importacion-de-figuras-contractuales-sobre-la-naturaleza-juridica-de-las-declaraciones-y-garantias-en-el-derecho-peruano-2. Ver también Martin Platte y Yoana Schuch, quienes específicamente sostienen que las "Declaraciones y Garantías" originaron en el derecho del *Common Law* y así llegaron también al *Civil Law.* Platte, Martin y Schuch, Yoana. REPRESENTATIONS AND WARRANTIES IN CIVIL LAW JURISDICTIONS, Publicación de la Corte de Arbitraje Internacional de Viena (Austria), 2015 https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-viac-vol1-0078?q=representations.

[80] Quezada Fuentes, Ricardo. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR INFRACCIÓN A LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS: RESOLUCIÓN PARCIAL, REBAJA DE PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41510. Ver también Avendaño Sánchez, Efrén y Estela Montes, Diego. APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE DECLARACIONES Y GARANTÍAS Y DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES. https://repository.javeriana.edu.co /handle/10554/38962.

deberes no escritos de lealtad que se tienen durante la negociación, por la otra. … (E)stas situaciones pueden ser calificadas a la luz de los deberes más concretos de lealtad que una parte debe en tales circunstancias a la contraparte, que se expresan en el concepto normativo e indeterminado de buena fe.

Además de los deberes positivos de información, surge la pregunta por la responsabilidad que puede surgir para la parte que durante la negociación hace a la otra una declaración que resulta ser falsa acerca de la cosa o sobre sus intenciones. Se trata de un amplio ámbito de cuestiones que conviene formular con claridad a efectos de no confundir los caminos.

Declaraciones Contractuales. Los contratos negociados incluyen usualmente declaraciones de la parte que ejecuta una prestación diferente al pago de una suma de dinero. Se trata de una técnica contractual anglosajona que se ha generalizado en contratos de compraventa de instalaciones industriales o comerciales, de inventarios de materias primas o productos terminados y, en especial, en enajenaciones de empresas, sea que se vendan derechos o acciones en una sociedad o se transfiera un establecimiento de comercio. En tales casos, el vendedor suele hacer afirmaciones acerca de la calidad y origen de la cosa vendida, los pasivos de la empresa y las materias más diversas. No sólo hechos pueden ser objeto de declaraciones, también pueden serlo cuestiones de derecho …

Estas declaraciones se tienen por *incorporadas* al contrato, esto es, son elementos de la convención, en oposición a los antecedentes tenidos en consideración durante la negociación de la misma. En este sentido, mientras que los deberes precontractuales de información son impuestos por el *derecho* a las partes que negocian, las declaraciones contractuales tienen un origen *convencional* (tales o cuales declaraciones forman parte del acuerdo contractual): los deberes generales de información devienen en una declaración de una parte que se hace responsable de su veracidad. Además, mientras la corrección de las declaraciones o documentos entregados en la fase precontractual es objeto de deberes de cuidado que pueden afectar la validez del contrato (por error o por dolo) o dar lugar a responsabilidad típicamente extracontractual, las declaraciones contractuales entendidas como garantías de verdad dan lugar a

obligaciones contractuales, esto es, forman parte de la relación obligatoria ya constituida."[81]

272. Ricardo Quezada Fuentes parecería también coincidir con estas consecuencias cuando dice:

> "En el *common law* se distingue entre lo que son las *declaraciones (representations),* por un lado, y las garantías *(warranties),* por otro. Se dice que las primeras son afirmaciones de hecho que han sido relevantes en la decisión de una de las partes a contratar; mientras que las garantías son las *promesas de verdad* que una parte hace a la otra, de manera que, si las afirmaciones no son verdaderas, quien ha afirmado los hechos incumple una obligación y debe indemnizar al acreedor. La importancia de la distinción radicaría en que, para solicitar indemnización de perjuicios por infracción de una garantía, el acreedor no tiene que creer o haber podido creer que la afirmación era verdadera, a diferencia de lo que ocurriría con las declaraciones no garantizadas." [82]

273. El Derecho Anglosajón, así como su recepción por el Derecho Continental, distinguen entre Declaraciones, por un lado, y garantías por el otro:

> Así, el Black Law Dictionary en relación con el concepto de "Representations and Warranties", dice:
>
> Representation: any conduct capable of being turn into a statement of fact. Scandred v. Greenhouse 244 Wis. 108,11 N.W.2d 501,502. Statement of fact made to induce another to enter into a contract. As element of actionable fraud includes deeds, acts or artifices calculated to mislead another, as well as words or positive assertions. Kistner v. Jakobe, MO App. 446 SW 2d. 188, 193.
>
> Contracts. Statement express or implied made by one of the two contracting parties to the other before or at the time of making the contract, in regard to some past or existing fact, circumstance, or state of

[81] Barros Bourie, Enrique y Rojas Covarrubias, Nicolás. RESPONSABILIDAD POR DECLARACIONES Y GARANTÍAS CONTRACTUALES. Jornadas de Derecho Civil, Santiago de Chile, Chile, 2009.
[82] Quezada Fuentes, Ricardo. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR INFRACCIÓN A LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS: RESOLUCIÓN PARCIAL, REBAJA DE PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41510.

fact pertinent to the contract, which is influential in bringing about the agreement.

Representations and warranties in business contracts provide facts (representations) and security against loss (warranties) if the statements made are not true. Representations and warranties may also be shortened to "represents and warrants" in a contract. If the representation in the contract is found to be false, it is called "inaccurate," while a false warranty is considered breached. Representations always refer to past information, as it is impossible for a company or individual to present future information as factual.

Representations and warranties are commonly used in acquisition, joint venture, publishing, employment, and loan contracts. In a loan contract, the borrower involved in a financial transaction will provide representations and warranties to the lender as a way to convince the lender to issue a loan. But if the borrower's representation is no longer true, the lender can enforce the penalties spelled out in the contract.

The three main purposes of representations and warranties are:

- To allow the buyer to gather information, learn as much as possible about the seller (or other company involved in the transaction), and make an informed decision,
- To support both involved parties by spelling out the framework for the penalties and course of action if the contract issuer's representations are found to be false,
- To protect the buyer and give him/her options to cancel or re-negotiate the contract terms before or after signing.

…

Why are Representations and Warranties Important? …

One of the utmost essential differences between Representations and Warranties, is the remedies available to the parties in case of a breach. In case of a breach of warranty, the non-breaching party has the right to claim damages in accordance with the principle of restitution. On the other hand, a breach of representation (misrepresentation) gives the innocent party a right to terminate the contract and also claim damages on the basis of the principle of restitution. Furthermore, the amount of

damages one can claim also varies significantly in a claim of misrepresentation vis-a-vis breach of warranty as the principle of remoteness of damage and the relevant date from which damage is assessed, operate differently under both the concepts.[83]

274. Esta interpretación también ha sido seguida por otros Tribunales, incluidos – como se sostuvo anteriormente – tribunales arbitrales:

- En Cardno International PTY, Ltd. Et Al v. Merino Et Al (Laudo Final) de fecha 26 de octubre de 2017, el Tribunal Arbitral sostuvo:

  "When the fraud in the contract goes to the heart of the consideration for the contract, then rescission is an appropriate remedy. *Steak House, Inc. v. Barnett*, 65 So. 2d 736, 738 (Fla. 1953). That is what happened here, where Respondents' bribery scheme goes to the heart of the representations and warranties of the SPA. Accordingly, the Tribunal finds that rescission is appropriate."[84]

- También en United Sadat Transportation and Logistics Company v. Vanquish Worldwide LLC, ICC Case No. 19920/AGF/RD, Decisión del 11 de junio de 2014, el Tribunal sostuvo:

  "The Tribunal further finds that USC reasonably believed that these representations were true, and relied on them by continuing to perform under the Subcontract. Vanquish took advantage of USC and duped it into performing a difficult and dangerous job with no intention of paying USC as the parties had agreed. Vanquish retained millions of dollars in USG payments that it admits are owed to USC, while USC has had to sell off assets to pay its drivers and stay afloat. (*See, e.g.*, Sayed Moein Sadat ¶¶ 66-68.) The Tribunal finds that, on the evidence submitted, USC has made out its claim against Vanquish for fraud."[85]
- En otro arbitraje, un Tribunal Arbitral CCI, resolviendo bajo ley de Portugal en el caso CCI-FA-2020 también concluyó respecto a "Declaraciones y Garantías"

[83] Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Company, Minnesota 1979, página 1169.
[84] https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-aim-awards2019-388-n?q=representation%2Fwarranty.
[85] https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-aim-awards2019-243-n?q=representation%2Fwarranty.

> "The arbitrators then examined whether Claimants had breached the warranties and representations they had made in the SPA and the Closing Memorandum. They concluded that Claimants could not have represented, as they did, that there were no events or circumstances which could have had a Material Adverse Effect on the business of Blue Company, as defined in the SPA. Claimants – explained the arbitrators – knew at the time of signing the SPA and by Closing Date that Blue Company had been excluded from the Framework Agreement and thus from contracts with public entities. This could be deemed a Material Adverse Effect."[86]

275. Los comentaristas y doctrinarios en derecho latinoamericano, así como de derecho peruano, también coinciden respecto a las diferencias entre Declaraciones, por un lado, y Garantías, por el otro, así como a las consecuencias que de ellas se derivan:

- Quezada Fuentes sostiene:

> "Infringidas las declaraciones y garantías, el comprador podría alegar que se representó falsamente la realidad, y la estipulación serviría para calificar si el error recayó sobre una calidad esencial de la cosa, o a lo menos una calidad accidental determinante, siendo esto conocido por la otra parte. Si el error no fue espontáneo, sino que, inducido por el vendedor, podría configurarse el dolo como vicio del consentimiento. En ambos casos el comprador podría pedir la nulidad relativa del contrato; además podría pedir una indemnización de perjuicios sobre la base de que el efecto propio de la nulidad, de acuerdo con el artículo 1687, es que las partes sean restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato, lo que no ocurriría sin reparación de daños."[87]

- Barros Bourie y Rojas Covarrubias (citados por Quezada Fuentes) dicen:

> "Los profesores Barros y Rojas estiman que la infracción de las declaraciones y garantías permitiría al comprador optar entre demandar indemnización de perjuicios en forma autónoma o la resolución total del contrato con indemnización de perjuicios. De esta forma señalan: *En caso de incumplimiento, el principal medio de tutela que asiste al acreedor*

[86] https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icca-yb-xlv-502-n?q=representations. Caso CCI-FA- 2020.

[87] Quezada Fuentes, Ricardo. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR INFRACCIÓN A LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS: RESOLUCIÓN PARCIAL, REBAJA DE PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41510, página 19.

consiste en instar por la ejecución del contrato a la indemnización de perjuicios. No obstante, las informaciones que el deudor debía revelar y que constituyen el objeto de las garantías contractuales sólo tienen sentido en la medida que hubieran permitido al acreedor adoptar una decisión de negocios, esto es, con anterioridad o al menos al tiempo de la celebración del contrato. Entender que las garantías contractuales pueden cumplirse mediante la entrega tardía de informaciones resultaría contrario a los intereses del acreedor cautelado por la regla contractual, lo que conlleva necesariamente la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios con independencia de la acción de ejecución en naturaleza. La ejecución forzada es imposible simplemente en razón de la naturaleza de la promesa contractual que envuelven las garantías".[88]

- Piazza, escribiendo precisamente sobre este tema en el derecho peruano, también coincide con este razonamiento:

"Antes de analizar cuál es la naturaleza jurídica de estas declaraciones y las consecuencias que podrían generar por incluirlas en los contratos sujetos a la ley peruana, es relevante entender cómo se regulan y entienden estos conceptos en su lugar de origen. En tal sentido, los términos "declaraciones" o "representaciones" son traducciones de las llamadas *representations* del derecho anglosajón. En esta tradición jurídica, las *representations* son consideradas como afirmaciones de hecho o derecho por medio de las cuales una de las partes induce a la otra a la celebración del contrato. Por tanto, las *representations* pueden ocurrir antes de la celebración o acuerdo o pueden ser incorporadas en el propio texto contractual.

Por otro lado, los términos "garantías" o "aseveraciones" son traducciones de las llamadas *warranties* del derecho anglosajón. Las *warranties* son también afirmaciones de hecho o derecho que una parte realiza a favor de la otra, pero se diferencian fundamentalmente de las *representations* en que estas no inducen a la otra parte a celebrar el contrato. En cambio, *warranties* solo garantizan la veracidad de determinadas condiciones existentes en ese momento y hacen responsable a la parte que realiza las

[88] Quezada Fuentes, Ricardo. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR INFRACCIÓN A LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS: RESOLUCIÓN PARCIAL, REBAJA DE PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. https://revistas.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41510, página 19.

> afirmaciones por la falsedad de las mismas … En tal sentido, la diferencia esencial entre las *representations* y las *warranties* en el derecho anglosajón es que las primeras determinan la voluntad del sujeto de celebrar el acto, lo inducen a él, mientras que las segundas son tan solo garantías de una situación de hecho existente al momento del acuerdo. Por un lado, cuando una *representation* es falsa, se entiende que existe una suerte de vicio de la voluntad, mientras que la falsedad de una warranty se entiende que configura un incumplimiento contractual *[breach of contract].* Esta distinción es fundamental en el derecho anglosajón puesto que influencia los remedios a los que las partes pueden recurrir en uno u otro caso.

276. En definitiva, el Tribunal Arbitral no ha encontrado decisión alguna, sea ésta judicial o arbitral, o comentario doctrinario alguno que establezca que una cláusula de "Declaraciones y Garantías" es una cláusula meramente declarativa sin consecuencias materiales, como sostiene la Demandante.[89]

277. Por el contrario, todas las fuentes consultadas, inclusive las obras doctrinarias presentadas por la misma Demandante conducen a otra conclusión muy distinta: las declaraciones falsas *(misrepresentations)* conllevan sanciones que pueden ser de daños, restitución y, en algunas situaciones, la rescisión del contrato, dependiendo de la gravedad de la representación y del remedio solicitado. En algunos casos, especialmente en los que haya habido fraude o dolo, o aquellos en los que la *misrepresentations* afecte consideraciones fundamentales que la parte afectada tuvo en cuenta al momento de contratar, puede conllevar la resolución del contrato y al pago de una indemnización en daños.[90]

278. La Demandada claramente presentó esta defensa y correctamente citó los trabajos de Barros Bourie, Rojas Covarrubias y Quezada, solicitando la resolución del Contrato de Concesión por el incumplimiento de la cláusula 9.10.[91] Lamentablemente, en su Escrito de Réplica de Demanda, las Demandantes nunca responden la interpretación realizada por la Demandada respecto a las consecuencias de las violaciones de las "declaraciones y

---

[89] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 232.

[90] Piazza, Walter. LA IMPORTANCIA DE FIGURAS CONTRACTUALES: SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS EN EL DERECHO PERUANO, Enfoque de Derecho, 29 de mayo de 2015. Ver https://www.enfoquederecho.com/2015/05/29/la-importacion-de-figuras-contractuales-sobre-la-naturaleza-juridica-de-las-declaraciones-y-garantias-en-el-derecho-peruano-2 Quezada Fuentes, Ricardo. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR INFRACCIÓN A LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS: RESOLUCIÓN PARCIAL, REBAJA DE PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. https://revistas.uchile. cl/index.php/RDEP/article/view/41510, página 19.

[91] Escrito de Contestación de Demanda de fecha 26 de agosto de 2019, páginas 40 y 41.

garantías" en la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión , ni tampoco ofrecen una interpretación distinta de los textos legales presentados por la Demandada.

279. La estrategia adoptada por la Demandante ha sido argumentar que la Demandada estaba politizando la disputa (al hacer referencia a los hechos ilícitos de Odebrecht y calificar a la cláusula 9.10 como una cláusula anticorrupción), sostener que la Demandada no había contestado argumentos fundamentales (tales como la falta de cumplimiento del ECP y que el Concesionario no se encontraba obligado a realizar el Cierre Financiero del Contrato como consecuencia del incumplimiento previo de la Demandada, por lo cual se encontraba precluido de hacerlo en próximas instancias), argumentar la inexistencia de corrupción en el Contrato de Concesión mismo, y sostener la necesidad de realizar una interpretación sistemática del contrato, así como argumentar la imposibilidad jurídica de resolución del Contrato de Concesión por una causal existente al momento de su celebración.[92]

280. Mientras que el Tribunal se ocupará del incumplimiento del ECP separadamente, antes de pasar a las consecuencias y circunstancias específicas relativas a la aplicación del artículo 9.10 del Contrato de Concesión, dedicará consideraciones a las defensas antes esgrimidas por la Demandante y porque, en opinión del Tribunal Arbitral, éstas no son suficientes para responder y vencer las implicancias de la cláusula 9 del Contrato de Concesión:

- Para comenzar, la Demandante en ningún momento responde específicamente a la doctrina presentada por la Demandada respecto a los efectos de las cláusulas de "declaraciones y garantías", específicamente a las obras de Quezada Fuentes y Barros Bourie, casi ignorando esta cuestión, aunque consciente estaba que la rescisión del contrato por la cláusula 9.10 era el argumento principal del Estado.[93] No hay una sola mención a estos autores, o a cualquiera otro/s que analicen la cuestión de las cláusulas de "declaraciones y garantías" y a sus efectos en el derecho peruano o en el sistema civil continental, ni a ningún fallo judicial o laudo arbitral que haya analizado la cuestión, ofreciendo una opinión diferente. Aún más, como se

[92] Escrito de Réplica de la Demandante de fecha 8 de agosto de 2020, páginas 2, 3, 7, 8, 24, 25 y siguientes, 32 y siguientes, entre otras.

[93] Dice específicamente la Demandante en el Escrito de Réplica "como ya se ha mencionado, el Demandado, en lugar de exponer su posición sobre los hechos propios de la demanda y su manifiesto incumplimiento en la ECP para el inicio de la ejecución, sostiene que el Contrato de Concesión debería ser resuelto desde el momento de su suscripción." Escrito de Réplica de la Demandante de fecha 8 de agosto de 2020, párrafo 108. Aún más, el Tribunal entiende que cuando la Demandante argumenta en los párrafos 82 y siguientes que el Contrato debe ser interpretado sistemáticamente, en realidad está solicitando que la cláusula 9.10 y sus efectos sean exceptuados en el entendido que el contrato es un sólo y que al no haberse específicamente previsto la caducidad para la cláusula 9.10 tal sanción no debería aplicarse, aceptando implícitamente que una interpretación individual de la cláusula llevaría necesariamente a la rescisión del contrato.

dijo anteriormente, cuando uno analiza los autores citados por las Demandantes (Hoffman y Yescombe) en forma completa, es decir, más allá de los pocos párrafos transcriptos por la Demandante en el expediente, uno se encuentra que estos autores coinciden con la Demandada, no con la Demandante.

- La interpretación sistemática argumentada por el Demandante no puede ser tal que quite todo efecto a la cláusula 9, en general, y en específico a la cláusula 9.10. La doctrina y la jurisprudencia claramente establecen que (a) existe desconcierto con este tipo de cláusulas que no se corresponden totalmente con el sistema jurídico peruano, (2) pero que, las cláusulas son perfectamente compatibles con el sistema jurídico peruano porque están dentro de las facultades de las partes al contratar,[94] (3) y que la sanción que conllevan es la terminación del contrato o daños y perjuicios, o ambas, dependiendo si la "declaración" violada hace al corazón del contrato.

- Walter Piazza, quien analiza las consecuencias de las "declaraciones y garantías" en el derecho peruano, sostiene que la sanción para las "declaraciones falsas" están contempladas en el artículo 210 del Código Civil peruano.[95] Y la obra "*el Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*", citada por la misma Demandante, define la conducta contemplada en esta norma como la acción u omisión tendiente a hacer creer a otra persona algo que no se ajusta a la realidad, e inducirlo a entrar en un negocio jurídico como consecuencia de esa acción u omisión,[96] que es justamente lo que aquí ha ocurrido. Difícilmente puede haber sido la voluntad del Estado contratar con un consorcio de empresas que habían incurrido en ilegalidades manifiestas en el Perú. Es opinión del Tribunal que, de haber conocido el Concedente estos hechos, el Contrato entre las Partes objeto de este Arbitraje simplemente no hubiera tenido lugar.

---

[94] Así, el artículo 1356 del Código Civil peruano establece "la primacía de la voluntad de contratantes estableciendo específicamente que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

[95] Piazza, Walter. LA IMPORTANCIA DE FIGURAS CONTRACTUALES: SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS EN EL DERECHO PERUANO, Enfoque de Derecho, 29 de mayo de 2015. Ver https://www.enfoquederecho.com/2015/05/29/la-importacion-de-figuras-contractuales-sobre-la-naturaleza-juridica-de-las-declaraciones-y-garantias-en-el-derecho-peruano-2

[96] Guillermo Lohmann Luca de Tena, Comentario al Artículo 210 (y otros) del Código Civil peruano. En "EL CÓDIGO CIVIL COMENTADO POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTA", Tomo I, Gaceta Jurídica, página 868.

281. Como se concluyó anteriormente, las probanzas del caso bajo análisis conducen inexorablemente a la conclusión que el Contrato debe ser resuelto como consecuencia de los siguientes hechos:

- El Concesionario (Concesionaria Chavimochic) es una empresa conformada por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. (40,165,196 acciones ordinarias) Odebrecht Participacoes e Investimentos S.A. (107,441,899 acciones ordinarias) el cual es el accionista controlante, y la empresa Graña Montero (53,218,884 acciones ordinarias).[97] Es el entendimiento del Tribunal que la Concesionaria Chavimochic también sería la operadora del Proyecto, cuando éste entrase en operación.
- El 21 de diciembre de 2016 se publicó un documento del Departamento de Estado de Justicia de los Estados Unidos que revelaba que la constructora brasileña Odebrecht, había realizado durante los últimos 20 años, en forma sistemática, pagos a funcionarios de países en Latinoamérica y en el Caribe, entre ellos el Perú, para ganar licitaciones de obras públicas,[98]
- El contrato objeto del presente arbitraje fue firmado en el mes de mayo de 2014 por el Sr. Ricardo Boleira, en nombre de Odebrecht.[99] Ricardo Boleira, quien fuera el superintendente de la empresa Odebrecht en el Perú, y quien sucediera en el cargo a Jorge Barata, tenía pleno conocimiento de los hechos de corrupción, al punto que fue uno de los arrepentidos que entró en un Acuerdo de Colaboración con la justicia del Perú,[100]
- Los actos de corrupción que se imputan (y que en muchos casos han sido confesados y han pasado en carácter de cosa juzgada), se retrotraen inclusive a tiempos de la presidencia de Alejandro Toledo (2001-2006), es decir, que en mucho anteceden a la firma del Contrato de Concesión, y cuya existencia fue

[97] Memorial de Demanda de la Demandante, párrafo 31.

[98] La Corrupción de Odebrecht en el Perú, Semana Económica, 10 de junio de 2017. Ver https://web.archive.org/web/20180402182121/http://semanaeconomica.com/tema/la-corrupcion-de-odebrecht-en-el-peru/

[99] Aunque, en opinión del Tribunal Arbitral, no hay evidencia convincente que corrupción haya existido en el caso del Proyecto Público objeto del presente Arbitraje, existe información en este expediente y medios de acceso público que hacen referencia a la posibilidad de que también podría haber existido corrupción en este caso. Ver https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht_en_Perú#Interrogatorios_a_Barata_y_Boleira_ (agosto_de_2019). Por otro lado, la Demandante niega que haya existido este tipo de prácticas en el presente contrato, y si tal evidencia hubiera existido la Demandada no la ha presentado.

[100] Ver https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht_en_Perú#Interrogatorios_a_Barata_y_Boleira_ (agosto_de_2019) El Tribunal desconoce la extensión de las declaraciones de los señores Barata y Boleira, y si ellas involucran hechos relacionados con este contrato, lo cual haría aún más graves las consecuencias de estos hechos. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente y se repite aquí para evitar cualquier duda al respecto, el sólo conocimiento de los hechos ilícitos en la forma orquestada por la empresa Odebrecht, actividades respecto a las cuáles ellos fueron ejecutores, hacen que estos hechos sean de interés para el Tribunal cuando éste tiene que juzgar la aplicación de la cláusula 9 del Contrato de Concesión, especialmente la cláusula 9.10 del mismo.

objeto de la colaboración eficaz Ricardo Boleira,[101] quien firmó el Contrato de Concesión en nombre del Concesionario.[102]

282. Como se ha referido más arriba, la cláusula 9.10 del Contrato de Concesión establece:

> **"el concesionario no ha incumplido con cualquier ley, ordenanza, reglamento, orden, política, lineamiento u otro requerimiento de cualquier Autoridad Gubernamental cuyo incumplimiento puede o pudiera someter al Concesionario, o cualquiera de sus respectivos funcionarios a responsabilidad penal, o que puede o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso para la capacidad del Concesionario de cumplir con el presente contrato."**

283. Las Cláusulas 9.4 y 9.9 del Contrato, hacen más gravosa todavía la violación de las "Declaraciones y Garantías":

> Litigios y Hechos Adversos: Salvo lo establecido en el Anexo 9, de acuerdo con el leal saber y entender del **Concesionario, después de haber realizado la debida investigación,** no existe sentencia, acción, embargo, **investigación gubernamental** o arbitraje pendiente que lo afecten en su propiedad y que afecten el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente Contrato. El Concesionario no ha recibido ninguna opinión, informe, asesoría legal que le indique que está, o pudiera estar expuesto, a cualquier responsabilidad o daño que pudiera ser razonablemente esperado y **que resulte en un evento especialmente adverso a su capacidad para cumplir con el presente Contrato** …
>
> Divulgación: Ninguna declaración o garantía del Concesionario contenida en el presente Contrato, o en cualquier otro documento, certificado o declaración por escrito, proporcionado al Concedente con relación al presente Contrato, **contiene o constituye una declaración falsa de algún hecho u omite revelar un hecho cuya revelación es necesaria para realizar declaraciones que no sean engañosas, teniendo en consideración las circunstancias en las cuales fueron hechas. No existe hecho sustancial conocido por parte del Concesionario que haya tenido, tenga o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso en la capacidad del Concesionario para cumplir con el presente Contrato,** que no haya sido divulgado

[101] Verhttps://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht_en_Perú#Interrogatorios_a_Barata_y_Boleira_(agosto_de_2019).
[102] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 256.

en el presente Contrato o en otros documentos, certificados y declaraciones proporcionadas al Concedente.

284. Como es evidente, estas dos normas que forman parte de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión denominada "Declaraciones y Garantías del Concesionario" contienen una obligación específica de debida investigación que recae en el Concesionario y requieren expresamente que el Concesionario (representado por el Sr. Boleira en la firma del Contrato) se compromete a (1) a realizar una investigación destinada a determinar el contenido y el carácter de las declaraciones, (2) no omitir revelar información que pudiera ser necesaria para "hacer declaraciones que no sean engañosas" y aún más agrega "teniendo en consideración las circunstancias en las que fueron hechas", (3) y que no existe hecho sustancial conocido por parte del Concesionario que haya tenido, tenga o pudiera tener un efecto sustancialmente adverso en la capacidad del Concesionario para cumplir con el presente Contrato.

285. En este escenario en el que quien firma el Contrato de Concesión es quien *a posteriori* será el colaborador eficaz que denuncia todos los actos de corrupción de los *Sponsors* en el Perú, y por lo tanto, actos ilegales que preceden a la firma del Contrato en el que están incluidas las cláusulas contractuales bajo análisis, es necesario concluir que las Declaraciones y Garantías que se insertaron han sido violadas, aunque no haya existido corrupción en este proyecto específico.

286. **Fecha de la Violación de la Cláusula 9 del Contrato y sus Efectos.** Dado el efecto que la violación del Contrato de Concesión por efecto de su cláusula 9 pudiera tener implicancia sobre otras obligaciones a cargo de las Partes, el Tribunal entiende que es su obligación decidir también la fecha en la cual esta violación se produjo. Asimismo, el Tribunal cree también que debe determinar los efectos de esa fecha, es decir, ¿cómo juega la determinación de la violación de la cláusula al momento de la firma del Contrato en relación con los otros incumplimientos de las Partes? En otras palabras, la violación de la cláusula 9, en caso de que sus efectos fueran retroactivos a la fecha de la firma del Contrato, ¿exime a la Demandada *ex post facto* al cumplimiento de las obligaciones a su cargo, como lo sostiene la Demandada?

287. La Demandada es de la interpretación que la fecha de violación de la cláusula 9 es la fecha de la firma del Contrato de Concesión y que los efectos de tal violación son retroactivos a la fecha de la firma del Contrato de Concesión:

> 95. El incumplimiento de la Demandante se produjo en el mismo momento en que el Sr. Ricardo Boleira (colaborador eficaz en los casos de corrupción vinculados al grupo Odebrecht) en representación de la Concesionaria firmó el Contrato de Concesión el 9 de mayo de 2014. esto

> se debe a qué, con la suscripción del Contrato de Concesión, la Demandante estaba, al mismo tiempo, declarando y garantizando que ella (y, por ende, las empresas que la controlaban) y sus funcionarios, se encontraban en cumplimiento de las leyes penales peruanas; situación que, varios años después, se verificó que era falsa. Es decir, la Demandante, de manera consciente y alevosa, mintió en la misma declaración jurada efectuada el 9 de mayo de 2014, a través de la cláusula de no corrupción. Esto significa que, en el mismo momento en que suscribió el Contrato de Concesión, ya se encontraba en incumplimiento de la referida obligación.[103]

288. Dice también la Demandada:

> 98. Así las cosas, y sobre la base de lo previsto en el artículo 1372 del Código Civil, los efectos de la declaración de resolución que el Tribunal arbitral emita eventualmente mediante su laudo arbitral tendrán un efecto retroactivo al momento en que se produjo el incumplimiento: *"la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que lo motiva."*

289. La Demandada sostiene que los siguientes efectos se seguirán a una determinación por el Tribunal de que la Demandante violó la cláusula 9 del Contrato de Concesión:

- La Demandante debe restituir las prestaciones que recibió bajo el Contrato de Concesión … teniendo en cuenta lo anterior, lo que corresponde entonces, es que la Demandante restituya todos los montos que le fueron entregados como parte de la ejecución del Contrato de Concesión, desde el mismo momento en que se suscribió dicho contrato,[104]

- El Gobierno Regional no tiene obligación de efectuar pago alguno a favor de la Demandante. En efecto, tal y como dispone el artículo 1321 del Código

[103] Escrito de Contestación de Demanda, párrafo 95 y siguientes.

[104] Escrito de Contestación de Demanda, párrafo 103. Sigue diciendo la Demandada "simplemente, no es posible pretender que la Demandante mantenga en su posesión tanto los fondos públicos como los bienes que le fueron dados de manera posterior a la firma; cuando los actos de corrupción, incluso asociados a este mismo Contrato de Concesión, se produjeron antes de su suscripción … de que el Tribunal arbitral tenga en cuenta que el Proyecto Chavimocic es uno de necesidad pública y necesario para el desarrollo de la región. tener paralizado un proyecto de este tipo debido a los actos de corrupción cometidos por los demandantes generaría un grave perjuicio a la región.

Civil, el incumplimiento por dolo o culpa grave determina nuestro derecho a obtener resarcimiento tanto por daño emergente como por lucro cesante. Teniendo en cuenta lo anterior, no corresponde que el Gobierno Regional pague los conceptos y montos que han sido pretendidos por la demandante en su Memorial de Demanda,

- El Gobierno Regional no se encuentra en incumplimiento por la Falta de Entrega del Control del Proyecto. Siendo que el incumplimiento doloso se produjo al momento mismo de la firma del Contrato de Concesión, cualquier incumplimiento que pretenda imputarse al Gobierno Regional que se haya producido de manera posterior a la firma, simplemente no puede ser considerado como un incumplimiento en absoluto.

290. Para justificar este último pedido, la Demandada cita al autor chileno Quezada Fuentes, de la siguiente manera:

> "verificada la infracción de las declaraciones y garantías, el deudor no puede oponerse a la resolución parcial y consecuencial rebaja de precio, pues ésta no constituye una sanción a una conducta suya que él pudiera justificar en algún determinado hecho. El fundamento de la resolución es el de conservar el equilibrio de las prestaciones evitando un aprovechamiento injusto".[105]

291. La Demandada también cita el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil el cual establece: "la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

292. El Tribunal entiende que la fecha en la que se produjo la violación de la cláusula 9 es efectivamente el día de la firma del Contrato de Concesión, pues, a la fecha de la firma del Contrato de Concesión, el Sr. Boleira – como funcionario del Concesionario y quien también tenía un rol gerencial de todas las actividades del Grupo Odebrecht en el Perú – no podía desconocer a esa fecha que las declaraciones que estaba realizando no coincidían con las actividades de las empresas del Grupo Odebrecht en el Perú y con el actuar de algunos de sus funcionarios, incluyendo su propio actuar.

293. En relación con las consecuencias económicas que se derivan del incumplimiento de las obligaciones que emanan de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión, ellas serán

[105] Escrito de Contestación de Demanda, párrafos 116 y siguientes.

analizadas en la sección correspondiente de este Laudo, es decir, **que el fundamento de la resolución es el de conservar el equilibrio de las prestaciones evitando un aprovechamiento injusto.**[106] La mera posibilidad de que una determinación por el Tribunal de la violación de la Cláusula 9 del Contrato pueda borrar todo efecto del incumplimiento por la Demandada de sus obligaciones, produciría, en opinión del Tribunal Arbitral, un efecto desproporcionado en el contexto de la presente disputa, en el cual la Demandada también ha violado el Contrato.

294. Sin dudas, distintos funcionarios del Perú han tenido conocimiento de la existencia de los actos ilícitos que involucran a las empresas del Grupo Odebrecht, aún en fechas anteriores a que el Concedente haya invocado la terminación anticipada del Contrato de Concesión por la Demandante, incluídos – pero no solamente – aquellos que participaron de los hechos ilícitos, dado que como se dijo en secciones anteriores de este mismo laudo, el conocimiento público de los hechos ilícitos involucrando a Odebrecht en el Perú tuvieron lugar con anterioridad a los Acuerdos de Colaboración. Mientras que los Acuerdos de Colaboración consolidaron la confesión de los delitos, las investigaciones y las noticias periodísticas se habían hecho públicas con bastante anterioridad y la Demandada, habiendo podido invocar el incumplimiento del Contrato por la Cláusula 9 no lo hizo, sino sólo invocó la cláusula una vez que la Demanda se había instaurado. Por ello, el Tribunal interpreta que invocar en forma tardía como defensa el incumplimiento de la cláusula 9, para borrar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Demandada, es injustificado e improcedente y llevaría a un resultado que no se condice con los hechos del caso y con la conducta de las Partes a lo largo del procedimiento.

295. Asimismo, es de notar que la Demandada tampoco está invocando aquí una "excepción de incumplimiento contractual", al menos en relación con esta defensa, y – conforme a las conclusiones a la que arribará el Tribunal Arbitral en próximas secciones – , tampoco hubiera podido hacerlo, porque ella mismas se encontraba en incumplimiento contractual, no en el momento de la firma del Contrato, sino en el momento en que ésta hubiera podido ser planteada, en este caso, con la Contestación de Demanda. Ello confirma el razonamiento anterior de que, a pesar del incumplimiento de la cláusula 9 del Contrato de Concesión por la Demandante, y el hecho de que la fecha de ese incumplimiento es aquella de la firma misma del Contrato de Concesión, el Tribunal debe en esta instancia, y por las razones anteriormente expresadas, analizar los demás reclamos de las Partes, inclusive el reclamo presentado por la Demandante de que la Demandada

[106] Quezada Fuentes, Ricardo. LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR INFRACCIÓN A LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS: RESOLUCIÓN PARCIAL, REBAJA DE PRECIO E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, citado por la Demandada en su Escrito de Contestación de Demanda, párrafos 116 y siguientes.

habría incumplido con su obligación de realizar la entrega del control del proyecto conforme a la cláusula 1.46 del Contrato de Concesión.

296. En conclusión, el Tribunal Arbitral no puede sino concluir que el artículo 9.10 – y las demás sub-cláusulas de la Cláusula 9 sobre "Declaraciones y Garantías del Concesionario" son de plena aplicación y que la consecuencia que acarrean es una violación grave del contrato y del proceso de licitación que llevó a la buena pro que autoriza por sí misma la resolución anticipada del Contrato.[107] El Tribunal también determina que la fecha en que esa violación se produjo es aquella de la firma del Contrato de Concesión. El Tribunal también concluye que este incumplimiento, en las circunstancias propias de este caso y por los conceptos antes explicados, no precluye la tarea del Tribunal de analizar los demás reclamos presentados por las Partes y no revierte las prestaciones a cargo de las Partes a la fecha de la firma del Contrato de Concesión como solicita la Demandante.

297. Finalmente, respecto a las consecuencias económicas del incumplimiento de la cláusula 9 del Contrato, estas cuestiones son discutidas separadamente en próximas secciones de este laudo.

4.4.2. El Cierre Financiero del Contrato y el Cumplimiento con la obligación de la Entrega del Control del Proyecto

298. Las Partes en el Arbitraje tienen posiciones dispares respecto a las razones que llevaron a la crisis del Proyecto y al inicio del Arbitraje. La Demandante sostiene que la Demandada incumplió el Contrato de Concesión porque incumplió con la Entrega del Control del Proyecto (ECP),[108] mientras que la Demandada sostiene que hubiera podido ejercer otras acciones si la Concesionaria hubiera informado de los actos de corrupción en que estaban involucrados los *Sponsors* y que esos actos de corrupción han producido un efecto adverso en la comunidad financiera que crearon una imposibilidad sobreviniente de – en su opinión – obtener el Cierre Financiero del Contrato (CFC).[109]

299. El Tribunal Arbitral debe resolver sí la Demandada violó el ECP y si ello fue la causa que desencadenó los demás hechos que se debaten aquí, incluida la imposibilidad del Concesionario de obtener el Cierre Financiero del Contrato. El Tribunal también debe resolver sí, independientemente del incumplimiento del ECP, el Concesionario se

[107] Avendaño Sánchez, Efrén y Estela Montes, Diego. Aplicación y Eficacia de las Cláusulas de Declaraciones y Garantías y de Limitación de la Responsabilidad en los Contratos de Compraventa de Acciones. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2863184.

[108] Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafos 313.

[109] Ver Memorial de Contestación de Demanda, página 57 y siguientes.

encontraba en condiciones de obtener el Cierre Financiero del Contrato, lo cual es negado por la Demandada, la cual sostiene que esta imposibilidad es el resultado del escándalo legal y financiero en el que se encontraban las empresas del Grupo Odebrecht a principios del año 2016.[110]

300. La Demandada argumenta que ha sido la imposibilidad del Grupo Odebrecht para obtener financiamientos para sus proyectos a nivel internacional, debido a los casos de corrupción, aquello que llevó a la imposibilidad del Cierre Financiero de este Contrato, y a la presentación de la Solicitud de Arbitraje el 27 de febrero de 2017. En opinión de la Demandada, las entidades financieras decidieron dejar de otorgar préstamos al grupo Odebrecht y, en general, a todas las empresas que formaban parte del llamado Club de la Construcción, lo cual incluiría también a la constructora Graña y Montero, también *Sponsor* del Concesionario.[111]

301. La Demandada cita con gran énfasis que (a) en enero de 2015 la calificadora internacional Moody's modificó la perspectiva de calificación de la empresa Constructora Norberto Odebrecht a negativa como consecuencia (hasta ese momento) de la exposición de la empresa al escándalo de corrupción en Petrobras, pero todavía sin reconocer responsabilidad alguna de sus propios funcionarios,[112] (b) en febrero de 2016 la calificación de la empresa Odebrecht Ingeniería y Construcción fue descendida a Ba2, luego de que el (ex) presidente del Grupo Odebrecht, Marcelo Odebrecht, se entregara a las autoridades en el Brasil por los actos de corrupción asociados a la compañía,[113] (c) en mayo de 2016 la calificadora nuevamente degradó a Odebrecht Ingeniería y Construcción a la calificación B2, [114](d) en agosto de 2016 la calificación de Odebrecht Ingeniería y Construcción fue degradada a B3,[115] (e) degradación de Odebrecht Ingeniería y Construcción a Caa1, y posteriormente a Caa2.[116] La Demandada también pone énfasis en que esta situación de crisis financiera, como consecuencia de los hechos ilícitos que han afectado a las empresas de construcción en el Perú, también afectó a la constructora Graña y Montero, habiendo sus acciones perdido valor sustancialmente en los mercados de capitales de Nueva York y Lima.[117]

[110] Escrito de Contestación de Demanda página 64 y siguientes. Ver también Escrito "Segunda Ronda de Escritos Previos a la Audiencia" de fecha 12 de febrero de 2021, párrafo 25 y siguientes.
[111] Escrito de Contestación de Demanda página 64 y siguientes.
[112] Anexo GRD-18. Ver también Escrito de Contestación de Demanda página 63.
[113] Anexo GRD-20. Ver también Escrito de Contestación de Demanda página 64.
[114] Anexo GRD-22. Ver también Escrito de Contestación de Demanda página 65.
[115] Anexo GRD-25. Ver también Escrito de Contestación de Demanda página 69.
[116] Anexo GRD-26. Ver también Escrito de Contestación de Demanda página 71.
[117] Anexo GRD-28. Ver también Escrito de Contestación de Demanda página 71.

302. Como se indicó anteriormente, la Demandante dice que el Cierre Financiero del Contrato no era posible sin el cumplimiento del ECP, dedicándole extensas páginas en su Escrito de Réplica, y que fue el incumplimiento del ECP por la Demandada lo que conllevó a la imposibilidad del Cierre Financiero del Contrato.[118] Asimismo, la Demandante también sostiene que el Contrato de Concesión y la Concesión del Proyecto Chavimochic (en sí misma) era inmune a la degradación financiera que las empresas del Grupo Odebrecht estaban sufriendo, porque el contrato estaba aislado de los efectos de la debacle internacional de los *Sponsors*, dado que el proyecto se trataba de un *Project Finance,* y que, en consecuencia, los compromisos financieros dependían exclusivamente de los flujos de fondos del proyecto.[119]

303. En los próximos párrafos el Tribunal analizará las siguientes cuestiones:

(1) violó la Demandada el artículo 1.46 del Contrato de Concesión, es decir, violó la Demandada la obligación de la Entrega del Control del Proyecto (ECP),

(2) estaba la Demandante en condiciones de cumplir con el Cierre Financiero del Contrato (CFC), y en caso en que no lo haya estado, si esa situación era consecuencia de la falta de entrega del ECP por el Concedente, o si se debía a razones independientes, y por lo tanto, la Demandante incurrió también en una causal de terminación anticipada del Contrato de Concesión.

304. (1) Violó el Concedente la Obligación de la Entrega del Control del Proyecto.

305. El Contrato de Concesión establece en su artículo 1.46 lo siguiente:

> **Entrega del Control del Proyecto.** Significará el procedimiento de entrega al Concesionario de los terrenos donde se realizarán las Obras Nuevas y actividades auxiliares (según lo señalado en el Anexo 1 del presente Contrato), así como la documentación técnica y legal que sustente la posesión y acciones del Concesionario en el ámbito del Proyecto, tal como está establecido en el presente Contrato de Concesión, y sin perjuicio de lo dispuesto en la Cláusula 5.2. **La entrega de los terrenos deberá realizarse libre de personas u otros ocupantes, y en general libre de cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras o de las actividades de operación y mantenimiento (cargas y gravámenes)**.
>
> Este procedimiento se realizará en dos etapas. En la primera etapa, que se concretará dentro de los treinta (30) días calendarios contados a partir de

[118] Párrafos 104 a 210 del Escrito de Réplica de fecha 31 de enero de 2020.

[119] Escrito de Réplica de la Demandante de fecha 31 de enero de 2020 párrafo 212.

> la Fecha de Cierre, se entregarán los terrenos donde se ejecutarán las Obras iniciales de la Primera Fase. En la segunda etapa, a formalizarse dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la Fecha de Cierre, se entregarán todos los demás terrenos correspondientes a la parte restante de la Primera Fase. Al término de cada una de las etapas de la Entrega del Control del Proyecto, se suscribirán las Actas de Entrega del Control del Proyecto respectivas. No formarán parte de la Entrega del Control del Proyecto los terrenos de uso agrícola por subastar de propiedad del Proyecto Chavimochic, cuya custodia y administración serán de responsabilidad del Concedente hasta su transferencia a los respectivos adquirentes.
>
> **El plazo para la Entrega del Control del Proyecto podrá estar sujeto a prórrogas por acuerdo entre las Partes.**
>
> La entrega de los restantes Bienes de la Concesión, incluyendo el control de las Obras Existentes, se realizará en las oportunidades previstas en el Anexo 1, para cuyo efecto las Partes suscribirán las correspondientes Actas de Entrega de Bienes. [120]

306. Por las razones que se discuten a continuación, el Tribunal concuerda con la Demandante que la Demandada incumplió con el ECP, especialmente si se considera al ECP como lo hace el Contrato (y la Demandante), es decir, como la entrega de la **totalidad de los terrenos, libres de carga, gravámenes y personas, para la construcción de las obras nuevas**.[121] No obstante, el Tribunal analizará también en esta sección si era posible una entrega parcial del ECP que hubiera permitido la continuidad del Contrato.

307. Sin dudas el ECP era una obligación central del Concedente. Como explica la Demandante, la Entrega del Control del Proyecto había sido considerada una de las obligaciones centrales del Concedente, al punto tal que su incumplimiento hubiera derivado en la Caducidad de la Concesión por culpa del Concedente, conforme a la Cláusula 15(c)(III)(1)(b) del Contrato:

> **Caducidad de la Concesión por otras Causas. Caducidad de la Concesión por Causa Imputable al Concedente. (III.1)** El Concesionario podrá poner término anticipadamente al Contrato en caso de que el Concedente incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. Habrá

[120] Ver Anexo CHD-5, artículo 1.46 (Énfasis Agregado).
[121] Ver Anexo CHD-5, artículo 1.46.

> incumplimiento grave de las obligaciones del Concedente en los siguientes casos:
>
> (a) Incumplimiento del Concedente en la observancia del procedimiento previsto para el restablecimiento del equilibrio económico financiero establecido en las Cláusulas 24.
>
> (b) **La falta de Entrega del Control del Proyecto al término del plazo de la segunda etapa estipulada en la Cláusula 1.46**
>
> (c) La promulgación por parte del Concedente de normas o expedición de órdenes, actos o medidas, no sustentadas en causa de necesidad pública, que impidan o dificulten gravemente la ejecución de las obligaciones del Concesionario en relación con el presente Contrato.
>
> (d) No cumplir con los mandatos de los laudos arbitrales que se emitan, de ser el caso, de acuerdo con la cláusula 16.
>
> (e), (f) … (g) El incumplimiento de cualquier obligación sustancial distinta de las listadas en los literales (a) al (f), que de cualquier forma impida al concesionario el cumplimiento de sus obligaciones bajo el presente Contrato, que no haya sido subsanados por el Concedente.

308. También señala la Demandante que tal obligación (entrega del proyecto) había sido objeto de las preguntas de los ofertantes durante la etapa de preguntas a las bases del concurso[122] y luego se habría plasmado en el artículo 1.46 citado más arriba. En su Memorial de Demanda, la Demandante pone énfasis en el hecho de que los terrenos "deben entregarse libre de personas y otros ocupantes, y en general libre de cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras o de las actividades de operación y mantenimiento (cargas y gravámenes)".[123]

309. Así, en los párrafos 83 a 86, la Demandante pone énfasis en la definición de las condiciones que hacen que el ECP se haya efectivamente producido, sosteniendo que sólo puede considerarse tal cuando los terrenos son entregados libres de cargas y gravámenes:

> 83. Ahora bien, tal como se señala en la cláusula 1.46 del Contrato de Concesión, la entrega de los terrenos deberá realizarse libre de personas y otros ocupantes, y en general libre de cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las Obras o de las actividades de operación y mantenimiento (cargas y gravámenes).

[122] Memorial de Demanda, párrafo 70.
[123] Memorial de Demanda, párrafo 79.

84. Sobre el particular, la Cláusula 1.66 del Contrato de Concesión provee una definición amplia y abarcadora de lo que consiste un gravamen o carga bajo el Contrato de Concesión. Específicamente, el Contrato de Concesión define "gravamen" como "cualquier gravamen, o derecho de garantía, hipoteca, prenda, usufructo, carga u otra afectación o limitación de dominio de cualquier tipo, ya sea voluntaria o involuntaria (incluyendo cualquier venta con reserva de propiedad y otro convenio similar de retención o reserva de dominio o propiedad, y cualquier arrendamiento financiero) y cualquier otro Contrato que otorgue un derecho real de garantía.

85. Y la cláusula 10.1.3 del Contrato de Concesión establece que: [L]os Bienes de la Concesión, según corresponda, serán entregados al Concesionario en las oportunidades previstas en el Anexo 1, debidamente saneados, sin que pesen sobre ellos, carga, gravamen, medida juridicial o acto alguno que pudiera afectar o impedir la ejecución de las Obras y a plena disposición del Concesionario, para su uso y disfrute de acuerdo con lo establecido en el Contrato, habiendo cumplido con obtener una resolución firme en los procesos seguidos para efectos de la expropiación o la imposición de servidumbres necesarias, requeridas para la ejecución del Contrato, de conformidad con las Leyes Aplicables.[124]

310. Según la Demandante, si no hay entrega de la <u>totalidad de los terrenos, libres de cargas y gravámenes</u>, no existe cumplimiento del ECP por la Demandada:

> 86. Por lo tanto, como se puede apreciar, bajo la Cláusula 1.46 del Contrato de Concesión, el Concedente tiene la obligación de entregar los terrenos objeto del Contrato de Concesión libres de cualquier tipo de afectación que pueda impedir el normal desarrollo de las obras o actividades de operación y mantenimiento. Dicha obligación incluye, a su vez, un compromiso de asumir el íntegro de los costos necesarios para entregar a la Demandante los terrenos del Proyecto Chavimochic libre de cargas, gravámenes, personas u otros ocupantes y en general, libres de cualquier tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las obras o actividades de operación y mantenimiento.
>
> **(c) Hechos y documentos que acreditan la responsabilidad del Concedente en la no ECP.** Desde el inicio de la Concesión, el Demandado

[124] Memorial de Demanda, párrafos 83-85.

> ha incumplido con su obligación de entregar los terrenos materia de la Concesión libre de afectaciones … [125]

311. Esta idea es aún más clara en el primer Escrito Post-Audiencia, en el cual la Demandante sostiene:

> 229. Es decir, … el Concedente debía entregar la totalidad de la ECP, para que el Concesionario pueda financiar la totalidad de las Obras de la Segunda Etapa, esto se da por razones de bancabilidad, ya que como dice la referida cláusula 20.3, el Concesionario tenía que "levantar" la totalidad de recursos, no una parte para hacer un porcentaje de las Obras de la Segunda Fase, sino la totalidad de los recursos necesarios para ejecutar las Obras de dicha Fase, que es como se financian este tipo de proyectos. [126]

312. Según la Demandante el incumplimiento del ECP, en términos concretos, se manifiesta de la siguiente manera:

> En términos más concretos, el incumplimiento del Demandado con esta obligación consiste en la falta de entrega de terrenos necesarios para llevar a cabo las Obras Iniciales de la Primera Fase, según lo contemplado en la Cláusula 5.5.10 y el numeral 8.1 del Anexo 17 de los términos de referencia en el Contrato de Concesión. **Las áreas que aún están pendientes de entrega incluyen, pero no están limitadas a: (1) el primer kilómetro y medio del tramo del Canal Madre; (ii) todos los terrenos del Canal Madre; (iii) el área del embalse de Palo Redondo; y (iv) el área conocida como el dique natural.[127]**

313. La Demandante también hace referencia a una serie de actos y documentos mediante los cuales la Demandada habría reconocido su incapacidad para cumplir con el ECP:

> Primera Adenda al Contrato de Concesión,[128]
> Segunda Acta de Acuerdo del Período Inicial, Prórroga de Cierre Financiero y ECP de fecha 29 de setiembre de 2015.[129]
> Tercera Acta de Acuerdo de fecha 9 de setiembre de 2016.[130]
> Cuarta Acta Acuerdo de fecha 9 de enero de 2017.[131]
> Oficio No. 1470-2016-GRLL-GOB-PECH-01 del 1 de agosto de 2016.[132]

---

[125] Memorial de Demanda, párrafos 86-87.
[126] Primer Escrito Post-Audiencia de la Demandante, párrafo 229.
[127] Memorial de Demanda, párrafo 98.
[128] Primera Adenda al Contrato de Concesión, Anexo de la Demandante CHD-8.
[129] Anexo CHD-9, Acta de Acuerdo de fecha 29 de septiembre de 2015.
[130] Anexo CHD-10, Acta de Acuerdo de fecha 9 de setiembre de 2016.
[131] Anexo CHD-12, Acta de Acuerdo de fecha 3 de noviembre de 2016.
[132] Anexo CDH-13. El Tribunal nota que este documento demuestra que el Concedente esta en incumplimiento de la "entrega total" del ECP, y que el Concesionario también estaba solicitando plazo adicional para el CFC. En otras palabras, en opinión del Tribunal, al igual que los Anexos CHD 9, 10, 11 y 12, demuestran que ambas Partes tenían dificultades con

314. Sin dudas, las Actas de Acuerdo del 29 de setiembre de 2015 y del 8 de marzo de 2016 demuestran una imposibilidad del Concedente de realizar el ECP en forma completa. Pero también demuestran, en opinión del Tribunal, que el Concesionario también tenía dificultad para acreditar el CFC, y que ello no estaba atado al ECP, en la medida en que el Acta del 29 de setiembre de 2015, específicamente preveía que se podían hacer entregas parciales del ECP, por acuerdo de las Partes. El Acta del 29 de setiembre de 2015 establece lo siguiente:

315. Las Partes establecen que respecto a la Entrega de Control de Proyecto se podrán realizar entregas parciales de los terrenos sobre las cuáles se desarrollarán las Obras Nuevas, siempre y cuando se cumplan con los criterios mínimos que acuerden las Partes en las respectivas Actas.[133]

---

el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato, y no que ésta era una situación única del Concedente en relación con el ECP. Cita el Tribunal aquí un extracto del Oficio 1470: "A la fecha se encuentra pendiente que el Concedente efectúe la entrega del control del total de los terrenos, y de otro lado que la Concesionaria acredite el Cierre Financiero que garantice la ejecución de las obras del Canal Madre; ambos requisitos establecidos en el numeral 8.2 del Anexo 17 del Contrato de Concesión para el inicio del período de construcción." De aquí se nota que lo que falta es la "entrega del total", de lo cual se desprende que ha habido entregas parciales. Ello es ratificado en párrafos sucesivos cuando se dice "que el Concedente se encuentra en incumplimiento al 100% del ECP". Debe notarse también que en esta comunicación el Concedente está intentando convencer al MEF que la Adenda No. 2 es necesaria, y que no es ajustado a la realidad el informe del MEF que sostiene que la Adenda No. 2 modificaría el equilibrio financiero del contrato a favor del Concesionario, y en ese contexto señala el riesgo de una terminación y salida del Concesionario de la Obra. También, y muy importante este documento explica lo siguiente "**Por ello se plantea como solución integral una adenda donde se permita al Concedente la entrega parcial de terrenos y al Concesionario se evalúe darle una fecha fija de pago de RPI, ya que actualmente el Contrato existirían escenarios donde no está definida la fecha de pago del RPI, con el consecuente riesgo para los acreedores financieros**". Entiende el Tribunal que esta Adenda nunca se implementó y que la misma es la Adenda que las Partes llaman "Adenda de Bancabilidad".

[133] Anexo CHD-9, Acta de Acuerdo de fecha 29 de septiembre de 2015. En relación con ello, el Tribunal quiere hacer notar que específicamente preguntó a las Partes con posterioridad a la Audiencia de Mérito y Prueba, y para ser contestado en los Escritos Post-Audiencia lo siguiente:

> **Pregunta 2 del Tribunal: En el Escrito de las Demandantes de fecha 31 de enero de 2020 se dice *"entre julio y setiembre de 2014, de manera tardía, el Demandando entregó las áreas de la Presa Palo Redondo (salvo ciertos accesos y el embalse) al Concesionario, lo que permitió el inicio de la ejecución de la Presa Palo Redondo".* Posteriormente, se dice que el Concedente entregó aproximadamente la mitad de las áreas necesarias para la obra del Canal Madre. ¿era posible el desarrollo de la obra sin un cumplimiento 100% del ECP en modo de poder avanzar en el desarrollo del Proyecto?**
>
> [La Demandada respondió:] 198. Respecto de la pregunta, la respuesta es afirmativa. Los trabajos de las obras correspondientes a casi la totalidad de la Fase 1 se dieron mediante entrega parciales de los lotes. Ello fue pactado en el Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015 (Ver Anexo CHD-9). [La Demandante nunca respondió la pregunta del Tribunal (ni siquiera en la segunda vuelta de Escritos Post-Audiencia cuando tenía ya frente a sí la respuesta específica que había dado la Demandada:] Evasivamente contestó la Demandante "228. Respecto a la primera parte de esa pregunta, el desarrollo de la Obra no era posible sin un cumplimiento del 100% de la ECP por parte de la Demandada, esto porque como lo establece la propia cláusula 20.3 sobre Cierre Financiero, el Concesionario debía acreditar que contaba con la totalidad de los recursos financieros y/o contratos suscriptos que establezcan los compromisos de financiamiento requeridos para la ejecución de la Obras de la Segunda Fase]

316. Si bien es claro que el Concedente se encontraba en imposibilidad de cumplir en *forma total* el ECP, si estaba en condiciones de ir entregando los terrenos para las obras nuevas en la medida en que ellos se volvían disponibles, y en todo momento intentó cumplir con el ECP porque quería evitar la paralización del Contrato. El Oficio 1470, reiteradamente citado por la Demandante, demuestra tanto que el (a) el Concedente se encontraba en imposibilidad de realizar el 100% del ECP, pero (b) que estaba en condiciones de ir entregando ciertas áreas para las obras nuevas y que, el Contrato podía seguir siendo ejecutado si otras circunstancias se cumplían.

317. De hecho, el Oficio 1470 consiste en un documento mediante el cual el Concedente solicita al MEF que apruebe ciertos cambios al Contrato a través de la Adenda No. 2 para permitir la continuidad del Proyecto (cambios a los que el MEF se oponía porque consideraba que afectaban la naturaleza y el equilibrio financiero del Contrato en forma desfavorable a la administración pública, así como distorsionaba los incentivos del Concesionario para que continuasen las obras, opinión en las que el Supervisor Especializado también coincidía). Se citan algunos extractos relevantes del Oficio 1470:

> A la fecha se encuentra pendiente que el Concedente efectué la entrega de control del total de los terrenos, y de otro lado, que la Concesionaria, acredite el Cierre Financiero que garantice la ejecución de las Obras del Canal Madre; ambos requisitos establecidos en el numeral 8.2 del Anexo 17 del Contrato de Concesión para el inicio del Periodo de Construcción.
>
> Consiguientemente, con el fin que las Obras Nuevas no queden paralizadas en tanto ambos requisitos se cumplen, el Concedente y la Concesionaria han propuesto la Segunda Adenda Operativa, a efecto de recomponer las Obras Nuevas a realizarse dentro del Periodo Inicial y continuar con la ejecución de la Presa. Con ello, se otorgaría un plazo adicional al Concedente para que realice la Entrega del Control del

El Tribunal quiere hacer notar respecto a esta cuestión que, de la lectura del Anexo CHD-9, conteniendo el Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015, queda claro que – al menos por un período de tiempo – estuvo permitido entre las Partes las Entregas Parciales de terrenos para las Obras Nuevas.. Asimismo, la Adenda No. 2, que no se llegó a aprobar por las Partes, específicamente se proveía por la entrega parcial del ECP en la medida en que los terrenos devenían disponibles cuando el Concedente lograba levantar los gravámenes, cargas o liberarlos de ocupantes.

Proyecto y, al mismo tiempo, el Concesionario no paralizaría las Obras Nuevas cuya construcción ya se inició a la espera del inicio del Periodo de Construcción.

En tal sentido, la Segunda Adenda constituye una adenda operativa considerando que:

i) Permite la continuación de las obras vinculadas con la Presa Palo Redondo

ii) Otorga un periodo adicional al Concedente a efecto que éste pueda cumplir con la Entrega de Control del Proyecto.

iii) Otorga un periodo adicional a la Concesionaria para que acredite el Cierre Financiero.

iv) Permite que la Concesionaria cumpla con el Calendario de Obras y los plazos establecidos en el Expediente Técnico 1.

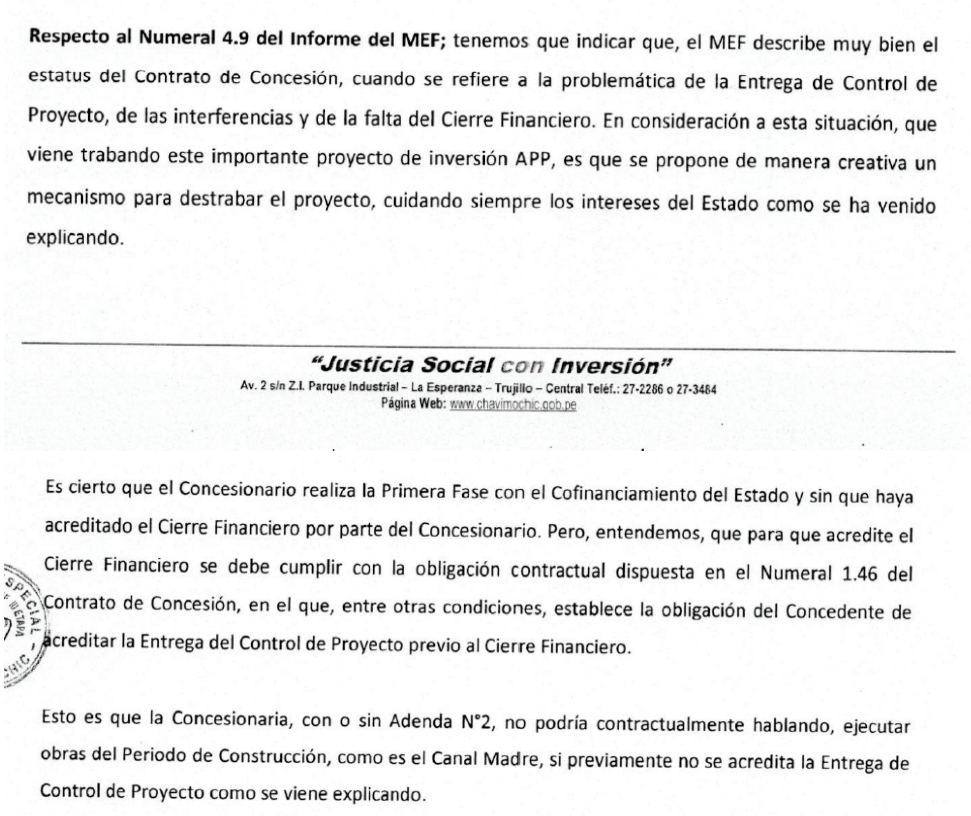
v) Permite que se cumpla con el Calendario de Inversiones que forma parte del Contrato de Fideicomiso Público suscrito entre el Concedente, la Concesionaria, el MEF y el Banco de la Nación.

Entonces no se podría afirmar que el Concesionario no tendría incentivos para completar las obras de la Segunda Fase. Considero que con Adenda N°2 o sin ella, en las condiciones actuales del Contrato, el riesgo existe; sin embargo, ello se debe al no cumplimiento de la Entrega de Control de Proyecto al 100% de parte del Concedente.

No debemos perder de vista, que en las condiciones actuales del Contrato, con las obras incorporadas con la Adenda N°1 del Expediente Técnico N°1 al Periodo Inicial, no se logra la culminación de la primera parte de Presa, por el contrario, la Presa se quedaría sin culminar, sin oportunidad de operarla parcialmente. Por lo tanto, en estas condiciones, si no se logra la Entrega de Control de Proyecto y consecuentemente no se da el Cierre Financiero, el Concesionario ejecutaría las Obras autorizadas con Adenda N°1 (US$ 242.4 millones) e invocaría la Caducidad de la Concesión por causa imputable al Concesionario (por la no entrega de Control de Proyectos), trayendo como consecuencia:

1. El Concesionario se retiraría solicitando su carta fianza por US$ 35.8 millones.
2. El Concesionario, no podría ser sancionado para que no participe en otras licitaciones.
3. Se tendría que licitar nuevamente la Concesión, con el consecuente incremento de los montos de inversión restante, ya que aumenta el riesgo constructivo para el nuevo Concesionario. En este escenario faltaría por ejecutar 114.3 US$ Millones (356.7¬242.4) de la Primera Fase (Presa) y US$ 342 millones de la segunda Fases (Canales), en total faltaría por ejecutar US$ 456 millones, que en un escenario donde se vuelva a licitar la obra, el mayor riesgo que significa continuar una obra inconclusa puede alcanzar un valor del orden de 20% de costo adicional para el Estado, es decir US$ 91 Millones.

Postergación de los beneficios del proyecto; ni siquiera se alcanzaría los beneficios de la primera etapa de la presa, por lo tanto, los ingresos por el proyecto, incorporados en el modelo económico financiero para el cálculo del cofinanciamiento y las garantías soberanas, serían menores, por lo que se necesitaría un mayor Cofinanciamiento y una mayor Garantía Soberana de parte del Estado.



Respecto al Numeral 4.9 del Informe del MEF; tenemos que indicar que, el MEF describe muy bien el estatus del Contrato de Concesión, cuando se refiere a la problemática de la Entrega de Control de Proyecto, de las interferencias y de la falta del Cierre Financiero. En consideración a esta situación, que viene trabando este importante proyecto de inversión APP, es que se propone de manera creativa un mecanismo para destrabar el proyecto, cuidando siempre los intereses del Estado como se ha venido explicando.

"Justicia Social con Inversión"
Av. 2 s/n Z.I. Parque Industrial – La Esperanza – Trujillo – Central Teléf.: 27-2286 o 27-3484
Página Web: www.chavimochic.gob.pe

Es cierto que el Concesionario realiza la Primera Fase con el Cofinanciamiento del Estado y sin que haya acreditado el Cierre Financiero por parte del Concesionario. Pero, entendemos, que para que acredite el Cierre Financiero se debe cumplir con la obligación contractual dispuesta en el Numeral 1.46 del Contrato de Concesión, en el que, entre otras condiciones, establece la obligación del Concedente de acreditar la Entrega del Control de Proyecto previo al Cierre Financiero.

Esto es que la Concesionaria, con o sin Adenda N°2, no podría contractualmente hablando, ejecutar obras del Periodo de Construcción, como es el Canal Madre, si previamente no se acredita la Entrega de Control de Proyecto como se viene explicando.

Finalmente, el Tribunal Arbitral necesita dedicar algunas consideraciones al argumento de la Demandante según el cual el incumplimiento del Concedente del ECP fue doloso. Dice la Demandante al respecto:

42. El incumplimiento de la ECP por parte de la Demandada puede ser calificado de dos maneras -basadas en hechos independientes-, por un lado, el Concedente incumple cualquier estándar de diligencia al no contar con la capacidad ni el personal necesario para completar un proceso de expropiación y saneamiento de un área de tan solo 1.5 km para que el Concesionario pueda realizar las obras del primer 1.5 km del Canal Madre, y por otro lado, la inejecución dolosa de la obligación de la ECP por parte de la Demandada, como lo califica el artículo 1318°30 del Código Civil Peruano, ya que en este caso el dolo con el cual actúa la Demandada al no ejecutar la prestación a su cargo debe ser entendido desde una perspectiva objetiva, dado que durante meses negoció ampliaciones de plazos ocultando que era imposible concretar la ECP31 con un plazo de 6 meses adicionales, cuando claramente no estaba en condiciones de cumplir dicha obligación.

43. Así en este caso es indiferente para el Concesionario como acreedor de la ECP, probar que el deudor quiso causarle un perjuicio al incumplir la obligación. Basta que se produzca la inejecución para que exista incumplimiento, pero siempre resulta de

importancia poner en conocimiento del Tribunal la manifiesta negligencia (o dolo) con el que procedió la Demandada respecto a su obligación de ECP. En el mejor de los casos, estas conductas de la Demandada deberían ser consideradas como negligentes, o equivalentes a lo que el Código Civil Peruano considera culpa inexcusable.[134]

318. Asimismo, el Tribunal Arbitral quiere hacer notar que la calificación de la conducta como culposa o dolosa habilitaría, según la Demandante, habilitaría la posibilidad de reclamar daños más allá de las prestaciones ya ejecutadas por el Concesionario.[135]

319. Como el Tribunal determina en varias partes de este laudo, y consecuencia del análisis realizado por el Tribunal de la totalidad de la evidencia presentada, el Tribunal ha encontrado que el Concedente incumplió con el ECP pero no ha tenido ninguna evidencia frente a sí que lo pueda llevar a concluir que ha habido culpa inexcusable o dolo del Concedente.

320. *Contrario sensu,* el Tribunal ha encontrado que el Concedente ha hecho reales esfuerzos para cumplir con el ECP y considera que las Actas Acuerdo, que extendían no sólo el plazo para el cumplimiento del ECP sino también el plazo para el cumplimiento del Cierre Financiero del Contrato, son una muestra de esos esfuerzos para cumplir con el ECP y no – como lo afirma la Demandante – excusas de mala fe para diferir el cumplimiento de sus obligaciones.

321. Así, por ejemplo, el Oficio 1470 del Gobierno Regional demuestra inclusive la desesperación del Concedente ante la imposibilidad del cumplimiento del EPC en los términos originalmente pactados en el Contrato de Concesión:

322. Asimismo, si la controversia de la Entrega del Control del Proyecto no se resuelve en los seis meses de Trato Directo, se puede ampliar el plazo por acuerdo entre las partes si es que la solución planteada es aceptada por las dos partes o está muy cerca de ser así; sin embargo, en esta etapa no se suspende la obligación del Concedente de la Entrega de Control de Proyectos. Si el tema de la controversia no se resuelve en Trato Directo, este tema pasaría a Arbitraje Internacional, recién en ese momento se suspenden las obligaciones, pero el inicio de la Segunda Fase seguiría postergado. Por lo tanto, la solución integral que se plantearía tiene que resolver la problemática de la Entrega de Control de Proyecto por parte del Concedente y que permita el Cierre Financiero del Concesionario, para asegurar que la Segunda Fase se inicie y que el Concesionario no invoque la caducidad de la Concesión por causa del Concedente. Por ello se plantea como solución integral una

[134] Segundo Alegato de la Demandante posterior a la Audiencia de fecha 28 de mayo de 2021, página 22 y siguientes. Al realizar los argumentos aquí mencionados, la Demandante cita en su apoyo los artículos 1319, 1321, 1328 del Código Civil peruano.

[135] Segundo Alegato de la Demandante posterior a la Audiencia de fecha 28 de mayo de 2021, página 19.

adenda donde se permita al Concedente la entrega parcial de terrenos y al Concesionario se evalúe darle una fecha fija de pago de RPI, ya que actualmente el Contrato existirían escenarios donde no está definido la fecha de pago del RPI, con el consecuente riesgo para los acreedores financieros.[136]

323. En definitiva, respecto a la posibilidad de que pudiera existir dolo o culpa inexcusable del Concedente, como solicita la Demandante, es opinión del Tribunal Arbitral que no es el caso. Por el contrario, la evidencia demuestra un verdadero interés por el Concedente en cumplir con las obligaciones a su cargo y evitar las consecuencias que una falta de solución adecuada impondría, tales como la pérdida de la garantía del Contrato o el inicio de un arbitraje internacional.

324. En su caso, el Tribunal observa que lo que no se debió haber realizado es firmar el Contrato de Concesión sin antes tener la absoluta seguridad que los terrenos de la Concesión estaban libres de personas, ocupantes, gravámenes, cargas o otras afectaciones que pudieren impedir el normal desarrollo de las Obras o de las actividades de operación y mantenimiento, como lo requiere la cláusula 1.46 del Contrato. Sin embargo, en ese caso la responsabilidad es de ambas Partes pues seguramente el Concesionario no ignoraba a ese momento (firma del Contrato de Concesión) cuáles eran las condiciones físicas y jurídicas en la que se encontraban los terrenos donde se erigirían las obras.

325. El Tribunal también quiere hacer notar que, el pedido de la Demandante consiste en solicitar que el Tribunal se aparte de los términos del Contrato y que aplique el régimen general del Código Civil para resolver las consecuencias de la responsabilidad del Concedente, y que ello sucedería como una consecuencia directa de la alegada conducta dolosa o culposa del Concedente. El Tribunal rechaza el argumento que señala una actividad dolosa o culposa del Concedente y – en consecuencia – a los fines del incumplimiento aplicará exclusivamente la solución prevista en el Contrato de Concesión.

326. En definitiva, es opinión del Tribunal que es muy claro que el Concedente no se encontraba en condiciones de otorgar el 100% del control del proyecto, tal como lo exigía el Contrato y lo reconoció expresamente en varias oportunidades, inclusive a través del Oficio 1470 anteriormente analizado. Asimismo, la Adenda (operativa) No. 2 nunca se aprobó y, en consecuencia, la obligación en relación con el ECP seguía siendo, como lo establece el artículo 1.46 del Contrato de Concesión, la entrega del 100% del ECP libre de ocupantes, cargas y gravámenes en un plazo determinado, lo cual – como dice la Demandante – nunca ocurrió.

327. Sin embargo, el Tribunal Arbitral también determina que ello no ha sido la consecuencia de una conducta dolosa o culposa del Concedente sino, por el contrario, el

[136] Oficio No. 1470-2016-GRLL-PECH-01 de fecha 1 de agosto de 2016. Anexo CHD-13.

Concedente hizo todos los esfuerzos necesarios para eliminar las cargas y gravámenes y desocupar los terrenos, lo cual no se pudo realizar dentro de los plazos acordados en el Contrato de Concesión, sin que exista culpa del Concedente o que esa conducta culposa haya sido demostrada.

328. Por el contrario, los documentos contenidos en el Expediente demuestran esfuerzos del Concedente por cumplir con su compromiso de entregar el ECP en las fechas acordadas, o – como mínimo – intentar extender los plazos para que esos incumplimientos no se produzcan, intentando también evitar cualquier daño al Concesionario (el Oficio 1470/2016 es clara evidencia de ello).[137]

4.4.3. Estaba en Condiciones el Concesionario de Obtener el Cierre Financiero del Contrato y se encontraba el Cierre Financiero del Contrato condicionado al cumplimiento de la Entrega de Control del Proyecto (ECP)

329. Las Partes en el Arbitraje también tienen posiciones encontradas respecto al Cierre Financiero del Contrato (CFC). La Demandante sostiene que en ningún momento incumplió esta obligación,[138] por las siguientes razones: (i) debido a los acuerdos de prórrogas la fecha acordada vencía el 9 de marzo del 2017, eso es, después de iniciado el procedimiento de terminación anticipada del Contrato, y (ii) que era imposible obtener el cierre financiero debido al incumplimiento del ECP por el Concedente. También sostiene la Demandante que este hecho ha sido reconocido por la Demandada en diversas ocasiones[139].

330. La Demandada, por el contrario, sostiene que la Demandante inició el Arbitraje ante la imposibilidad de obtener el CFC y utilizó el supuesto incumplimiento del ECP como coartada para encubrir su incumplimiento inminente.[140]

331. **¿Se encontraba el Cierre Financiero del Contrato condicionado al cumplimiento de la Entrega de Control del Proyecto por el Concedente?**[141]

---

[137] Oficio No. 1470-2016-GRLL-PECH-01 de fecha 1 de agosto de 2016. Anexo CHD-13.

[138] Sostiene la Demandante: "313. Al respecto, estimamos determinante primero dejar constancia al Tribunal Arbitral que, a diferencia de la Demandada, la obligación de obtener el cierre financiero del Concesionario nunca fue incumplido, dado que nunca venció el plazo – original y ampliado – para acreditar el Cierre Financiero.

[139] Ver documentos CHD-9, CHD-10, CHD-11, CHD-12 y CHD-13.

[140] Escrito de Contestación de Demanda página 57 y siguientes.

[141] La cuestión de si la Entrega del Control del Proyecto (ECP) es condición para el Cierre Financiero del Contrato divide a los Miembros del Tribunal. Mientras que la mayoría entiende que el primero no es condición del segundo, la minoría entiende que sí lo es. La mayoría del Tribunal ha revisado los documentos en cuestión y no niega que la Demandada se autoimpuso la obligación de entregar el ECP antes del CFC (conforme a los documentos CHD 10, 11, 12 y 13), mientras que el Contrato de Concesión nada dice al respecto. De cualquier manera, la mayoría piensa, que inclusive si el ECP tenía

332. La Demandante identifica como expresión de la supuesta aceptación por la Demandada de que el Cierre Financiero del Contrato estaba condicionado a la Entrega de Control del Proyecto los siguientes documentos:

Sección I numeral 1.4 del y Sección II del Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015 (CHD-9),

Sección I numeral 1.5 y Sección II numeral 2.1 del Acta de Acuerdo de fecha 8 de marzo de 2015 (CHD-10),

Oficio 1470-2016-GRLL-GOB-PECH-01 de fecha 1.8.2016 y numerales 2.3 y 2.4 del Oficio 148-2016-EF/15.01 (Informe MEF) (CHD-13).

333. Las Actas Acuerdo dicen lo siguiente:

El Concedente ha manifestado la necesidad de extender una vez más el plazo del Período Inicial a efectos que pueda culminar efectivamente con la Entrega de Control del Proyecto antes del Cierre Financiero. Por su parte, el Concesionario ha manifestado la necesidad de extender una vez más el plazo del Período Inicial a efectos de que pueda culminar efectivamente con acreditar el Cierre.

- Financiero; en tal sentido y en aplicación del numeral 1.46, el numeral 20.3 de la Cláusula vigésima y el último párrafo del acápite i) del numeral 3.1. las Partes suscriben la presente acta.[142]

Mediante la presente acta, que se suscribe en el marco de lo establecido en el quinto párrafo de la cláusula 1.46, en el último párrafo del acápite i) de la cláusula 3.1 y la cláusula 20.3 del Contrato de Concesión, que permiten a las Partes prorrogar por mutuo acuerdo los plazos de Entrega de Control del Proyecto, Período Inicial y Cierre Financiero, respectivamente, las Partes acuerdan:

---

que cumplirse temporalmente "antes" del CFC ello no quiere decir que debía existir el ECP para que el Concesionario comenzase a procurar el CFC. Como se explica en las próximas secciones, la mayoría del Tribunal, luego de realizar una investigación a conciencia de los documentos identificados como condicionando el CFC al ECP y aquellos que supuestamente demostrarían esfuerzos para obtener el CFC, encuentra que no existe absolutamente ninguna evidencia en el expediente, posterior al mes de marzo de 2016, que demuestre que el Concesionario estaba en condiciones de "obtener el Cierre Financiero del Contrato", especialmente cuando el Tribunal requirió a las Partes expresamente que se identifique esta evidencia y en opinión del Tribunal la evidencia presentada no demuestra que el Concesionario hubiera estado en condiciones de obtener el CFC, sino por el contrario, demuestra que en marzo de 2016, coincidentemente con la pérdida en la calificación financiera de los *Sponsors* por las calificadoras de riesgo, habían cesado todos los esfuerzos para obtenerlo. Asimismo, mientras tanto el Concedente continuaba haciendo esfuerzos para obtener el EPC.

[142] Sección I del Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015, Anexo CHD-9.

- Ampliar por seis (6) meses adicionales el plazo del Período Inicial, hasta el 9 de mayo de 2016;
- Ampliar por seis (6) meses adicionales el plazo para que la Concesionaria acredite el Cierre Financiero, hasta el 9 de mayo de 2016,
- Ampliar por cuatro (4) meses adicionales el plazo para la Entrega del Control del Proyecto, hasta el 9 de marzo de 2016; prorrogable por acuerdo de las Partes en cuyo caso se prorrogará el Cierre Financiero y el Período Inicial.

  Las Partes establecen que respecto a la Entrega de Control del Proyecto se podrán realizar entregas parciales de los terrenos sobre los cuales se realizarán las Obras Nuevas, siempre y cuando se cumplan con los criterios mínimos que acuerden las Partes en la respectiva acta.[143]

334. A continuación el Tribunal analiza cada uno de estos documentos identificados por las Demandantes. El conexión con las Actas de Acuerdo entre las Partes (cualquier de las cuatro actas firmadas antes de la terminación anticipada del Contrato), en opinión del Tribunal las mismas no ofrecen un ejemplo por el cual se podría concluir que un acto (entrega del ECP) condiciona al otro (cumplimiento del CFC). La cuestión temporal sólo sigue la forma en que estas fechas debían tener cumplimiento en las condiciones originales del Contrato de Concesión y nada señalan la existencia de una condicionalidad en la ocurrencia de estos hitos en la vida del Contrato.

335. Aún más, la lectura de las Actas Acuerdo demuestran un reconocimiento por las Partes que ambas se encontraban en incumplimiento; el Concedente reconoce en ellas necesitar más tiempo para el cumplimiento del EPC pero el Concesionario también reconoce en ellas necesitar más tiempo para el cumplimiento del CFC.

336. En el caso del Oficio 1470, sin duda este documento está más alineados con la posición de la Demandante. La interpretación de las normas que realiza el Gobierno Regional de La Libertad, o al menos la Gerente del Proyecto Chavimocic en el Oficio 1470 demuestra que, al menos ese funcionario del Concedente entendía que *"para que acredite el Cierre Financiero se debe cumplir con la obligación contractual dispuesta en el Numeral 1.46 del Contrato de Concesión, en el que entre otras condiciones, establece la obligación del Concedente de acreditar la Entrega del Control del Proyecto previo al Cierre Financiero"*. Asimismo, el Tribunal quiere hacer notar que el mismo oficio 1470 reconoce

[143] Sección II del Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015, Anexo CHD-9.

expresamente que *"el ECP requiere el cumplimiento al 100% de éste por parte del Concedente"*.[144]

337. En el año 2018 el MEF emite un informe que también parece apoyar la posición de la Demandante, y por eso ésta precisamente lo cita en apoyo de su posición, y respecto al cual cita el siguiente texto:

> "De acuerdo a lo señalado en el numeral 6.1.3 del Informe de Sustento, el PECH no se encuentra en la posibilidad de cumplir con la Entrega de Control de Proyecto en los términos establecidos en el Contrato vigente, lo que implicaría que el Concesionario se encuentre imposibilitado de realizar el Cierre Financiero por falta de certidumbre de la fecha en la que habrá de cumplirse con la entrega de áreas y adicionalmente, al existir un proceso arbitral internacional en curso existiría una contingencia fiscal.."[145]

338. No obstante, en el Memorial de Contestación de Demanda, la Demandada sostiene:

> 124. Toda la defensa de la Demandante se ha centrado en una sola hipótesis: que ella no se encontraba en incumplimiento en el hito del cierre financiero, porque para ello era necesario que el Gobierno Regional cumpliera con su obligación en la Entrega del Control del Proyecto.
>
> 125. Esta discusión resulta ya innecesaria porque, como hemos visto, corresponde que el Contrato de Concesión sea resuelto como consecuencia del incumplimiento de la propia Demandante a la cláusula de no corrupción. Pese a lo anterior, y por convenir a nuestro derecho, consideramos relevante dejar en claro que el cumplimiento del hito de cierre financiero nunca estuvo condicionado a la entrega del control del proyecto.
>
> 127. Si acaso el Cierre Financiero hubiera dependido de la Entrega del Control del Proyecto, lo lógico habría sido que la regulación contractual estipulará dicha situación como una condición expresa, por ejemplo, al establecer que el cómputo de los doce (12) meses de plazo corrían a partir de la Entrega del Control del Proyecto y no desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, que es denominada fecha de cierre conforme a la cláusula 1.54.[146]

339. Por ello este análisis debe partir del texto de los artículos 1.46 y 20.3 para determinar si existe un condicionamiento del CFC por el ECP. Estas normas disponen lo siguiente:

---

[144] Oficio No. 1470-2016-GRLL-GOB-PECH-01, página 6, Anexo CHD-13.
[145] Informe N° 004-2018-EF/68. (en Oficio N° 005-2018-EF/15.01), Anexo CHD-25.
[146] Memorial de Contestación de Demanda, página 57.

1.46 - Entrega del Control del Proyecto: significará el procedimiento de entrega al Concesionario de los terrenos donde se realizan las obras nuevas y actividades auxiliares (según lo señalado en el Anexo 1 del presente Contrato), así como la documentación técnica y legal que sustente la posesión y acciones del Concesionario en el ámbito del proyecto, tal como lo establecido en el presente Contrato de Concesión, y sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 5.2.

La entrega de los terrenos deberá realizarse libre de personas u otros ocupantes, y en general libre de cualquier otro tipo de afectación que pudiera impedir el normal desarrollo de las obras o de las actividades de operación y mantenimiento (cargas y gravámenes).

Este procedimiento se realizará en dos etapas. En la primera etapa, que se concretará dentro de los treinta (30) días calendario contados a partir de la fecha de cierre, se entregarán los terrenos donde se ejecutarán las obras iniciales de la primera fase. En la segunda etapa, a formalizarse dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la Fecha de Cierre, se entregarán todos los demás terrenos correspondientes a la parte restante de la primera fase y a las obras de la segunda fase. Al término de cada una de las etapas de la Entrega del Control de Proyecto, se suscribirán las actas de entrega del control de proyecto respectivas.

No formarán parte de la Entrega del Control de Proyecto los terrenos de Uso agrícola por subastar de propiedad del Proyecto Chavimocic, cuya custodia y administración serán de responsabilidad del Concedente hasta su transferencia a los respectivos adquirentes.

La entrega de los restantes bienes de la Concesión, incluyendo el control de las obras existentes, se realizará en las oportunidades previstas en el Anexo 1, para cuyo efecto las Partes suscribirán las correspondientes Actas de Entrega de Bienes.

20.3 – Cierre Financiero. A más tardar a los doce (12) meses contados desde la Fecha de Cierre, el Concesionario deberá acreditar que cuenta con la totalidad de los recursos financieros o los contratos suscritos que establezcan los compromisos de financiamiento requeridos para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Fase.

En caso de vencimiento del plazo establecido en el párrafo anterior, sin que el Concesionario haya acreditado que cuenta con la totalidad de los montos requeridos, podrá solicitar ampliar dicho plazo hasta por seis (6) meses adicionales. la posibilidad de extender el plazo señalado deberá ser materia de acuerdo entre el Concedente y el Concesionario.

Vencidos los plazos previstos en el primer y segundo párrafo de la presente cláusula 20.3 y de no haber acreditado el Concesionario el cierre financiero por causas

imputables a él, el Concedente podrá invocar la Caducidad de la Concesión por causa imputable al Concesionario, en cuyo caso el Concedente ejecutará, como única compensación por daños y perjuicios, la garantía de fiel cumplimiento del contrato de concesión, válida en aquel momento, por un monto equivalente al setenta 70 por ciento Del valor total de la misma; sin perjuicio de la suspensión inmediata de los desembolsos del Cofinanciamiento destinados a la construcción de las Obras Nuevas de la Primera Fase.

No obstante, la garantía de fiel cumplimiento válida para el período inicial al que se refiere la cláusula 11.1.1. será ejecutada al cien por ciento (100%) de su valor, en el caso que, además del incumplimiento del cierre financiero, el Concesionario incumpla con alguna de las obligaciones a su cargo, señaladas en los literales a), b), c) y d) del Acápite i) de la Cláusula 3.1.

340. La Demandante ha señalado opiniones vertidas por el Concedente a través de sus distintos órganos, a partir de las cuales pareciera seguirse que habría una condicionalidad entre el CFC y el ECP. Sin embargo, no ha señalado ninguna norma en el Contrato de Concesión que establezca esta interpretación. El Tribunal Arbitral ha querido citar el texto de las normas objeto de análisis porque de la interpretación de los mismos no existe ninguna condicionalidad entre las dos obligaciones (ECP y CFC) o, al menos, ninguna condicionalidad surge del texto del Contrato.

341. Es cierto que cuando se negociaron Actas de Acuerdo para la extensión del período inicial del Contrato de Concesión y de los vencimientos de La entrega del control del proyecto (ECP) y del Cierre Financiero del Contrato (CFC), siempre se mantiene el vencimiento del CFC luego del vencimiento del ECP, pero ello por sí mismo no establece una condición sino la forma en que esos vencimientos se debían dar, inclusive en conformidad con el Contrato de Concesión original. Asimismo, el Tribunal Arbitral también interpreta que para el momento del CFC todas las obligaciones, inclusive el ECP, debían estar cumplidas, pero ello no significa que ello sea una condición del uno para con el otro, o que el Concesionario se pudiera cruzar de brazos y no hacer nada para obtener el CFC mientras el Concedente cumplía con obligaciones a su cargo.

342. El Tribunal no acepta que tuviera que estar cumplido el EPC para que el Concesionario pudiera comenzar los esfuerzos para obtener el CFC, y tampoco acepta que mientras no se cumpliera el ECP no había obligación de cumplir el CFC. Muy por el contrario, un análisis de los documentos del expediente demuestran que el Concesionario comenzó en el año 2014 los esfuerzos para obtener el CFC, independientemente del cumplimiento por el Concedente del EPC, pero abandonó esos esfuerzos a partir del mes de marzo de 2016.

343. El Tribunal ha tenido ante sí la totalidad de los documentos que reflejan la relación entre las partes en el momento en que esta disputa se origina e inclusive con posterioridad a ese momento, y el Tribunal no ha encontrado actividad alguna del Concesionario tendiente a obtener el CFC con posterioridad al mes de marzo de 2016. Con lo cual, un análisis del texto del Contrato de Concesión, en el contexto de la evidencia producida y teniendo en cuenta la conducta de las Partes, demuestra que exigir el ECP como condición del CFC fue una estrategia del Concesionario, el cual apretado por las circunstancias buscó descargar su responsabilidad y esconder su incumplimiento argumentando que su obligación dependía de un previo cumplimiento por el Concedente de la Entrega del Control del Proyecto (ECP).

344. Ahora bien, a continuación **¿estaba en condiciones el Concesionario para obtener el Cierre Financiero del Contrato? ¿Había hecho las gestiones necesarias para obtener el Cierre Financiero del Contrato si el Concedente hubiera (como consecuencia de uno de los Acuerdos de extensión) logrado finalmente Entregar el Control del Proyecto (ECP)?**

345. El Tribunal desea comenzar el análisis de la pregunta antes planteadas enfatizando que obtener el Cierre Financiero del Contrato requería, conforme a la cláusula 20.3 del Contrato de Concesión, que el Concesionario demostrase que contaba con *"la totalidad de los recursos financieros o los contratos suscriptos que establecían los compromisos de financiamiento requeridos para la ejecución de las Obras Nuevas de la Segunda Etapa."*[147] La suma que debía financiar el Concesionario ascendía a trescientos cuarenta y un millones, seiscientos treinta y tres mil novecientos ocho (US$ 341´633,908.00) dólares estadounidenses.[148]

346. No cabe duda alguna que la obtención de un financiamiento por esa suma de dinero requiere un gran compromiso tanto del Concesionario como de cualquier financista dispuesto a arriesgar ese capital y que un incremento del riesgo crediticio podía tener un impacto decisivo.

347. La Demandante no niega en ningún momento que ese financiamiento debía venir de terceros, y más aún, enfáticamente sostiene que el mismo no vendría de los *Sponsors,* sino que se obtendría a través de comprometer los flujos del proyecto a través de un esquema de *Project Finance*.[149]

---

[147] Las inversiones en la obra de la segunda fase serán financiadas íntegramente por el concesionario, y dicho financiamiento será íntegramente repagado por el concedente mediante la retribución anual por recuperación de inversiones (RPI), esto es el derecho adquirido del concesionario a recibir de manera irrevocable de parte del concedente a través del fideicomiso, el valor de las anualidades por recuperación de inversiones representado por las alícuotas trimestrales del RPI independientemente de la vigencia o caducidad de la concesión.

[148] Ver cláusula 1.74 del Contrato de Concesión, CHD-5.

[149] Primer Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrafo 294 a 323.

348. Precisamente, el Tribunal entiende que la obtención de financiamiento por la suma US$ 341´633,908.00, especialmente a través de la implementación de un *Project Finance*, hubiera requerido abundante trabajo financiero, legal y regulatorio. Por lo cual, el Tribunal Arbitral hubiera esperado encontrarse con evidencia que reflejare ejercicios de debida diligencia, innumerables comunicaciones entre los asesores financieros y legales y los funcionarios del Concesionario, abundancia de comunicaciones entre quienes implementaría el *Project Finance* y los funcionarios del regulador financiero en el Perú como ante los bancos o entidades financiera que implementaría el Project Finance.

349. Partiendo de esta premisa, el Tribunal expresamente requirió, como lo hemos visto más arriba, prueba de (toda) la evidencia en poder de la Demandante de que el Concesionario se encontraba en condiciones de obtener el Cierre Financiero del Contrato sea en la fecha original establecida en el Contrato o en las sucesivas extensiones al ECP y al CFC, a la que se ha hecho referencia más arriba a través de las Actas Acuerdo.

350. Frente a la pregunta del Tribunal, las Demandantes respondieron identificando los siguientes documentos como evidencia de los esfuerzos realizados por el Concesionario para obtener el Cierre Financiero del Contrato:

CHD 50 – Carta de fecha 28 de enero de 2015 emitida por los estructuradores financieros,
CHD 51 – Propuesta del Contrato Marco de Emisión de Bonos de Titulación del Primer Programa de Bonos Chavimochic,
CHD 54 – Carta No. 24-CHAVIMOCHIC-GRLL,
CHD 57 – Carta CHAVI-GRLL No. 035-2015,
CHD 63 - Documentos que acreditan los gastos para el Cierre Financiero

351. Al describir estos documentos la Demandante hace los siguientes comentarios:

2. Identificar e indicar toda la evidencia que existe en el expediente que acrediten pasos concretos para la estructuración del Cierre Financiero

Medio Probatorio	Documento	Asunto
CHD – 50	Carta de fecha 28 de enero del 2015 emitida por los estructuradores financieros	Scotiabank en el marco de las negociaciones y en su calidad de Estructurador Financiero presenta al Concesionario a través de esta carta mandato de bonos y propuesta iniciativa de la línea revolvente, y los términos y condiciones bajo los cuales podrán asistir al Concesionario en la negociación, estructuración y colocación de los bonos titulizados del Proyecto.
CHD – 51	Propuesta del Contrato Marco de Emisión de Bonos de Titulización del Primer Programa de Bonos Titulados Chavimochic	Propuesta al Concesionario del Banco de Crédito del Perú con la intervención de Credicorp Capital Sociedad Titulizadora S.A. del Contrato de Fideicomiso en Administración.
CHD – 54	Carta N° 024-CHAVIMOCHIC-GRLL	Carta del Concesionario al Concedente advirtiendo de que la falta de ECP afectaría la obtención del Cierre Financiero.
CHD – 57	Carta N° CHAVI-GRLL-035-2015	Carta del Concesionario al Concedente, por medio de la cual remite la propuesta de modificación del Contrato de Concesión para la bancabilidad del Proyecto, entre las cuales advierte que la ECP es un requisito para esto.
CHD – 62	Carta s/n de Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C.	Carta de la clasificadora de riesgo Apoyo &Asociados Internacionales S.A.C., en la que señala que la Garantía Soberana que otorgaría el Estado para el pago puntual de RPI, le permitía asumir que el riesgo crediticio de los flujos a titulizar tiene un *link* directo con el *rating* del Gobierno (y no como lo pretende distorsionar la Demandada con los *ratings* de los accionistas).
CHD – 63	Documentos que acreditan los gastos por Cierre Financiero	Facturas y documentos que demuestran los gastos incurridos por la Demandada en asesorías especializadas para la obtención del Cierre Financiero.

352. El Tribunal analizará cada uno de estos documentos, lo cual también significa analizar si el *Project Finance,* al cual la Demandante hace referencia como único método para financiar las obras de la segunda fase, podía aislar al Concesionario y al Contrato de Concesión de la situación legal y financiera que transitaban los *Sponsors*.[150] Según la Demandante:

> 294. La calificación crediticia de los *Sponsors* o accionistas de la Demandante, como lo ha señalado equivocada y repetidamente la Demandada, sin sustento fáctico ni autoridad legal alguna aportados, no afecta la capacidad del Concesionario para obtener el financiamiento del proyecto.

[150] Primer Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párrafo 294 a 323.

295. Esto primero porque, el Project Finance es una técnica de financiamiento *nonrecourse* que financia proyectos de inversión en función de los flujos de efectivo proyectados de un proyecto, en lugar de los activos generales o la solvencia de los patrocinadores o *Sponsors del Proyecto*, esto es el financiamiento sin recurso de un solo activo o cartera de activos donde los prestamistas pueden mirar solo esos activos específicos para generar el flujo necesario para cumplir con sus obligaciones fijas, los principales de las cuales son los pagos de intereses y los reembolsos del principal. La garantía y la garantía de los prestamistas suelen ser únicamente (o fundamentalmente) los contratos, flujos futuros y los activos físicos del proyecto. Los prestamistas no suelen recurrir al propietario del proyecto y, a menudo, a través de la estructura legal del proyecto, los prestamistas están protegidos de los problemas financieros del propietario del proyecto.

296. Además, una de las razones más importantes que sustentan la constitución de una sociedad de propósito especial a fin de que esta sea la desarrolladora del proyecto, es justamente la reducción de riesgos asociados a sus accionistas o *Sponsors*. Esta reducción de riesgos no solo se hace desde una perspectiva societaria, sino financiera y contable al separar ambos patrimonios de manera independiente. Así, en términos sencillos, los pasivos, cargas y gravámenes exigibles a los *Sponsors* no pueden ser exigibles a la SPV, porque son personas jurídicas diferentes o independientes.

297. Debido a que este financiamiento se había estructurado mediante un Project Finance, los recursos de pago serían únicamente los flujos derivados del proyecto en sí, tomando como base de cálculo el cumplimiento del proyecto en sí mismo, conforme al literal c. del numeral 20.4 del Contrato de Concesión. A diferencia de un financiamiento corporativo, en el que sí resulta relevante la situación financiera y crediticia de cada empresa, en el Project Finance lo que importa es la capacidad del proyecto de generar sus propios recursos y en buena cuenta, la capacidad financiera y crediticia de la propia SPV (Concesionaria Chavimochic) luego de otorgado el financiamiento.

298. **En un Project Finance sin garantía de los *Sponsors* (como es el caso de la estructura del financiamiento propuesta por el Demandante),** la calificación financiera de la SPV no es la misma, ni se encuentra condicionada a la calificación financiera de sus accionistas o *Sponsors.*

299. Es más, a la fecha el grupo Odebrecht cuenta con dos concesiones en el Perú cuya construcción se financió mediante la emisión de bonos locales

(H2Olmos y Concesionaria Trasvase Olmos). En ambos casos, el proceso de reestructuración del grupo de Odebrecht y su downgrade de calificación no ha afectado la clasificación de rating de dichas emisiones. [151]

353. Uno de los principales documentos en los que se fundamenta la Demandante es el informe de Apoyo y Asociados Internacionales adjuntado por la Demandante como anexo CHD-62. La Demandante justifica su posición en algunas citas del informe de Apoyo y Asociados Internacionales S.A.C., entidad asociada a Fitch Ratings, de fecha 15 de marzo de 2015, [152] citando los siguientes párrafos:

> Así la Garantía Soberana que otorgaría el Estado para el pago puntual del RPI, nos permite asumir que el riesgo crediticio de los flujos a titular tiene un link directo al rating del Gobierno. Lo anterior, debido a que la ejecución de la garantía soberana sería en forma irrevocable, incondicional, absoluta, solidaria y sin beneficios de excusión, y ésta se mantendría vigente hasta el pago del íntegro de los derechos de cobro de RPI, los cuales servirían como fuente de pago de las notas a emitirse.[153]
>
> Por ello, la vigencia y ejecución de la Garantía Soberana constituirán una pieza clave de la evaluación. En línea con lo anterior, se debe tener presente que, dado que la primera fuente de pago de RIP son los ingresos que genere el proyecto y sabiendo que el proyecto no es autosostenible, se espera que la Garantía soberana pueda ejecutarse más de una oportunidad, hasta en un número de veces igual en que se pague el RPI (60 pagos mensuales). Asimismo, se espera que la estructura financiera mitigue el riesgo administrativo y/o desfase entre la liquidación de ingresos (activación de la garantía) y desembolso final del RPI.[154]

354. Sin embargo, el Tribunal entiende que este documento echa luz también a algunos otros aspectos que demuestran que, en el caso bajo estudio, el *Project Finance* por sí mismo no bastaba, y que se requería que el Estado activamente tomara un rol central en el proyecto, e inclusive que se reformara el Contrato de Concesión para poder dar la garantía a los financistas que los flujos eran irrevocables, inclusive en el caso en que se

[151] Primer Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 294 a 299. (Énfasis Agregado)
[152] Carta de Apoyo y Asociados Internacionales S.A.C. dirigida a Concesionaria Chavimocic SAC de fecha 12 de febrero de 2015, Anexo de las Demandantes, CHD-61.
[153] Primer Escrito Posterior a la Audiencia, cita de Apoyo y Asociados Internacionales, página 104.
[154] Primer Escrito Posterior a la Audiencia, cita de Apoyo y Asociados Internacionales, página 104.

produjera la Caducidad de la Concesión. Apoyo y Asociados, a quien la Demandante cita con autoridad, dice también lo siguiente:[155]

355. Para que el *Project Finance* sea posible era necesaria la aprobación de una Adenda de Bancabilidad al Contrato de Concesión:

> La presente tiene por objeto comunicarles nuestra opinión sobre el proyecto de adenda de banca habilidad al Contrato de Concesión del proyecto Chavimochic, la cual pretende facilitar la financiación del proyecto vía la emisión de notas garantizadas respaldadas por la titulación de derechos de cobros flujo futuros que el concesionario tiene derecho a recibir por la construcción de las obras hidráulicas mayores (retribución anual por recuperación por inversión RPI).
>
> Al respecto la clasificadora considera que la adenda permitirá que el financiamiento futuro no se encuentre expuesto al riesgo de construcción (sobrecostos, retrasos) ni al riesgo de desempeño operativo. En este sentido, una vez que se emita un certificado de derecho de cobro de RPI se convertirá automáticamente En una obligación incondicional e irrevocable, y que no está por lo tanto asociada a la culminación exitosa del proyecto. Asimismo, el total de certificados de derecho de cobro de RPI generados podrá ser vendido a un fideicomiso y la venta no se encontrará sujeta a ninguna condición de desempeño del proyecto bajo el Contrato de Concesión.
>
> Lo anterior, debido a que la adenda propuesta establece que el pago de RPI (US$25.1 millones Pagaderos por 15 años en cuotas trimestrales iguales) al que el concesionario tiene derecho a recibir, en función a los certificados que se generen según los avances de la obra, es irrevocable, incondicional e independiente de si se produce o no la culminación del proyecto y/o la caducidad de la concesión, estableciéndose así una fecha cierta (Fecha de Corte) de inicio de pago de la RPI.
>
> 1. El Proyecto no es autosostenible,

[155] Carta de Apoyo y Asociados Internacionales S.A.C. . dirigida a Concesionaria Chavimocic SAC de fecha 12 de febrero de 2015, Anexo de las Demandantes, CHD-61.

En línea con lo anterior, se debe tener presente que, **dado que la primera fuente de pago de RPI son los ingresos que genera el proyecto y sabiendo que el proyecto no es auto sostenible**, se espera que la garantía soberana pueda ejecutarse más de una oportunidad, hasta en un número de veces igual en que se pague el RPI (60 pagos trimestrales) …

2. Inclusive con la Adenda de Bancabilidad, en el caso en que los flujos no fueran suficientes, el Estado sería el pagador de última instancia. Sería necesaria la capacidad y voluntad de pago de la contraparte gubernamental,

   Así, la garantía soberana que otorgaría el estado para el pago puntual de RPI, nos permite asumir que el riesgo crediticio de los flujos a titulizar tiene un link directo con el rating del Gobierno. Lo anterior, debido a que la ejecución de la garantía soberana sería en forma irrevocable, incondicional, absoluta, solidaria, y sin beneficio de excusión, y esta se mantendría vigente hasta el pago íntegro de los derechos de cobro de RPI, Los cuales servirán como fuente de pago de las notas a emitirse.

   Cabe señalar que la capacidad y voluntad de pago de la contraparte gubernamental para realizar el pago completo y oportuno del RPI (riesgo de ingreso), Para que el concesionario realice el pago de la deuda, es una consideración crediticia clave en la clasificación de riesgo de las notas a emitirse. Por ello, la vigencia y ejecución de la garantía soberana constituirán una pieza clave de la evaluación. En línea con lo anterior, se debe tener presente que, dado que la primera fuente de pago de RPI y son los ingresos que genere el proyecto y sabiendo que el proyecto no es auto sostenible, se espera que la garantía soberana pueda ejecutarse más de una oportunidad, hasta en un número de veces igual en que se pague el RPI (60 pagos trimestrales). Asimismo, Se espera que la estructura financiera mitigue el riesgo administrativo y/o desfase entre la liquidación de ingresos (activación de la garantía y desembolso final de RPI).

3. El efecto de la Adenda haría que el riesgo asociado a la emisión de deuda en función de los flujos del Proyecto sea el del Perú, y no los riesgos del Concesionario,

> En septiembre 14, nuestro socio internacional, Fitch Ratings, ratificó las clasificaciones en escala internacional de Perú en moneda extranjera (FC) y local (LC) en BBB+ y A-, respectivamente, con una perspectiva estable. En opinión D la clasificadora, la obligación de pago de RPI Tiene un link muy fuerte con la contraparte soberana y está asociada al FC de Perú. [156]

356. En definitiva, mientras que el Anexo CHD-61 es citado por la Demandante para demostrar que la financiación se haría bajo la forma de un *Project Finance,* el documento también sostiene que: (1) el proyecto no es autosostenible, lo cual es leído por el Tribunal como significando que los flujos de fondo no alcanzaba para el repago, (2) que es absolutamente necesaria la garantía del Estado a través de la Garantía Soberana y de una conducta que refleje "voluntad y capacidad de pago" del Estado, (3) que la calificación se hace con respecto al gobierno de Perú y no respecto al Concesionario, y (4) finalmente, que para que ello sea realizable es absolutamente necesaria la adopción de una Adenda al Contrato de Concesión que hiciera que la garantía soberana del Estado sea irrevocable, incondicional, absoluta, solidaria y sin beneficio de excusión, y que ésta se mantenga vigente hasta el pago integro de los derechos de cobro de RPI. Así mismo, esta modificación al Contrato de Concesión haría que la obligación asumida en la garantía soberana se mantuviese inalterable incluso en el caso de qué hubiese una caducidad temprana de la Concesión.

357. Este entendimiento es confirmado cuando se analiza otro de los documentos en los cuales se fundamenta la demandante para decir que estaba en condiciones de obtener el cierre financiero del contrato. Este documento es el anexo de la demandante CHD-57, el cual es el documento CHAVI-GRLL-035-2015 del 24 de febrero de 2015, mediante el cual el gerente general de la Concesionaria Chavimochic se dirige al señor César Acuña Peralta, solicitando la adenda de bancabilidad, dice:

358. Sobre el particular, al amparo del numeral (ii) anterior [numeral (ii) del artículo 15 del Decreto Supremo No. 127-2014-EF (Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas)] se pueden modificar los contratos de asociación Público – Privadas dentro de los primeros 3 años contados a partir de su celebración, siempre y cuando dichas modificaciones: (i) tengan por finalidad corregir errores materiales, (ii) sean requeridas por los acreedores permitidos vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato; y, (iii) sean precisiones de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato.

359. Sobre el particular al amparo del numeral (ii) anterior, les manifestamos que resulta necesario modificar determinadas cláusulas del Contrato de Concesión para efectos de

[156] Todos estos párrafos citados surgen del contenido del Anexo de la Demandante CHD-61, Informe de Apoyo y Asociados (FitchRaitings), de fecha 12 de febrero de 2015.

hacer posible la bancabilidad/financiación del Proyecto Chavimochic fase III de cara a lograr el cierre financiero del mismo en cumplimiento del Contrato de Concesión .

360. En tal sentido, adjunto a la presente, encontrarán la solicitud correspondiente de modificaciones al Contrato de Concesión requerida por Scotiabank, Perú así como el sustento y los términos de dichas modificaciones, todo ello incumplimiento del Contrato de Concesión y el reglamento de APPs.[157]

361. El documento CHAVI-GRLL-035-2015, al cual el Tribunal está haciendo referencia, explica (a través de un estudio que hace el Scotiabank para el Concesionario) en detalle la adenda de Bancabilidad que es requerida para desvincular el riesgo del Concesionario y atar el mismo a la calificación financiera del Estado peruano. Para ello se requería:

Modificaciones al Pago del RPI, modificando las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión: 1.109, 1.111, 1.112, 4.6, 4.8, 4.10, 4.11, 4.12, 4.13, 4.16, 4.19, 4.21 y 14.4.2.(a); dice específicamente el documento:

> … No obstante lo expuesto, el Contrato de Concesión contiene disposiciones que entran en contradicción con las citadas disposiciones y en particular con el carácter irrevocable e incondicional del derecho de cobro que se genera a partir de la emisión de los CAO. estas contradicciones e inconsistencias ponen en riesgo la bancabilidad del proyecto Bajo cualquier estructura financiera que sea utilizada y con ello la conclusión exitosa del cierre financiero del mismo … de no incorporarse esta propuesta, cualquier esquema de financiamiento que monetice o tenga la RPI como garantía (indispensable para el financiamiento del proyecto dado el esquema de pago bajo el mismo) resulta inviable, ya que el pago del RPI no sería irrevocable e incondicional, encontrándose siempre sujeto al riesgo de [documento incompleto sin final de la frase][158]

Modificaciones a las cláusulas sobre Garantía Soberana, modificando las siguiente cláusulas del Contrato de Concesión: XXIV(2)(e) de la sección Antecedentes y las cláusulas 1.62, 1.111, 4.23 y 10.1.8.

Modificaciones a la cláusula sobre Intereses Moratorios, se propone modificar la cláusula 4.25.

---

[157] Anexo de la Demandante CHD-57, Carta CHAVI-GRLL-035-2015 de fecha 24 de febrero de 2015.

[158] Anexo de la Demandante CHD-57, Carta CHAVI-GRLL-035-2015 de fecha 24 de febrero de 2015, Anexo I preparado por el Scotiabank Perú conteniendo FUNDAMENTOS DE LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS, Análisis de la primera modificación requerida "Pago del RPI".

> … Para efectos de la bancabilidad y cierre financiero del proyecto, resulta de fundamental importancia tener una definición clara sobre los flujos de pago y en el caso en particular del derecho al cobro de intereses moratorios en caso de retraso en el pago de RPI (i) quién es el obligado al pago, (ii) el supuesto que gatilla su pago (cualquier retraso en el pago del RPI y por cualquier causa), (iii) que el beneficiario del pago es el concesionario como titular del derecho del cobro del RPI, y (iv) la mecánica de pago.
>
> **Modificaciones a la cláusula sobre Endeudamiento Garantizado Permitido**, modificando la cláusula 20.2 del Contrato de Concesión:
>
> … Teniendo en cuenta lo expuesto, se propone modificar la cláusula 20.2 del Contrato de Concesión, a efectos de que quede claramente establecido que (i) en cuanto al destino de los fondos del EGP, lo importante es que el mismo sirva para financiar el desarrollo de la concesión (es decir el Proyecto) , y (ii) En caso el destino de los recursos de un EGP incluya el refinanciamiento de una deuda, la deuda a ser pagada o refinanciada con un EGP deba haber sido incurrida para financiar el desarrollo de la concesión (es decir el Proyecto), Y no necesariamente debe haber calificado como EGP. Lo propuesto básicamente buscaría que lo anterior quede claramente establecido en el Contrato de Concesión para evitar confusiones en su interpretación, permitiendo por ejemplo, que si en el período anterior a la obtención del cierre financiero, el concesionario hubiera obtenido préstamos de corto plazo, préstamos puente, o líneas de capital de trabajo, que no hayan sido calificados como EGP pero que hayan sido destinados exclusivamente al desarrollo del proyecto, dichas operaciones pueden ser refinanciadas con los recursos obtenidos en financiamiento a largo plazo que califiquen como EGP, toda vez que se cumple con la finalidad de la regulación del EGP y de los acreedores permitidos.

362. El Tribunal ha revisado toda la evidencia presentada por las Partes y no ha podido encontrar ningún documento que refleje, siquiera en parte, las extensas modificaciones que esta Adenda de Bancabilidad requería introducir en el Contrato.

363. El Tribunal nota que en el Memorial de Demanda cuando la Demandante describe el devenir histórico del Contrato, sostiene en párrafos 57 y 58, que la Adenda No. 1 que se

firmó el 5 de mayo de 2015 tenía como objetivo ampliar una serie de plazos contractuales como la presentación de los Expedientes Técnicos 1 y 2, el plazo para obtener el cierre financiero, permitir de buena fe que el concedente cumpla con la ECP y hacer posible la bancabilidad del proyecto Chavimochic.[159] Sin embargo, cuando el Tribunal analiza el texto de la Adenda No. 1 observa que el mismo está destinado a ampliar el plazo para los Expedientes Técnicos Nos 1 y 2, y carece de cualquier contenido que se asemeje, aunque sea remotamente, a los numerosos requerimientos explicados por el Scotiabank Perú en el anexo 1 del documento anteriormente identificado, es decir el documento CHD-57. Por lo cual, y a pesar de que la Demandante llame a la Adenda No. 1, Adenda de Bancabilidad, el Tribunal debe concluir que la misma no es tal.[160]

364. El Tribunal entiende que la Adenda de Bancabilidad nunca fue firmada, y que, sin ese documento, el financiamiento a través de la modalidad del *Project Finance* era simplemente imposible, pues en la opinión de los estructuradores, el riesgo sería muy alto y el financista no tendría una garantía de repago.[161]

365. Asimismo, el Tribunal también nota que una modificación en los términos que proponía el Scotiabank Perú modificaba los incentivos del contrato, especialmente porque permitía el cobro del RPI inclusive en condiciones de Caducidad del Contrato, lo cual provocó, en opinión del Tribunal y en función de los documentos analizados anteriormente, críticas por parte de Supervisor Especializado y la oposición de los órganos de control del Estado peruano.

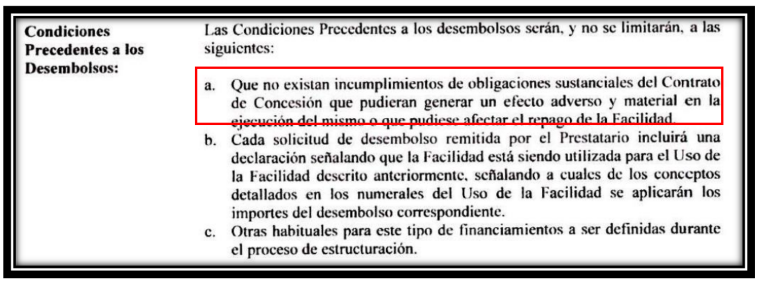
366. El Tribunal no puede finalizar esta sección sin referirse a dos cuestiones que fueron objeto del debate entre las Partes, y especialmente en la posición tomada por la Demandante para justificar sus posibilidades de obtener el CFC: el Tribunal se está refiriendo aquí al documento emitido por el Scotiabank, el cual la Demandante argumenta que este documento identifica claramente que el cumplimiento del ECP era una condición previa para el CFC y la referencia también hecha por la demandante de que existían dos concesiones en el Perú cuya construcción se financió mediante la emisión de bonos locales (H2Olmos y Concesionaria Trasvase Olmos), y que en ambos casos, el proceso de reestructuración del grupo de Odebrecht y la caída en su calificación financiera calificación no ha afectado la clasificación de dichas emisiones.[162]

367. El Tribunal comenzará este análisis por la frase contenida en la página 16 del documento emitido por el Scotiabank e identificado como CHD-50 en el expediente del

[159] Memorial de Demandada, página 27.
[160] De hecho, el Tribunal entiende necesario señalar que el Scotiabank acompañó el texto de la Adenda de Bancabilidad, la cual en nada se parece a la Adenda No. 1 de la que habla la Demandante en los párrafos 57 y 58 del Memorial de Demanda.
[161] Informe de Apoyo y Asociados (FitchRaitings), de fecha 12 de febrero de 2015 CHD-61.
[162] Primer Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, párrafo 294 a 299. (Énfasis Agregado)

Arbitraje. La frase, que el Concesionario interpreta como diciendo que el Concedente debe cumplir primero con el ECP para que luego corresponda el cumplimiento del Concesionario del CFC dice:

> demuestre que contaba con los terrenos y que iba a poder ejecutar la Obra de acuerdo a los plazos pactados en el Contrato de Concesión[200].
>
> 317. Esta necesidad de poder demostrar a los inversionistas la disponibilidad de los terrenos se encuentra acreditada en el documento CHD-50 consistente en una carta emitida por los estructuradores financieros Credicorp y el banco Scotiabank de fecha 28 de enero de 2015, se remite a la Demandada las condiciones precedentes para la emisión de los Bonos del Cierre Financiero, entre las cuales se encuentra lo siguiente:



Condiciones Precedentes a los Desembolsos:	Las Condiciones Precedentes a los desembolsos serán, y no se limitarán, a las siguientes: a. Que no existan incumplimientos de obligaciones sustanciales del Contrato de Concesión que pudieran generar un efecto adverso y material en la ejecución del mismo o que pudiese afectar el repago de la Facilidad. b. Cada solicitud de desembolso remitida por el Prestatario incluirá una declaración señalando que la Facilidad está siendo utilizada para el Uso de la Facilidad descrito anteriormente, señalando a cuales de los conceptos detallados en los numerales del Uso de la Facilidad se aplicarán los importes del desembolso correspondiente. c. Otras habituales para este tipo de financiamientos a ser definidas durante el proceso de estructuración.

[Captura de pantalla de CHD-50, pp.16]

368. Mientras que el Tribunal no niega que la entrega de terrenos era un elemento importante en la ejecución del contrato, lo cierto es que la nota presentada nada dice específicamente al respecto, limitándose a señalar *"que no exista obligaciones sustanciales del Contrato de Concesión incumplidas que pudieran generar un efecto adverso material en la ejecución del mismo o que pudiese afectar el repago de la facilidad"*. En ese sentido, esta definición general y amplia de situaciones que pudieran engendrar un efecto material adverso con impacto en el repago de la facilidad no solo estaría constituida por la falta de acceso a los terrenos del ECP, sino también cualquier otro obstáculo regulatorio o legal sobreviniente, incluido cualquier incumplimiento legal o la violación del CFC.

369. Por lo cual el Tribunal no cree de ninguna manera que ésta sea una "*smoking gun*" como tantas veces la calificó la Demandante. Este documento sólo señala que no debían existir obligaciones incumplidas al momento de cerrarse el negocio por el cual se obtenían los fondos para la financiación del proyecto, pero nada indica que esa obligación sea el ECP o que al momento en que se escribe el documento la institución financiera haya concebido a la situación contemporánea del ECP como un obstáculo por el cual no se podía obtener el CFC.

370. Respecto a las Concesiones H2Olmos y Concesionaria Trasvase Olmos, que según la Demandante se financiaron mediante la emisión de bonos locales, y que en ambos casos el proceso de reestructuración del Grupo de Odebrecht y su downgrade de calificación no habría afectado la clasificación de rating de dichas emisiones, el Tribunal nota no sin cierta

sorpresa que en el mismo escrito en el cual la Demandante sostiene lo antes referido, respondiendo a una pregunta específica del Tribunal, esta dice:

> Respecto a los proyectos (H2Olmso y Concesionaria Fueron financiados en el año 2002 y 2005 respectivamente, dejamos constancia que, como lo señalamos en nuestro Memorial de réplica el downgrade no afectó la operación de dichos proyectos.[163]

371. Es claro que al momento en que esos proyectos fueron financiados no existía la información que existían 2016 sobre los hechos ilícitos en que había incurrido Odebrecht, y en consecuencia, la Demandante estaría reconociendo, a pesar de sus argumentaciones en el Memorial de Réplica y en el mismo escrito en el cual argumentaba que estas concesiones eran un ejemplo de que las dificultades de Odebrecht no afectaban su capacidad financiera, que las mismas no son un ejemplo apropiado para evidenciar que un *Project Finance* se mantendría independencia de la suerte de los *Sponsors,* dado la situación alegada como razón de la degradación financiera en 2016 no existía al momento en que tal financiación se obtuvo entre los años 2002 y 2005.[164]

372. En opinión de la mayoría del Tribunal, el incumplimiento del ECP por el Concedente era el menor de los obstáculos que tenía el concesionario para obtener el CFC. El incumplimiento del CFC por el Concesionario debe atribuirse a razones independientes del cumplimiento del ECP, o por lo menos, a razones que eran paralelas e independientes de esa obligación y que no podían ser atribuidas al Concedente.

373. En opinión de la mayoría del Tribunal, la situación que generó la imposibilidad de obtener el CFC por el Concesionario fueron la consecuencia del reconocimiento por parte de los *Sponsors* de los hechos ilícitos y su responsabilidad en los mismos reconocidos en los documentos GR-11 y CHL-7.

4.4.4. Las Extensiones de Plazo para el Cumplimiento del ECP y sus efectos sobre el Cierre Financiero del Contrato.

---

[163] Primer Escrito Post Audiencia de la Demandante página 111.

[164] En el Primer Escrito post Audiencia la demandante también cita por primera vez en los tres años de arbitraje que existirían otros proyectos fuera del Perú en los cuales se ha obtenido financiamiento, a pesar de la situación reputacional que afectaba al grupo Odebrecht. El Tribunal, tanto por una cuestión procesal como por el hecho de que no se tratan de proyectos en el Perú, cree que esta información tardía y que no necesariamente responde a la pregunta del Tribunal, no sólo no demuestra la capacidad de obtener financiamiento en el Perú durante los años 2016 y 2017 sino que además considerar su valor probatorio sería violatorio del debido proceso al aceptar información que no es una respuesta a lo preguntado por el Tribunal, sino que además no le permite a la Demandada demostrar en contrario, pues en esta parte del procedimiento arbitral ya no estaba permitida la introducción de nueva evidencia. Se deja constancia también que fue intención del Tribunal dar a la Demandante la posibilidad de que plenamente explique cómo las concesiones H2Olmos y Trasvase Olmos demostraban que no era cierto que el Concesionario no se encontrase en condiciones de obtener else CFC, lo cual el Concesionario no demostró al reconocer que estos proyectos habían obtenido el CFC mucho antes de que inclusive los hechos ilícitos de Odebrecht comenzarán a tener lugar en el Perú.

374. El Tribunal pasa ahora a analizar los demás documentos identificados por la Demandante como documentos que demostrarían la capacidad del Concesionario para obtener el cierre financiero del contrato.

375. Es oportuno aquí realizar dos consideraciones preliminares: primero, el Tribunal encuentra preocupante que los documentos acompañados son de vieja data con relación a las fechas en la que el CFC debía acreditarse. Segundo, los documentos en sí mismos tienen dificultades propias cada uno de ellos, que hace evidente que esos documentos, individual o colectivamente considerados, no demuestran la capacidad del Concesionario para obtener el Cierre Financiero del Contrato.

376. La página 46 del Memorial de Demanda contiene un cuadro demostrativo de las distintas prórrogas de la Entrega del Control del Proyecto y del Cierre Financiero del Contrato. Las fechas en las que se debía acreditar fueron:

- Conforme al Contrato el CFC debía acreditarse el 9 de mayo de 2015,
- Conforme a la 1era. Adenda, debía acreditarse el 9 de noviembre de 2015,
- Conforme a la 1era. Acta de Acuerdo, debía acreditarse el 9 de mayo de 2016,
- Conforme a la 2da. Acta de Acuerdo, debía acreditarse el 9 de noviembre de 2016,
- Conforme a la 4ta. Acta de Acuerdo, debía acreditarse el 9 de marzo de 2017.

Fecha	Cierre Financiero (Concesionario)	ECP (Concedente)
1. Contrato de Concesión (9 de mayo de 2014)	9 de mayo de 2015	Primera Etapa: Obras Iniciales de la Primera Fase: 7 de junio de 2014 Segunda Etapa: demás terrenos de la Primera Fase y los terrenos de la Segunda Fase: 4 de noviembre de 2014
2. Primera Adenda (5 de mayo de 2015)	9 de noviembre de 2015 (Se extiende igualmente el Periodo Inicial hasta el 9 de mayo de 2016)	No aplica
3. Primera Acta Acuerdo (29 de septiembre de 2015)	9 de mayo de 2016 (Se extiende igualmente el Periodo Inicial hasta el 9 de mayo de 2016)	9 de marzo de 2016
4. Segunda Acta Acuerdo (8 de marzo de 2016)	9 de noviembre de 2016 (Se extiende igualmente el Periodo Inicial hasta el 9 de noviembre de 2016)	Primera Etapa: 9 de junio de 2016 Segunda Etapa: 9 de septiembre de 2016
5. Tercera Acta Acuerdo (1 de junio de 2016)	No aplica	Primera Etapa: 9 de septiembre de 2016
6. Oficio 1470 del Gob. Regional de la Libertad (1 de agosto de 2016)	*[Se] conserv[a] siempre* ***que la Entrega de Control del Proyecto sea antes del Cierre Financiero, con lo cual el incentivo para no continuar con la Segunda Fase sería por el incumplimiento de parte del Concedente de la Entrega del Control de Proyecto, por lo que el Concesionario podría invocar la Caducidad de la Concesión e irse sin ser penalizado y solicitando su GFCC por tratarse de caducidad por incumplimiento del Concedente.*** (énfasis suplido).	
7. Cuarta Acta Acuerdo (3 de noviembre de 2016)	9 de marzo de 2017	No hay prórroga con relación a la ECP. Sin embargo, **la Demandante** se compromete a no invocar la Caducidad por incumplimiento del Concedente en relación con la falta de ECP hasta el 9 de

Emisor	**Fecha**	**Número de Anexo**
Carta de Scotiabank Perú	28 de enero de 2015	CHD-50
Propuesta de Contrato Marco para Emisión de Bonos (Borrador de Contrato de Fideicomiso en Administración)	7 de setiembre de 2015	CHD-51
Carta No. 024-CHAVIMOCHIC-GRLL	19 de enero de 2015	CHD-54
Carta CHAVI-GRLL-035-2015	25 de febrero de 2015	CHD-57
Carta de Apoyo y Asociados	12 de febrero de 2015	CHD-61

377. El Tribunal nota que todos documentos ofrecidos como evidencia de la capacidad para obtener el Cierre Financiero del Contrato son todos de fecha 2015. Inclusive, aquellos más importantes como los documentos CHD 50 y 61, están fechados en los primeros meses de 2015. Aún más, en la medida en que la fecha para el CFC iba variando, como consecuencia de los nuevos vencimientos que iban siendo negociados por las Partes, ninguna variación o actividad se nota que acompañe las fechas de los nuevos vencimientos. En algunos casos existe un plazo de meros dos meses entre el ECP y el CFC, con lo cual, si el Concedente hubiere cumplido, el Concesionario no tenía forma de cumplir con sus obligaciones en tal corto período de tiempo.

378. Las fechas del Anexo de la Demandante CHD-63 conteniendo la facturación por servicios profesionales para la acreditación del Cierre Financiero del Contrato son los siguientes:

Emisor	**Número**	**Fecha**	**Concepto**
Facturas del Estudio Payet,	0034715/6, 0037245/46, 0041586	Fechadas: diciembre de 2014, abril de	Estructuración de Bonos de Utilización – Due

Rey, Cauvi & Pérez		2015, diciembre de 2015.	Diligence. Estructura ción e Implementación del Financiamiento del Proyecto Chavimochic.-
çFacturas de Apoyo & Asociados Internacionales	0002822, 0020845,	Fechadas: 18 de diciembre de 2014, 11 de marzo de 2015.	Cuota Inicial por Servicios de Calificación de Riesgo
Factura de J & A Garrigues Perú	001-190/218/219	Fechadas: diciembre de 2015.	Asesoría en Bancabilidad del Proyecto Chavimochic al 30 de noviembre de 2015.

379. El Tribunal observa que a partir de marzo de 2016 no existe ningún documento que demuestre que el Concesionario estaba intentando obtener el Cierre Financiero del Contrato, y muchos menos aún que estaba en condiciones de obtener el CFC, pues como se analiza a continuación, los documentos fundamentales que podrían servir para demostrar la realización de gestiones para la obtención del CFC, contienen además condiciones adicionales sobre hechos futuros que no se produjeron.

380. Como manifestó el Tribunal anteriormente, realizar una emisión de deuda para instrumentar una financiación a través de un *Project Finance* requiere aprobación de la emisión por los órganos internos de la compañía, preparación de la documentación necesaria para realizar la emisión, aprobación por las instituciones financieras que comprometen los fondos financieros y finalmente, la presentación y aprobación por el regulador financiero, así como otra decena de actos jurídicos, administrativos, financieros y contables antes de llegar a la emisión en sí misma. De haberse realizado todos estos actos existiría una cantidad monumental de documentos para demostrar que esas gestiones se habían realizado.

381. Sin embargo, desde marzo de 2016 en adelante no existe documento (identificado y presentado al expediente de este Arbitraje) que demuestre actividad alguna por parte del Concesionario para obtener el CFC.

382. Inclusive, entre los pocos documentos presentados, los documentos más importantes como el Informe de Apoyo y Asociados o la carta del Scotiabank se encuentran fechados en el año 2015 y sólo demuestran un comienzo muy incipiente en la preparación de un proceso de emisión que estuvo muy lejos de llegar a cualquier concretización en la realidad; todo ello en un contexto en el que el Tribunal requirió expresamente a las Partes, especialmente a las Demandantes, y les otorgó especialmente una oportunidad para presentar estos documentos en el expediente, que identifiquen los documentos capaces de demostrar que el Concesionario se encontraba en condiciones de obtener el Cierre Financiero del Contrato.

383. Ahora bien, como se adelantó anteriormente, estas conclusiones que anteceden se consolidan cuando se analizan los documentos identificados por el Concesionario en forma individual:

384. El Informe del Scotiabank sobre el asunto Carta Mandato de Bonos y Propuesta Indicativa de la Línea Revolvente, fechado 28 de enero de 2015, carece de cualquier otro documento posterior relacionado al mismo que permita entender que existieron actividades tendientes a una emisión en función de esta transacción financiera.

385. Además, la entidad financiera dice:

- Los estructuradores dejan establecido que la propuesta de financiamiento bancario no constituye una oferta irrevocable sino que presenta los términos indicativos a los que los estructuradores consideran que la compañía podría financiar el Proyecto Chavimochic Tercera Etapa, En las actuales condiciones del mercado. La entrega de un compromiso en firme del financiamiento bancario estaría sujeta, entre otros aspectos, a las aprobaciones internas y crediticias de los bancos financistas (véase Anexo II), la realización de un *due diligence* legal y financiero a satisfacción de tales bancos, la ausencia de cambio en las condiciones financieras del proyecto o de los mercados financieros internacionales y nacionales, y otros que serán definidos luego de la revisión del *due diligence* realizado

386. Como se adelantó no hay evidencia alguna de "las aprobaciones internas y crediticias de los bancos financistas (véase Anexo II), la realización de un due diligence legal y financiero a satisfacción de tales bancos" o de cumplimiento con cualquiera de los otros requisitos exigidos por el Scotiabank en su comunicación.

387. Asimismo, en el Anexo II de este mismo documento el Tribunal nota la referencia adicional a los siguientes requerimientos adicionales por parte de los bancos financistas:

ANEXO II

Línea Revolvente de Capital de Trabajo hasta por US$25'000,000.00

Resumen de Términos y Condiciones Indicativos

El resumen de términos y condiciones indicativos que se presenta a continuación no pretende describir todos los términos y condiciones relacionados con la Facilidad, ni tampoco sugerir una redacción específica para las cláusulas de la documentación final. En lugar de eso, la intención es delinear ciertos puntos básicos de entendimiento sobre los cuales la Facilidad podría ser estructurada en términos aceptables para los Prestamistas. Los términos y condiciones indicativos aquí presentados están sujetos a posibles modificaciones como resultado de las aprobaciones crediticias de los Prestamistas, así como a posibles modificaciones por parte de éstos durante el proceso de "due diligence" o como resultado de cambios en las condiciones políticas, económicas y/o financieras del Perú.

Prestatario:	**Concesionaria Chavimochic S.A.C. (indistintamente el "Concesionario" o la "Compañía")**
Garantes:	De forma individual, en los términos y porcentajes señalados en la sección Garantías (i) Odebrecht Participacoes e Investimentos S.A. ("OPI" y Odebrecht S.A. ("ODB"), y (ii) Graña y Montero S.A.A. ("G&M").
Prestamistas:	Banco de Crédito del Perú (50%) y Scotiabank Perú S.A.A. y/o cualquiera de sus subsidiarias y/o afiliadas ("Scotiabank") (50%).
Plazo de los Desembolsos:	Hasta noventa (90) días desde su desembolso.
Fuente de Repago:	Fondos del Cofinanciamiento y recursos propios de la Compañía.

Scotiabank

(i) 73.5% de las obligaciones de pago bajo la Facilidad serán garantizadas por OPI y ODB de forma solidaria entre sí, con sujeción a lo siguiente:

(ii) 26.5% de las obligaciones de pago bajo la Facilidad serán garantizadas por G&M:

Otras consideraciones

a. Limitación a cambio de control en el Concesionario directa o indirectamente del grupo económico Odebrecht S.A. y/o grupo económico G&M.
Cualquier cambio en la composición accionarial en el Concesionario ya sea de forma directa o indirecta del grupo económico Odebrecht S.A. y/o grupo económico G&M no generará ninguna modificación en la obligación de los Garantes derivadas de los Contratos de Fianza de respaldar el 100% de la Facilidad a menos que el nuevo accionista en el Concesionario sea a satisfacción de los Bancos y garantice proporcionalmente, según su participación, esta Facilidad.
b. Limitación total a deudas financieras adicionales del Concesionario considerando un threshold de US$5´000,000. Dichas deudas adicionales únicamente serán contraídas para financiar la adquisición de equipos menores vinculados al Proyecto.
c. Cross default a todas las obligaciones de pago del Concesionario considerando un threshold de US$5´000,000.
d. Cross default a todas las obligaciones de pago de OPI considerando un threshold de US$50´000,000:

Sin perjuicio de los plazos de ejecución previstos anteriormente, las fianzas serán solidarias frente a los Prestamistas respecto de la Compañía y Garantes (quedando expresamente establecido que las obligaciones derivadas de las fianzas serán mancomunadas entre G&M respecto a OPI y ODB, y viceversa, por lo que (i) la solidaridad antes referida únicamente genera que la Compañía sea igualmente responsable al igual que los Garantes, y (ii) la obligación de los garantes derivadas de las fianzas será individual y estará limitada a los porcentajes antes señalados, sin que de ninguna forma pueda interpretarse que estos garantizan individualmente el 100% de las obligaciones de pago bajo la Facilidad), incondicionadas, irrevocables, de realización automática, por plazo indeterminado y con renuncia expresa al beneficio de excusión.

388. El Tribunal observa que esta propuesta[165] depende de los *Sponsors* y de su suerte legal y financiera, lo cual contradice la hipótesis planteada por la Demandante en el párrafo 298 de su Primer Escrito Post Audiencia en la cual la Demandante sostiene:

298. En un Project Finance sin garantía de los sponsors (como es el caso de la estructura del financiamiento propuesta por el Demandante), la calificación financiera de la SPV no es la misma, ni se encuentra condicionada a la calificación financiera de sus accionistas o sponsors.

389. En consecuencia, el Tribunal no puede sino concluir, que en las fechas relevantes la operatoria que proponía el Scotiabank no hubiera sido posible, pues aquí no es exclusivamente el *Project Finance* la garantía de quien financiera el proyecto, sino que esta propuesta debía estar garantiza por los *Sponsors*, lo cual derrota a la principal explicación que presenta la Demandante, es decir, que era el flujo de fondos del proyecto la garantía de los bancos financistas.

[165] Carta del Scotiabank a la Concesionaria Chavimocic SAC de fecha 28 de enero de 2015, 28 de enero de 2015. Anexo CHD-50.

390. El Anexo CHD-51, al que la Demandante llama *"Propuesta de Contrato Marco de Emisión de bonos de Titulización del Primer Programa de Bonos Titulados"* contiene similares problemas que aquellos que afectan al Anexo CHD-50, es decir, es un documento de vieja data para el momento en que el CFC era necesario a lo largo de los años 2016 y 2017, y carece de toda continuidad que demuestre la existencia de tratativas o gestiones que hayan existido entre esta "propuesta al Concesionario" y cualquier paso posterior que permita saber la suerte de esta iniciativa e identificar pasos concretos que el Concesionario hubiere estado adoptando para la obtención del Cierre Financiero.
391. Asimismo, si bien el documento es llamado "Propuesta de Contrato Marco de Emisión de bonos de Titulización del Primer Programa de Bonos Titulados", cuando el Tribunal analiza el mismo, éste no es más que el borrador de un Contrato de Fideicomiso, el cual carece de toda información financiera como para que el Tribunal pudiera concluir que el mismo era una propuesta de emisión de títulos y que esta propuesta demostrara la existencia de posibilidades ciertas de una financiación independiente de la suerte de los *Sponsors.*
392. También es de notar que al igual que con la propuesta del Scotiabank (CHD-50) era necesaria la negociación de una Adenda de Bancabilidad, la cual nunca sucedió.
393. Respecto al documento identificado como "Carta No. 024-CHAVIMOCHIC-GRLL" (Anexo de la Demandante CHD-54), el Tribunal nota primeramente que este documento fue identificado por la Demandante como un documento que demostraría que era necesario que el Concedente cumpliera con el ECP como condición previa al cumplimiento del CFC por el Concesionario. En otras palabras, en principio, este documento no demostraría en sí mismo la capacidad financiera del Concesionario para obtener el Cierre Financiero del Contrato.
394. Dicho ello, el Tribunal hizo además un análisis independiente del documento CHD-54, y – efectivamente –, el mismo consiste en una carta del Concesionario al Concedente reiterando que, conforme al numeral 1.46 del Contrato de Concesión , la entrega de los terrenos para las Obras Nuevas debía ser realizado una vez que los mismos hayan sido liberados de toda carga y gravámenes, incluido el cumplimiento del rescate de cualquier pieza arqueológica que pudiera existir en los mismo. En otras palabras, el documento estaría rechazando las entregas parciales de terrenos, y en modo alguno, en opinión del Tribunal, este documento demuestra que el Concesionario se encontraba en condiciones de obtener el CFC.
395. En cuanto al documento CHAVI-GRLL-035-2015 (CHD-57), Carta del Sr. Alfonso Pinillo Moncloa, Gerente General del Concesionario al Sr. César Acuña Peralta, Presidente Regional de La Libertad, acompañando Informe del Scotiabank con "Solicitud de Adenda

de Bancabilidad" sólo demuestra que la Adenda de Bancabilidad era absolutamente necesaria para que el Proyecto en la forma de un *Project Finance* pudiera ser el camino para la obtención del CFC. El Tribunal no ha encontrado que tal Adenda se haya obtenido.

396. Finalmente, respecto al documento de Apoyo y Asociados Internacionales S.A.A. (Anexo de la Demandante CHD-61), el Tribunal ya se refirió extensamente a este más arriba en el Laudo y, en consecuencia, ninguna consideración adicional es necesaria aquí, más allá de volver a enfatizar que este documento es el primero que remarca la necesidad de una Adenda (de Bancalidad) al Contrato para hacer el *Project Finance* procedente.

397. El Tribunal también entiende que inclusive en el caso en que equivocadamente el Tribunal haya resuelto que no existe una Adenda de Bancabilidad, que como se explicó el Tribunal diligentemente buscó a través de toda la evidencia aportada por las Partes sin poder encontrarla, ello todavía no hubiese excluido el riesgo regulatorio de que el Concedente, encontrándose con la situación que se configuró al presentarse los Acuerdos entre las Autoridades de los Estados Unidos y Odebrecht (GR-11), así como aquel entre Odebrecht y las Autoridades judiciales del Perú (CHL-7), no hubiesen realizado gestiones para regular la participación de la empresa Odebrecht en el Perú, cuestionando la viabilidad de un Project Finance.

398. Asimismo, los operadores del mercado financiero seguramente anticiparon que los proyectos en los que operaba Odebrecht en el Perú pasarían por momentos de dificultad, una vez que la evidencia de la ilicitud de la conducta de la empresa y el reconocimiento de culpabilidad evidenciada en los anexos GR-11 y CHL-7 tomó estado público.

399. El Tribunal específicamente requirió a las Partes que explicaran cuál había sido el impacto del decreto 003/2017 que estableció una especie de tutela sobre todos los proyectos de obra pública en los que estaba involucrada Odebrecht, y que también obligaba a la empresa a deshacerse de todos los proyectos que tenía en el Perú:[166]
- La Demandante respondía:

> 416. El decreto de urgencia número 007/2017[167] que asegura la continuidad de proyectos de inversión para la prestación de servicios públicos y cautela el pago de la reparación civil a favor del Estado, tuvo como objeto aprobar medidas que eviten la paralización de la ejecución de Obras Públicas o asociaciones público privadas y la

[166] Escrito Post-Audiencia de la Demandanda de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 245. La Demandada dice, explicando los alcances del Decreto 003/2017 "el DU impacta en el desarrollo del proyecto al impulsa la salida de los socios de la Concesionario mucho antes del vencimiento del plazo de la concesión". También agrega "el decreto de urgencia fue ampliado en sus plazos mediante decreto de urgencia 003/2018".

[167] El Tribunal entiende que hay aquí un error de la Demandante y que la referencia es al decreto 003/2017, y no al decreto 007/2017 como erróneamente se indica.

ruptura de la cadena de pagos que pone en grado de riesgo el desempeño económico del país, como consecuencia de actos de corrupción efectuados por o a través de las empresas concesionarias o contratistas, o de sus socios o partes del consorcio, que hayan sido condenadas Guayana admitido la comisión de delitos contra la administración pública o de lavado de activos, a fin de coadyuvar a la sostenibilidad económica y cautelar los intereses del Estado peruano en el marco de la Constitución y leyes peruanas (artículo 1 del DCU).

…

419. El DU fue promulgado el 11 de febrero 2017 y estableció en su artículo 7 una vigencia del mismo por sólo 1 año, La misma que fue extendida por un mes adicional mediante el decreto de urgencia número 003/2018. Es decir, a la fecha se encuentra derogado. Dejamos constancia que, en aplicación del DU no se ha emitido sentencia alguna en contra de alguna persona jurídica.

420. en fecha 9 de marzo del año 2018 se promulgó la Ley No. 30737, ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, la misma que señala en la segunda disposición complementaria transitoria que, los trámites y procedimientos iniciados bajo el DU que se encuentren pendientes, se sujetan en el estado en el que se encuentran a dicha ley. La Ley No. 30737 es aplicable a las mismas personas o entes jurídicos señalados en el DU, establece las siguientes medidas: (i) la suspensión de realizar transferencias al exterior, (ii) limitaciones a la venta de bienes o derechos de las personas jurídicas a las que era aplicable el DU, (iii) La retención de importes al ser pagados por el estado peruano a favor de las personas jurídicas a las que era aplicable el DU, y (iv) el Fideicomiso de Retención y Reparación – FIRR administrado por el Banco de la Nación, Cuya finalidad era recaudar y servir el pago de las reparaciones civiles que corresponden al Estado.

421. La concesionaria Chavimochic se encuentra en el listado elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, Debido a su calidad de persona jurídica vinculada a los sujetos a los

> qie es aplicable la Ley No. 30737, y no por la comisión de ilícito alguno, como lo ha reconocido la propia Demandada en el presente procedimiento arbitral.
>
> …
>
> 425. Por lo tanto, en el presente caso si el Tribunal arbitral decide declarar fundadas las pretensiones de pago y/o indemnizatorias, el Concedente al momento de efectuar el pago deberá retener el 10% del monto que corresponda pagar según lo dictado por el Tribunal arbitral en el laudo. En este momento, y de acuerdo al marco legal vigente, la Demandante reconoce esta circunstancia y no tiene ninguna objeción a ello.[168]

- La Demandada respondió:

> 245. El decreto de urgencia tiene incidencia directa en la propuesta de daño que ha presentado la concesionaria. La pericia de la concesionaria al aplicar el método FCD proyectando ingresos por todo el periodo de la concesión traídos a valor presente, no ha considerado que al mes de febrero de 2017 se emitió el decreto de urgencia. El DU impacta en el desarrollo del proyecto al impulsar la salida de los socios de la concesionaria mucho antes del vencimiento del plazo de la concesión para el ingreso de nuevo inversionistas calificados y sin denuncias de actos de corrupción …

400. El Tribunal observa que la aplicación el decreto 003/2017 refleja actividad estatal tendiente a la salida del Concesionario del Contrato de Concesión y al establecimiento de condiciones que permitirían que el concesionario sea reemplazado por otra empresa que no estuviera salpicada por las circunstancias que afectaban a la empresa Odebrecht y demuestra consecuentemente que, inclusive bajo la modalidad de un *Project Finance*, el proyecto no estaba exento de las consecuencias que la conducta de Odebrecht había causado, lo cual hacía improbable que cualquier financista aportara los recursos necesarios para avanzar el proyecto, que como bien describe la propia Demandante *"implicaba que el Concesionario debía soportar el costo financiero (del proyecto) durante la Etapa de Construcción por un período de 4 años"*.[169]

[168] Primer Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafos 416 a 425.
[169] Primer Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 288.

401. En opinión del Tribunal, cualquier financista informado conocía que necesariamente ese proyecto sufriría las consecuencias de la conducta ilícita de Odebrecht y que, como mínimo, ello implicaría demoras en su implementación, lo cual fatalmente afectaría los flujos financieros del proyecto que cualquier operador financiero hubiera considerado a los fines de evaluar los riesgos del financiamiento asociados a ese proyecto.

402. Esto último es demostrado también por la misma evidencia que presentan las Demandantes (CHD-61), que recalca la importancia de la certitud de los ingresos que genere el Proyecto como la principal fuente de pago del préstamo.[170] Por ello, un proyecto inoperante, como consecuencia de las consecuencias propias de la conducta ilegal del accionista controlante, es un proyecto que no permite su financiación a través de un esquema de *Project Finance*, y sin dudas al momento en que el CFC debía obtenerse, el riesgo regulatorio en el que se habían puesto los *Sponsors*, por su propia conducta, era muy alto, con lo cual cualquier financista sofisticado hubiera esperado que esos flujos económicos se hubieren visto afectados por problemas legales o por las actividades regulatorias del Estado.[171]

403. Como consecuencia de las circunstancias antes narradas, el Tribunal encuentra que a la fecha en que el Concesionario debió haber cumplido con todos los trámites para obtener el Cierre Financiero del Contrato, el cual debía acreditarse el 9 de marzo de 2017, no existe evidencia que demuestre que éste tenía la capacidad para hacerlo, así como tampoco existe evidencia de que había realizado las gestiones necesarias para obtenerlo.

404. Por el contrario, como se ha dicho anteriormente, la evidencia presentada por la misma parte Demandante demuestra que todo esfuerzo realizado por el Concesionario para obtener la financiación necesaria para obtener el CFC había cesado en el mes de marzo de 2016, y que al 9 de marzo de 2017 no hubiera estado en condiciones de demostrar que estaba en condiciones de realizar el Cierre Financiero del Contrato.

4.4.5. Consideraciones Adicionales

405. Finalmente, el Tribunal Arbitral quisiera hacer notar que luego de haber analizado toda la evidencia sobre la capacidad del Concesionario para obtener el Cierre Financiero del Contrato (CFC), y habiendo considerado la misma también a la luz de la evidencia sobre el

[170] Anexo CHD-14.

[171] Así surge claramente del análisis que hace la misma Demandante del Anexo CHD-62 donde se enfatiza lo siguiente " … en la que se señala que la Garantía Soberana que otorgaría el Estado para el pago puntual de RPI, le permitía asumir que el riesgo crediticio de los flujos a titulizar tiene un link directo con el rating del Gobierno (y no como pretende la Demandada con los *ratings* de los accionistas). Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, página 106.

incumplimiento del ECP por el Concedente, no puede sino concluir que si el CFC no se obtuvo, ello no se debió a que el Concedente no haya cumplido con el ECP, sino a razones externas relacionadas con la delicada situación legal y financiera en la que se habían puesto los *Sponsors del Proyecto* al descubrirse en el Perú y en otras jurisdicciones la conducta ilícita en la que habían incurrido las empresas del Grupo Odrebecht.

406. Como se ha explicado, el Tribunal es de la opinión que el Concedente estaba haciendo todos los esfuerzos para cumplir el ECP. Existe abundante evidencia que demuestra esta intención.[172] Por otro lado, el Acta de Acuerdo firmada el 3 de noviembre de 2022 establecía la posibilidad de cumplimiento del EPC hasta el 9 de enero de 2017 y el plazo para el cierre financiero hasta el 9 de marzo de 2017.[173] Así, si el Concedente hubiere cumplido con el ECP el 9 de enero de 2017 no hubiera sido posible para el Concesionario cumplir con el CFC el 9 de marzo de 2017, pues en el escueto período de 2 meses no hubiera obtenido el CFC cuando no había ninguna gestión para obtenerlo desde el mes de marzo de 2016 e inclusive estos antecedentes se encontraban en un estadio muy incipiente.

407. Aún más, para el 21 de febrero de 2017, fecha en la cual el Concesionario invoca la terminación anticipada del Contrato por causa imputable al Concedente, no existe evidencia alguna que demuestre que el Concesionario hubiera estado en condiciones de cumplir con la obligación a su cargo de obtener el Cierre Financiero.

408. Por ello, aunque el Tribunal no tiene necesidad de concluir como lo hace la Demandada de que la Demandante estaba jugando con su buena fe al exigir el EFC como condición para obtener el CFC cuando ella misma no estaba en condiciones de cumplir con las obligaciones a su cargo,[174] la conclusión del Tribunal no puede ser otra que aquella de que ambas Partes se encontraban en incumplimiento de las respectivas obligaciones a su cargo: el Concedente había incumplido con el ECP, y el Concesionario hubiera incumplido con el CFC si no hubiera invocado la resolución anticipada del Contrato de Concesión por Causa Imputable al Concedente mediante carta de fecha 21 de febrero de 2017 y llevado la disputa a Arbitraje.

409. En conclusión, el Tribunal tiene la obligación de analizar toda la evidencia y no solo una parte de ella y en función de ello decidir la disputa que se le ha presentado. Al analizar la evidencia en su conjunto, el Tribunal encuentra que:

(1) sin dudas el Concedente estaba en violación del ECP conforme al artículo 1.46 del

[172] Anexos CHD 9, 10, 11, 12 y 13.

[173] Ver Anexo CHD-12 Carta del Concesionario al Gobierno Regional de La Libertad de fecha 29 de noviembre de 2016, acompañando el Acta Acuerdo de fecha 3 de noviembre de 2016.

Contrato de Concesión al momento en que el Concesionario invocó la terminación anticipada del Contrato,

(2) nada en el contrato indica que el cumplimiento por el Concesionario del ECP era una condición previa para que el Concedente cumpliera o pudiera cumplir con el CFC. Aún más, no hay evidencia – a pesar de lo alegado por la Demandante – que en sus pocas gestiones para obtenerel CFC se le haya exigido que el ECP esté cumplido como condición previa para proseguir con las tratativas tendientes a la emisión financiera y que ello haya constituido el obstáculo por el cual no pudo obtener el CFC; la evidencia demuestra que la razón para el incumplimiento del CFC está dada por la situación de los *Sponsors* (que enfrentaban un crisis legal y financiera casi al nivel de la bancarrota) y del proyecto en sí mismo, como consecuencia de las sospechas que sobre él recaían y las actividades regulatorias del Estado

tendientes a regular intensamente cualquier actividad económica en la cual estuviera involucrada Odebrecht, inclusive ordenando el cambio de accionistas en todos los proyectos que involucraran a esa empresa, (3) concluyendo, en definitiva, que el Concesionario estaba en incumplimiento de su de obtener el CFC conforme al artículo 20.3 del Contrato de Concesión por razones exclusivamente relacionadas a su propia conducta y a la conducta de sus *Sponsors*.

5.1.Cumplió la Demandante con la Obligación de Mantener Vigente las Pólizas de Seguro del Contrato. Estuvo su comportamiento justificado por el incumplimiento del ECP por la Demandada.

410. En su Escrito de fecha 10 de octubre de 2020 la Demandante ha dicho:

> Así las cosas, (como consecuencia de) los múltiples incumplimientos de la Demandada, y el no haber recibido pago alguno por más de 3 años, llevaron al proyecto a una situación límite en la cual se tornó imposible para nuestra parte seguir costeando el pago de las pólizas de seguro, razón por la que comunicamos ello de modo oportuno, anticipado y diligente a la Demandada mediante Carta No. CHAVI-GRLL-010-2019, a fin de que sea ella quien deba proceder con la continuidad de las pólizas.
>
> Sin embargo, a pesar de nuestros esfuerzos por velar por la integridad del Proyecto, inicialmente no recibimos respuesta alguna y, tras un recordatorio, recibió amenazas por parte de la Demandada a fin de que, a pesar de que ella incumple con la Entrega del Control del Proyecto (ECP),

> nuestra empresa debía continuar costeando el sustancial gasto de las pólizas de seguro sin contraprestación alguna por parte de la Demandada.
>
> Dicha situación es la que nos ha llevado a solicitar como pretensión accesoria el reconocimiento de la eficacia de la excepción de incumplimiento formulada, cuya legitimidad como pretensión accesoria a la Sexta Pretensión Principal venimos a ampliar y justificar en el presente escrito:
>
> *Que el Tribunal Arbitral declare la eficacia de la excepción de incumplimiento formulada por la Demandante y opuesta a la Demandada mediante Carta No. CHAVI-GRLL-010-2019, en fecha 2 de agosto de 2019, respecto a la obligación establecida en la cláusula 19.4 del Contrato de Concesión de contratar y mantener vigentes las pólizas de seguro.*
>
> …
>
> Los referidos incumplimientos de la Demandada y su directa afectación en la capacidad financiera de nuestra empresa, motivó que se formule y oponga a la Demandada la excepción de incumplimiento en estricto cumplimiento del artículo 1426 del Código Civil Peruano.[175]

411. La Demandada niega encontrarse en incumplimiento de las circunstancias que en opinión de la Demandante justificaría la aplicación de una excepción de incumplimiento,[176] y sostiene por el contrario que el Concesionario se encontraba en incumplimiento de sus propias obligaciones, lo cual constituye en su opinión un obstáculo para la invocación de la excepción de incumplimiento.

412. Dice la Demandada:

> 39. Como fuera de desarrollado en nuestro Memorial de Réplica del 1 de diciembre de 2020, una serie de actos propios del Concesionario, vinculados a la comisión sistemática de actos ilícitos por parte de sus accionistas y funcionarios, condujeron al deterioro de su situación reputación y a la imposibilidad de obtener recursos del sistema financiero para lograr el cierre financiero del proyecto. Primero, el Concesionario mintió en la declaración contenida en la cláusula 9.10 del Contrato, puesto que su accionista Constructora Norberto Odebrecht S.A. había cometido una serie de actos ilícitos al 09 de setiembre de 2016, fecha de la ECP, que fueron

[175] Escrito "Desarrollo de Nueva Pretensión Accesoria" de la Demandante de fecha 10 de octubre de 2020, párrafos 21 a 53.
[176] Escrito de "Contestación a la Nueva Pretensión Accesoria del Demandante, párrafos 9 a 38.

posteriormente conocidos y admitidos, y que resultaron adversos para el cumplimiento de las obligaciones financieras del Concesionario.

40. El Demandante ha tratado de defender este incumplimiento escudándose en que la declaración de la cláusula 9.10 sería atribuible exclusivamente al Concesionario, en su condición de empresa vehículo o propósito especial, mas no a sus accionistas. El Demandante, sin embargo, sólo intenta disimular el hecho que Constructora Norberto Odebrecht S.A. Odebrecht Participacoes e Investimentos y Graña Montero S.A.A. fueron las tres empresas que conformaron el Consorcio Río Santa – Chavimocic, entidad que no tuvo personería jurídica propia, que fue la que participó en el procedimiento para la selección del concesionario y obtuvo la buena pro. Y fueron esas mismas tres empresas las que, luego de obtener la concesión, constituyeron el Concesionario Chavimocic S.A. sociedad creada con la única finalidad de ejecutar el Contrato, cuya Constitución fue posterior al procedimiento de selección y adjudicación de la buena pro, y poco antes de la firma del Contrato, cuya constitución fue posterior al procedimiento de selección y adjudicación de la buena pro. Concesionaria Chavimocic como persona jurídica, no participó en ninguno de los actos conducentes a la obtención del Contrato de Concesión. Por ello, pretender limitar la declaración de la cláusula 9.10 exclusivamente a la sociedad concesionaria, constituida poco antes de la firma del Contrato, es desconocer la intervención directa y trascendental del Consorcio Río Santa Río Santa – Chavimocic en la obtención del Contrato.

41. Segundo, conocidos los hechos ilícitos de los años 2014 al 2016 en los que estuvo involucrado el grupo Odebrecht y el Sr. Boleira aceptados ante la Fiscalía de los Estados Unidos el 22 de diciembre del 2016, se acredita que la Concesionaria guardó silencio de mala fe los hechos dolosos al 09 de setiembre de 2016, fecha de la ECP y con ello, privar ilegítimamente a la República del Perú en activar los remedios legales que le brinda El Código Civil peruano, en cuanto a suspender sus obligaciones y exigir a la Concesionaria que garantice su obligación de cumplir con el Cierre Financiero pactada para el 09 de marzo de 2017.

42. Ahora la Concesionaria quiere aprovecharse de una ventaja ilegítima generada por ella misma, al plantear una excepción de incumplimiento basado en el artículo 1426 del Código Civil por el incumplimiento de la fecha de la ECP, que debe ser rechazada por este Tribunal. La buena fe es parte de los requisitos que exige el Código Civil para aplicar la excepción, la misma no se cumple en esta oportunidad ante el actuar doloso de la Concesionaria en ocultar información relevante de los actos de corrupción al Concedente a la fecha de la ECP.

43. Por otro lado, el Concesionario decidió mantener a la empresa Odebrecht Participacoes e Investimientos S.A. No sólo como socio sino también como inversionista estratégico de la Concesión, afianzando la imposibilidad del Concesionario para cumplir con su obligación del cierre financiero. En similar sentido, la imposibilidad de alcanzar el Cierre Financiero sólo se acentuó más con la imposición de sanciones penales por cientos de millones de dólares en los Estados Unidos, Brasil y Perú derivadas de la admisión de responsabilidad penal en dichas jurisdicciones.[177]

413. La Demandada también sostiene:

44. De otro lado, es preciso señalar que existieron incumplimientos previos del Concesionario relacionados con la contratación de las pólizas de seguros, precisamente respecto de las cuales el concesionario a invocado la excepción de incumplimiento.

45. una reciente investigación efectuada por la Contraloría General de la República, reportada mediante el "Informe de Hito de Control Concurrente del Proyecto Especial Chavimocic – Garantías, Pólizas, Avance Financiero del Cofinanciamiento y Avance Físico de las Obras de las Obras de la Primera Fase del Proyecto Chavimocic III Etapa" (Informe de la Contraloría) ha descubierto que el Concesionario contrató dichas pólizas de seguro sin observar todas las coberturas que el contrato establecía.

46. El Informe de la Contraloría revela que el Concesionario cumplió sólo parcialmente con la contratación de todas las coberturas correspondientes a las pólizas de seguro de responsabilidad de trabajadores, seguros de responsabilidad y propiedad contra el riesgo de construcción de obras nuevas y responsabilidad civil.

47. Las menores coberturas contratadas constituyen un incumplimiento contractual y generaron la exposición de los bienes y del personal de la concesión a riesgos no cubiertos por seguros y, naturalmente, el indebido ahorro de costos por parte del Concesionario.

48. los incumplimientos desarrollados en esta sección determinan que el Concesionario se encontraba en una situación de incumplimiento precedente al momento de invocar la excepción objeto de su pretensión accesoria lo que deriva en que en la invocación de la excepción sea fallida.[178]

[177] Escrito de "Contestación a la Nueva Pretensión Accesoria del Demandante, párrafos 39 a 43.
[178] Escrito de "Contestación a la Nueva Pretensión Accesoria del Demandante, párrafos 44 a 48.

414. Entonces, según la Demandante: (1) la Demandante no pudo renovar las pólizas de seguro [como consecuencia de la paralización del Contrato de Concesión desde los primeros meses de 2017], (2) este incumplimiento se encuentra justificado por los incumplimientos previos del Concedente en función del efecto de la invocación de una excepción de incumplimiento contractual invocada por la Demandante se extienden en el tiempo a un período que en mucho precede la firma del Contrato de Concesión.

415. Inclusive si lo anterior estuviera equivocado, es decir, que el Tribunal estuviera equivocado al entender que hay evidencia incontrastable de la violación de la cláusula 9 del Contrato de Concesión por el Concesionario, las determinaciones de la Contraloría General de la República del Perú confirman que existían otras obligaciones fundamentales a cargo del Concecionario que éste también había violado. Así, el Contrato de Concesión establece como una obligación principal aquella de mantener en vigencia los seguros del Contrato. Dice la Contraloría:

> Del análisis realizado por la Comisión se advierte que las pólizas de seguro de riesgo de Construcción, de Responsabilidad Civil y de trabajadores relacionadas a la Presa Palo Redondo y obras auxiliares de la Primera Fase, fueron contratadas por el Concesionario sin cumplir con la totalidad de las coberturas y las condiciones generales establecidas en el Contrato de Concesión, no evidenciándose que el Concedente y el Supervisor Especializado hayan ejecutado acciones para verificar que el Concesionario haya cumplido con sus obligaciones vinculadas a las referidas pólizas de seguro establecicas en el Contrato de Concesión. Sin perjuicio de ello, dichas pólizas actualmente no se encuentran vigentes.
>
> Adicionalmente, se ha evidenciado que la Póliza correspondiente a las obras existentes que ha contratado el Concedente se mantiene vigente, sin embargo, ésta no contiene todas las coberturas y condiciones establecidas en el Contrato de Concesión.
>
> Las referidas situaciones generan el riesgo que dichas infraestructuras, así como los terceros, no se encuentren prctegidos y cubiertos ante la ocurrencia de siniestros que pudieran afectarlos.
>
> **NO SE HA EVIDENCIADO QUE LA SUPERVISIÓN ESPECIALIZADA HAYA REALIZADO LAS LABORES DE SEGUIMIENTO, CONTROL Y FISCALIZACIÓN A LA IDENTIFICACIÓN Y RESTITUCIÓN DE LAS OBRAS AFECTADAS POR EL FENÓMENO DE EL NIÑO COSTERO, NI A LA INDEMNIZACIÓN OTORGADA POR LA ASEGURADORA AL CONCESIONARIO. ASIMISMO, NO SE EVIDENCIADO QUE EL PECH HAYA REALIZADO EL SEGUIMIENTO, CONTROL Y FISCALIZACIÓN A LA ACTUACIÓN DEL SUPERVISOR ESPECIALIZADO, PUDIENDO GENERAR QUE LAS OBRAS SINIESTRADAS NO HAYAN SIDO RECONSTRUIDAS DE CONFORMIDAD CON LOS EXPEDIENTES TÉCNICOS N° 1A Y 1B APROBADOS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

416. En relación a las defensas que plantea la Demandante respecto a la determinación que hace la Contraloría General, el Tribunal entiende que la Contraloría General de la República del Perú no es un órgano extraño al Contrato de Concesión, como sostiene la

Demandante.[179] Muy por el contrario, Contrato de Concesión tiene muchas aristas que involucran la actividad del Estado, así como la disposición de bienes y fondos que pertenecen al erario público. La Contraloría General es un órgano central en el control de la actividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y especialmente de la forma en que se emplean y gastan los recursos del Estado.[180]

417. Mientras que las determinaciones de la Contraloría pública no son para este Tribunal el elemento central a través del cual se comprueba[181] n los incumplimientos de la Demandante que generan la inaplicabilidad de la excepción de incumplimiento del artículo 1426 del Código Civil peruano al presente caso, sí constituye un elemento que confirma tal determinación, una vez que el Tribunal ha primariamente determinado la violación de la cláusula 9 del Contrato y establecido como fecha de esa violación el 9 de mayo de 2014.

418. Asimismo, el análisis que hace la Contraloría General no está dirigido al Concesionario, sino que quienes son objeto del control son primariamente los funcionarios públicos que se desempeñan en los órganos vinculados al Contrato de Concesión, y el supervisor especializado. Por ello, inclusive la insinuación de la Demandante de que este informe es *ex post facto* no genera ninguna inquietud en el análisis del Tribunal, pues éste es de la opinión que el Informe de la Contraloría General es detallado, se encuentra debidamente justificado y es un análisis ejercido en forma regular por el organismo de control. Inclusive, luego del análisis detallado del documento, es opinión del Tribunal que la Contraloría General dirige la investigación a los funcionarios públicos del Concedente y los amonesta por la falta de cuidado de estos y del Supervisor Especializado en el cumplimiento de sus tareas, lo cual justamente derrota el argumento de la Demandante que a continuación se transcribe:

> " … (S)in embargo, contrariamente a sus actos propios la Demandada presenta un documento de una entidad ajena al Contrato de Concesión que "ha descubierto" que no se observó lo que el Contrato de Concesión establecía. Lo cual rechazamos y es palmariamente demostrado ya que las

[179] Escrito de Réplica a la Contestación de nueva Pretensión Accesoria de la Demandante fechado 4 de enero de 2021, párrafos 60 a 71.

[180] Prueba adicional de que la Contraloría General es un órgano central en la vida del Contrato de Concesión y en el ejercicio del control de los órganos que rigen la actividad regulatoria que afecta al Contrato, ha quedado nuevamente demostrado por el Proyecto de Ley No. 2884/2022-PE que permite una renegociación del Contrato de Concesión, aunque siempre sujeta cualquier modificación a la aprobación, o al menos a la constatación de que ninguna actividad estatal irregular ha ocurrido, de la Contraloría General.

[181] GR-25. Informe de la Subgerencia de Control de Asociaciones Público-Privadas Informe de Hito de Control No. 7026-2020 CG/APP/SCC Garantías, Pólizas, Avances Financieros del Cofinanciamiento, y Avance Físico de las Obras de la Primera Fase del Proyecto Chavimocic III Tercera Etapa, Hito de Control No. 1 Garantías, Pólizas y Administración del Fideicomiso de la Primera Fase, Período de Evaluación del Hito de Contro: del 20 de julio de 2020 al 05 de agosto de 2020, Lima – Perú (2020), páginas 30 a 35.

entidades que sí son competentes de observar tales incumplimientos como lo son la Demandada en su calidad de Concedente y el Supervisor no han señalado incumplimiento alguno al respecto.[182]En relación con este último, el Tribunal también nota que el Escrito de la Demandante de fecha 4 de enero de 2021 es posterior al Informe de la Contraloría, por lo cual no pudo haber existido ninguna intencionalidad en ese informe que pudiere afectar el resultado de este arbitraje.

419. La Contraloría General de la República del Perú, Subgerencia de Control de Asociaciones Público Privadas, simplemente determinó que existían incumplimientos parciales de las pólizas de seguros con anterioridad al incumplimiento relacionado a la renovación de esas pólizas en el mes de agosto de 2019 y que aquellos que tenían responsabilidad en controlar la pertinencia de las pólizas contratadas, es decir, el Concedente y el Supervisor Especializado, no habían cumplido a conciencia con las tareas que les encomendaba tanto el Contrato de Concesión, como la normativa general aplicable a las Asociaciones Público-Privadas.

420. En conclusión, el Tribunal Arbitral determina que la excepción de incumplimiento contractual del artículo 1426 del Código Civil no es una defensa que la Demandante puede esgrimir con éxito en este arbitraje y en relación con la cuestión que aquí se discute y que en consecuencia el Tribunal entiende que la Demandante violó la cláusula 19.4 del Contrato de Concesión y rechaza, en consecuencia, la pretensión accesoria esgrimida por ésta.

V. DAÑOS

421. Habiendo determinado las responsabilidades de las partes a la luz del Contrato de Concesión corresponde al Tribunal arbitral determinar en la presente sección sí existen sumas monetarias que son debidas entre las Partes. Para esta tarea el Tribunal ha revisado no solo las presentaciones de las Partes, sino también ha tenido especialmente en consideración el ejercicio de examinación del experto de la Demandante Ing. Antonio Iribarren durante la Audiencia de Méritos y Prueba, así como la valuación de daños realizada por la Demandante y presentada a través de la pericia del referido profesional e

[182] Escrito de Réplica a la Contestación de nueva Pretensión Accesoria de la Demandante fechado 4 de enero de 2021, párrafo 69.

identificada por QDR Claims Perú SAC,[183] y el Informe Técnico Especializado de las Prestaciones Ejecutadas y No Pagadas realizado por el Ing. Juan Carlos Frías Lizama encomendado por el Proyecto Especial Chavimochic.[184]

422. A partir de su Memorial de Demanda, la demandante ha reclamado lo siguiente:

- Que el Tribunal declare la caducidad de la concesión por causa imputable al concedente,
- Que, como consecuencia de la declaración de caducidad del Contrato de Concesión, se ordene al demandado a devolver intacta la garantía de fiel cumplimiento conforme a la cláusula 15.5 del Contrato de Concesión.
- Que el Tribunal ordene al demandado pagar a la demandante por prestaciones ejecutadas no pagadas durante la ejecución del contrato, por los siguientes montos: [185]

Desmovilización	**USD $ 1´169,746.26**
Cofinanciamiento Compensatorio	**USD $ 20´697,765.16**
Expediente Técnico 2	**USD $ 4´610,876.83**
Trabajos ejecutados no observados y no pagados	**USD $ 10´368,040.07**
Trabajos ejecutados observados y no pagados	**USD $ 859,512.42**
Material en Obra	**USD $ 3´459,447.41**
TOTAL	**USD $ 41´165,388.15**

- Que el Tribunal ordene al demandado pagar a la demandante la suma de 26´771,939.00 Por concepto de gastos generales y/o mayores gastos y/o Costos incurridos durante la ejecución del Contrato de Concesión.
- Se ordene al demandado indemnizar al demandante por los siguientes daños y perjuicios: [186]

[183] QDR Claims Perú SAC, Informe Pericial Daños Reclamados por el Concesionario Chavimocic del Ing. Antonio Irribarren, de fecha mayo de 2019.
[184] Informe Especializado del Ing. Juan Carlos Frías Lizama de fecha agosto de 2019.
[185] Memorial de Demanda página 28.
[186] Memorial de Demanda página 29.

DAÑOS	MONTO USD $
Stanb-by de Equipos	10´946,512.87
Mantenimiento Enero 2017-Febrero 2019	338,270.29
Pago a PROINVERSIÓN	3´122,788.05
Gastos del Cierre Financiero	225,260.00
Equipo Especial Adquirido para Obra	1´079,922.41
Campamento e Instalaciones de Obra	1´795,159.59
Beneficio no percibido por el periodo de operación del Contrato (lucro cesante)	32´832,109.11
TOTAL	**USD $ 50´340,022.32**

- Posteriormente los mismos fueron actualizados de la siguiente forma -PUCP (Pontificia Universoidad de Perú).
- Se ordene al demandado pagar la totalidad de los gastos y costas del presente arbitraje incluyendo los honorarios y gastos del Tribunal arbitral.
- En todos los casos se otorguen los intereses hasta la fecha efectiva del pago.[187]

DAÑOS	MONTO USD $
Stand-by de Equipos	10´946,512.87
Mantenimiento Enero 2017-Febrero 2019	338,270.29
Pago a PROINVERSIÓN	3´122,788.05
Gastos del Cierre Financiero	225,260.00
Equipo Especial Adquirido para Obra	1´079,922.41
Campamento e Instalaciones de Obra	1´795,159.59
Beneficio no percibido por el periodo de operación del Contrato (lucro cesante)	31´138,042.05
TOTAL	48,645,955.26

-

423. La Demandada, en su Memorial de Contestación de Demanda, solicitó:

Conclusión: Todo lo anterior, lo que determina, es que el Gobierno regional no tenga obligación alguna de indemnizar los conceptos y montos pretendidos por la demandante. El pago de cualquier monto indemnizatorio equivaldría, en realidad, a premiar la conducta de mala fe mostrada por la demandante desde la misma suscripción del Contrato de Concesión, y su estrategia de ocultamiento de información,

[187] Nota del Tribunal: no se establece ningún pedido específico respecto a intereses antes del laudo, ni la tasa de interés y la forma de computar la mismo que el Tribunal debería aplicar para los intereses post laudo.

al no entregar documentación asociada a los gastos de 1/4 de millón de dólares en un cierre financiero que, según ella misma era imposible de obtener.

Por lo Tanto: Solicitamos al Tribunal declarar infundadas todas las pretensiones de la demandante y declarar fundadas nuestras pretensiones planteadas en este escrito de contestación y reconvención.

424. Respecto específicamente a la violación de la Cláusula 9.10 del Contrato de Concesión, la Demandada ha dicho:

97. Es decir, la demandante, de manera consiente y alevosa, mintió en la declaración jurada efectuada el 9 de mayo de 2014 a través de la cláusula de no corrupción. Esto significa que, en el mismo momento en que suscribió el Contrato de Concesión, ya se encontraba en incumplimiento a la referida obligación.

98. Así las cosas, y sobre la base de lo previsto en el artículo 1372 del Código Civil, los efectos de la declaración de resolución que el Tribunal arbitral emita eventualmente mediante su laudo arbitral tendrán un efecto retroactivo al momento en que se produjo el incumplimiento: la recisión se declara judicialmente, pero los efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, la resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.[188]

425. Es decir, la Demandada solicita que el Tribunal declare que la Demandada nada debe a la Demandante como consecuencia de la violación de la cláusula 9, que en su opinión retrotraería los hechos y sus consecuencias jurídicas a la fecha de la firma del Contrato.[189]

426. La Demandada también solicitó que se declarase que la Demandante había violado la obligación de obtener el Cierre Financiero del Contrato (CFC).[190] Y, como el Tribunal sostuvo más arriba en este mismo laudo, la Demandada también renunció a su Demanda de Reconvención que había presentado en forma conjunta con su Memorial de Contestación.[191]

427. En escritos posteriores, cuando ya había cambiado la representación de la Demandada pasando la misma desde el Gobierno regional del Departamento de La Libertad al MINAGRI, los escritos tienen una sección de conclusiones, las cuales se reproducen aquí, pero no contienen petitorio:

[188] Memorial de Contestación de Demanda, párrafos 97 y 98.
[189] Memorial de Contestación de Demanda, página 49 y siguientes.
[190] Ver Memorial de Contestación de Demanda páginas 57 y siguientes.
[191] Ver Escrito No. 5 de la Demandada de fecha 11 de febrero de 2020. Ver también Escrito No. 14 de la Demandada de fecha 10 de octubre de 2020 y Escrito del MIDAGRI de fecha 29 de setiembre de 2020.

428. Se ha acreditado un incumplimiento sustancial del Concesionario Chavimochic que es precedente a la obligación de la ECP a cargo del Concedente. Este incumplimiento es doloso al ocultar los actos de corrupción del socio controlante de la Concesionaria, vulnerando la buena fe y tuvo el efecto de privar al Concedente en activar la suspensión de la obligación de la ECP.

- Los actos de corrupción del socio controlante hechos públicos el 21 de diciembre de 2016, generaron un Riesgo Reputacional en todos los proyectos del grupo Odebrecht que imposibilitó la prestación de la concesionaria a obtener el Cierre Financiero en el mercado mucho antes del vencimiento pactado por las partes.
- La resolución del contrato es una de pleno derecho por la declaración de la imposibilidad de la prestación y asimismo, por el incumplimiento de la concesionaria en renovar los contratos de las pólizas de seguros vulnerando la obligación de continuar cumpliendo sus obligaciones mientras dure el arbitraje.
- Se ha acreditado que los daños que exige la Concesionaria adolecen de sustento documentario y emplea métodos de valorización especulativos ya identificados como tales en casos arbitrales similares anteriores.[192]

5.1. Consecuencias de la Violación de la Cláusula 9 del Contrato de Concesión

429. El Tribunal debe comenzar analizando cuáles son las consecuencias que se derivan de la violación de la cláusula 9 del Contrato de Concesión, con especial énfasis en la cláusula 9.10 del mismo.

430. En opinión del Tribunal arbitral, la actividad ilegal de los *Sponsors* del Concesionario, conducta que era de conocimiento de los funcionarios del Concesionario antes del firma del Contrato de Concesión y que ha llevado a la violación de la cláusula 9, ha sido la principal causa que ha llevado al fracaso del presente Contrato de Concesión. Un análisis de la evidencia que consta en el expediente indica la existencia de una cierta normalidad en la ejecución de las obligaciones de las Partes hasta finales del año 2015. Por otro lado, mientras que es evidente que el Concedente no había cumplido con el 100% del ECP,

[192] Segunda Ronda de Escritos Post Audiencia, Conclusiones, páginas 52 y 53.

también existe evidencia cierta de que éste estaba haciendo entregas parciales y esfuerzos honestos para liberar la mayor cantidad de terrenos posibles.[193]

431. Sin embargo, a partir del mes de marzo del año 2016, no existe evidencia alguna de que el Concesionario estuviera haciendo esfuerzos para obtener el Cierre Financiero del Contrato, y – en opinión del Tribunal ello debe a que la situación de ilegalidad de los *Sponsors* estaba impactando en la credibilidad de la empresa y en la posibilidad de obtener fondos del mercado financiero para obtener el CFC. En ese sentido, la mayoría del Tribunal entiende que ha sido el incumplimiento con la cláusula 9 del Contrato de Concesión, es decir, la conducta ilegal de los *Sponsors*, la cual era de conocimiento de los funcionarios de la Concesionaria, la razón principal por la cual el Contrato fracasó.

432. Como el Tribunal explicó en la sección correspondiente de este laudo, la cláusula 9 del Contrato de Concesión denominada "representaciones y garantías" *[representations and warranties]* es un tipo de cláusula cuya tradición se encuentra en el derecho del *Common Law* y que tiene por objeto asegurar que ciertas condiciones y circunstancias sean ciertas a los fines de otorgar seguridad a las Partes en la contratación.

433. Este razonamiento también es compartido por la Demandada, la cual explica en su Memorial de Contestación de Demanda, las distintas consecuencias que los distintos autores acuerdan a una cláusula de esta naturaleza.[194] Entre los distintos remedios disponibles, la Demandada solicita que se declare la resolución del Contrato[195]y solicita que los efectos se retrotraigan al momento de la firma misma del Contrato.[196]

434. Por otro lado, la Demandante está en lo correcto cuando sostiene que el Contrato de Concesión no contiene una consecuencia específica para un incumplimiento de la cláusula 9, como sí contiene específicamente la sanción de la caducidad del contrato cuando la causal sea el incumplimiento de la cláusula 1.46 o la imposibilidad de asegurar el cierre financiero del contrato conforme a la cláusula 20.3.[197]

435. No obstante, la doctrina que el Tribunal ha analizado precedentemente encuentra en el ordenamiento peruano soluciones específicas para la violación de clausulas de "representaciones y garantías". Así, conforme a las fuentes citadas precedentemente, las sanciones disponibles varían desde la resolución del contrato por haber estado viciada la voluntad de una parte en error o dolo, la disminución del valor de la cosa objeto del contrato o daños y la imposición de daños perjuicios derivados del incumplimiento.[198]

---

[193] Ver CHD-9, 10, 11, 12 y 13.

[194] Escrito de Contestación de Demanda, página 40 y siguientes.

[195] Escrito de Contestación de Demanda, página 40 y siguientes.

[196] Escrito de Contestación de Demanda, página 45 y siguientes.

[197] Contrato de Concesión, Anexo CHD-5.

[198] Ver doctrina citada en la Sección de Méritos de este laudo relacionada a la cláusula 9 del Contrato de Concesiones y las consecuencias jurídicas relacionadas con el incumplimiento de la misma.

436. Por ello, el Tribunal entiende que esta variedad y multiplicidad de soluciones creada por el choque de tradiciones jurídicas entre la figura de las "representaciones y garantías" como figura del derecho del *Common Law* y el ordenamiento legal vigente en el Perú, le otorga la posibilidad de discernir y graduar las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la norma de la cláusula 9 del Contrato de Concesión, en función de la gravedad de las representaciones y garantías realizadas y considerando el impacto que la conducta violatoria de la cláusula 9 ha tenido sobre la suerte del Contrato y las obligaciones de las Partes.

437. En consecuencia, el Tribunal entiende, que a los fines específicos del presente Arbitraje y dada la gravedad de la información ocultada al Concedente, y el impacto que esta información tuvo sobre la suerte del Contrato cuando salió a la luz, la resolución anticipada del Contrato de Concesión es una sanción acorde con la gravedad de la conducta y el daño ocasionado a la suerte del Contrato.

438. El Tribunal también concluye que, al haber la Demandada desistido de la reconvención, la Demandada también desistió del reclamo de daños y perjuicios que hubiera podido ser reclamado como consecuencia en la violación de la cláusula 9. De cualquier manera, el Tribunal manifiesta que la Demandada no presentó evidencia en este procedimiento para justificar los daños que pudo haber sufrido como consecuencia del incumplimiento por la Demandante de la cláusula 9 del Contrato, por lo cual el Tribunal también se ve imposibilitado de otorgar daños y perjuicios al no existir prueba en el expediente para realizar tal determinación. En su caso, corresponderá a las Autoridades del Perú determinar si tal reclamo puede ser presentado en un procedimiento separado.

439. Finalmente, y respecto a la petición de la Demandada de que el efecto del incumplimiento de la cláusula 9 signifiquen que los efectos se retrotraen al mes de mayo de 2014,[199]el Tribunal entiende, en consonancia con lo que se ha dicho anteriormente, que el Contrato de Concesión ha establecido consecuencias específicas para el incumplimiento de las distintas obligaciones y, en el caso de la cláusula 9 no le asignó ninguna consecuencia específica.

440. Asimismo, el Tribunal ya ha explicado que la consecuencia de la falta de una consecuencia específica no quiere decir que no haya ninguna consecuencia, sino que en el caso específico, conforme a la interpretación de la cláusula 9 que realiza particularmente la doctrina peruana y latinoamericana, deja la determinación de esas consecuencias a la decisión del juzgador, en este caso el Tribunal Arbitral, el cual debe necesariamente decidir en función de las circunstancias del caso.

[199] Escrito de Contestación de Demanda, página 45 y siguientes.

441. Mientras que el Tribunal entiende que la violación de la cláusula 9 en este caso incluyó representaciones y garantías cuyo incumplimiento es grave, también entiende que la forma apropiada de resarcir ese incumplimiento no consistiría en retornar las prestaciones de las Partes al Estado en las que estas se encontraban a la firma del Contrato, pues han existido una infinidad de prestaciones entre las Partes y un cumplimiento parcial del Contrato entre las Partes, el cual sería muy difícil retrotraer al mes de mayo de 2014.

442. En consecuencia, el Tribunal decide que la violación de la cláusula 9 del Contrato de Concesión conlleva como consecuencia la resolución anticipada del Contrato y el pago de los daños y perjuicios ocasionados los cuales deberán ser reclamados separadamente porque el Estado desistió de ellos en el presente Arbitraje. Asimismo, por las razones expresadas, el Tribunal rechaza expresamente el reclamo de la Demandada de retrotraer las prestaciones de las Partes a la firma del Contrato de Concesión.

VI. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LA CLÁUSULA 1.46 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

443. El Tribunal también ha determinado que el Concedente ha violado la cláusula 1.46 del Contrato de Concesión, la cual requería al Concedente hacer la entrega del Control del Proyecto (ECP), es decir, entregar los terrenos para las obras en fechas determinadas y en modo de que el Concesionario pudiese llevar adelante la construcción de las obras nuevas de la segunda fase del Contrato. Como se explicó en la sección correspondiente, el Concedente intentó realizar entregas parciales del ECP, e inclusive esta posibilidad llegó a ser acordada entre las partes en oportunidad de la firma del Acta de Acuerdo de fecha 29 de setiembre de 2015.[200]

444. No obstante, el Contrato es claro al requerir que el ECP se haga libre de gravámenes, cargas y ocupantes, lo cual no pudo ser logrado por el Concedente en las fechas pactadas en el Contrato, ni durante las extensiones posteriores acordadas entre las Partes y fue específicamente reconocido por el Concedente que había violado el ECP.[201]

445. El Tribunal nota que la cláusula 1.46 es parte de la cláusula primera del Contrato que establece las definiciones, por lo cual esta cláusula 1.46 no establece en sí misma las sanciones que se siguen al incumplimiento del ECP. Por otro lado, la cláusula 15(1)(c), III.1, (b) del Contrato de Concesión establece como causal de la Terminación Anticipada del Contrato de Concesión por Causa Imputable al Concedente la "falta de Entrega del Control del Proyecto al término del plazo de la segunda etapa estipulado en la Cláusula 1.46".

446. Por su parte la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión establece:

[200] Anexo CHD-9.
[201] Anexos CHD-13 y CHD-24.

En caso de que se produzca la resolución del Contrato por incumplimiento del Concedente o decisión unilateral del Concedente, para efectos de la valoración por Caducidad de la Concesión, se procederá de conformidad con el siguiente procedimiento:

- Si la Caducidad de la Concesión se produce antes del inicio de las Obras Nueva de la Primera Fase, se calculará los gastos generales en que incurra el Concesionario, debidamente acreditados y reconocidos por el supervisor especializado, que a continuación se detallan: personal, bienes y servicios, seguros de los equipos en operación, asesorías, viajes y movilización, comunicación social, costo del expediente técnico de las obras Iniciales de la Primera Fase, costo de constitución de garantías contractuales, costos de contratación de seguros y monto de costos del proceso.

  El Concedente empleará los recursos disponibles en la cuenta Cofinanciamiento del Fideicomiso reconocerle los gastos calculados al Concesionario.

- Si la Caducidad de la Concesión se produce durante la ejecución de los periodos trimestrales de las obras nuevas de la primera fase y el concesionario hubiera ejecutado inversiones en el trimestre en curso, presentará al supervisor especializado un informe de liquidación, considerando los avances de obra ejecutados y los gastos pendientes de reembolso. Una vez aprobada la liquidación por el supervisor especializado, el reembolso si lo hubiere, será entregado al concesionario dentro de los 3 días siguientes de haberlo requerido.

447. El Tribunal entiende esta cláusula como aquella que compensa al concesionario por las obras realizadas y por los gastos incurridos a los fines de completar esa etapa del Contrato de Concesión, si el mismo se resolviere por causa imputable al Concedente. Es opinión del Tribunal que la cláusula 15.4.1 del Contrato solamente incluye como compensación elementos que fueron realmente entregados por el Concesionario en beneficio del Concedente, tales como bienes específicos que el Concedente hubiere recibido y gastos generales realmente incurridos en la etapa del Contrato que había tenido cumplimiento hasta el momento en que el incumplimiento se produjo, y que hayan sido debidamente certificados por la Supervisión especializada:[202]

[202] Cláusula 15.4.1. del Contrato de Concesión, CHD-5.

448. Si la Caducidad de la Concesión se produce antes del inicio de las Obras Nueva de la Primera Fase, se calculará los gastos generales en que incurra el Concesionario, debidamente acreditados y reconocidos por el supervisor especializado, que a continuación se detallan: personal, bienes y servicios, seguros de los equipos en operación, asesorías, viajes y movilización, comunicación social, costo del expediente técnico de las obras Iniciales de la Primera Fase, costo de constitución de garantías contractuales, costos de contratación de seguros y monto de costos del proceso.[203]

449. En su Segundo Alegato Posterior a la Audiencia, la Demandante contesta los cuestionamientos de la Demandada respecto a los daños reclamados, distinguiendo entre aquellos conceptos que ya habían recibido una aprobación de la supervisión especializada, o que podrían estar conectados a una aprobación de la supervisión especializada,[204] y aquellos otros que no lo estaban. Dice la Demandante:

> 59. La valorización del Contrato de Concesión por la Caducidad de la Concesión por causa imputable a una de las Partes (o decisión del Concedente), está pensada para los avances no cuantificados o no certificados de un trimestre inconcluso, por lo cual se deben realizar actividades de análisis, y evaluación para poder emitirla. Sin embargo, cuando los avances sí han sido medidos (o cuantificados) por la supervisión especializada, no requieren un nuevo proceso de medición o certificación, sino una orden de pago directa del Tribunal (cuando el Tribunal decida conceder la pretensión de la Demandante). En estos últimos casos estaríamos hablando de deudas devengadas y cuantificadas, a diferencia de aquellos casos en los que se debe realizar la medición y/o certificación correspondiente. Creemos que solo en estos últimos casos, el Tribunal arbitral podría, si lo estima conveniente, dejar la definición de los montos para la etapa de liquidación. Sin embargo, opinamos, respetuosamente, que los aspectos conceptuales que han sido

[203] El Tribunal entiende que para la compensación por la violación del ECP (y considerando que también hubo una violación del CFC) antes del inicio de las obras de la segunda fase, sólo puede ser aplicación la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión dado que el ECP en sí mismo (cláusula 1.46) implica la entrega de los terrenos para las obras nuevas de la primera y de la segunda fase. Por lo tanto, las obras nuevas de la segunda fase nunca tuvieron lugar, dada la interrupción del Contrato por los incumplimientos mutuos de las cláusulas 1.46, 9 y 20.3, haciendo inaplicable la cláusula 15.4.2 del Contrato de Concesión que sólo regula la valoralización de "las obras nuevas de la segunda fase" por caducidad de la Concesión.

[204] El Tribunal nota aquí, cómo se discutirá en próximos párrafos, qué no todos los conceptos reclamados bajo la categoría de algunos reclamos supuestamente aprobados por la supervisión especial serían tales.

> sometidos a su consideración (es decir, la procedencia o no del pago de un determinado concepto), incluso en aquellos que aún no han sido medidos y/o certificados, si deben ser resueltos en el laudo, pudiendo dejarse su cuantificación para una liquidación posterior luego de realizar las mediciones o certificaciones correspondientes.[205]

450. La Demandante está diciendo que el Tribunal sólo debería realizar una determinación de la compensación en aquellos casos en que "no exista una determinación previa por parte de la Supervisión Especializada" y que, por el contrario, en aquellos casos en los cuales ya exista una determinación por la Supervisión Especializada, el Tribunal solamente debería limitarse a ordenar el pago de esos montos. El Tribunal entiende que es importante enfatizar que no puede aceptar que los actos de la supervisión especializada sean procedentes, lógicos y correctos cuando benefician a la Demandante pero incorrectos cuando no la benefician.

451. Como se verá a continuación esta es una consideración crítica cuando se analizan algunos de los conceptos reclamados por las Demandantes, especialmente cuando se reclaman los costos del cofinanciamiento compensatorio.

452. Asimismo, el Tribunal quiere hacer notar que "las obras nuevas de la segunda fase nunca se iniciaron" y que como el Tribunal ya ha decidido, ha existido una incumplimiento cruzado de las obligaciones a cargo de las Partes. Por ello, el Tribunal entiende que la cláusula que debe aplicar para determinar cualquier compensación a favor del Concesionario es la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión, la cual sólo permite solamente como compensación el pago de aquellos rubros que ya hayan sido aprobados por la supervisión especializada.

453. En función de todo lo que antecede, el Tribunal resuelve como sigue:

> **Desmovilización.** La Demandante reclama en concepto de desmovilización la suma de USD 1´169,746.26, asociados a las prestaciones de suministrar los recursos para reunir y transportar a toda la organización de la construcción, incluyendo la mano de obra, desde el lugar de la obra a sus orígenes, después de la paralización total de los trabajos en virtud del incumplimiento a la ECP, lo que conllevó a la desmovilización.[206]

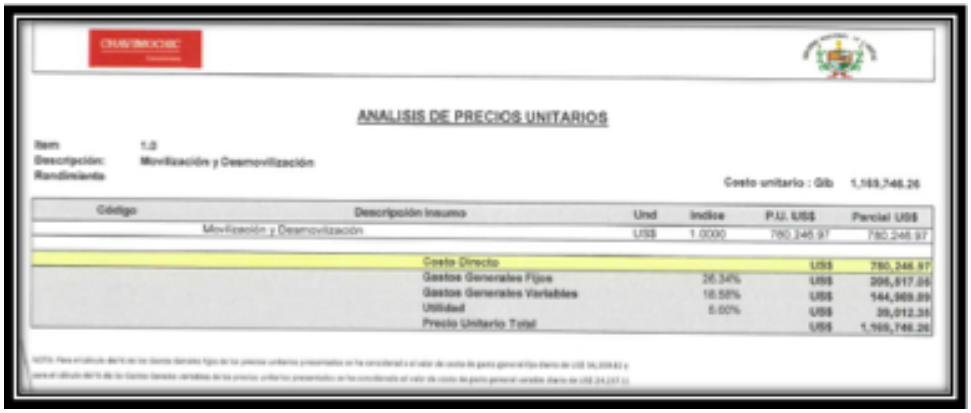
[205] Segundo Escrito Post Audiencia de la Demandante de fecha 28 de mayo de 2021, página 27.
[206] Primer escrito post-audiencia de la Demandante, de fecha 14 de mayo de 2021, párrafo 60.



PRECIOS POR ESTRUCTURA (PRESUPUESTO)

OBRAS NUEVAS DE LA PRIMERA FASE

Item	Descripción del Item	Unidad	Cantidad	Precio US$	Parcial US$
1	PRESA PALO REDONDO y OBRAS AUXILIARES				
1.0	MOVILIZACION Y DESMOVILIZACION	Glb	1.00	1,169,746.26	1,169,746.26
1.1	MANTENIMIENTO DE ACCESOS	Glb	1.00	2,551,029.90	2,551,029.90
1.2	CAMPAMENTO DEFINITIVO	Und	1.00	989,472.00	989,472.00
1.3	ACCESO DEFINITIVO (Variante)	Und	1.00	15,844,390.38	15,844,390.38
1.4	PRESA PALO REDONDO				155,858,490.19



ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Item 1.0
Descripción: Movilización y Desmovilización
Rendimiento

Costo unitario : Glb 1,169,746.26

Código	Descripción Insumo	Und	Indice	P.U. US$	Parcial US$
	Movilización y Desmovilización	US$	1.0000	780,246.97	780,246.97
	Costo Directo			US$	780,246.97
	Gastos Generales Fijos		26.34%	US$	205,517.05
	Gastos Generales Variables		18.58%	US$	144,969.89
	Utilidad		5.00%	US$	39,012.35
	Precio Unitario Total			US$	1,169,746.26

454. El Informe Frías Lizama reconoce que tales conceptos se deben y que correspondería ser indemnizados, pero no obstante cuestiona que el Concesionario realizó la desmovilización sin haber obtenido la autorización del Concedente (y por esa razón, Frías Lizama entiende que debería ser rechazado).

455. Por otro lado, en su Memorial de Contestación, la Demandada nada manifiesta al respecto, ya sea para aceptar dicho concepto o para rechazarlo en forma puntual, limitándose a rechazar de forma general todos los reclamos de la Demandante, sin presentar sus fundamentos y los respectivos documentos probatorios. Fue hasta el Memorial de Dúplica, cuando presentó un Informe Técnico Especializado de Revisión de análisis de las prestaciones ejecutadas y no pagadas que se manifiesto sobre el tema, en el cual el perito de la Demandada concluyó lo siguiente:

8.1. Se concluye que efectivamente la prestación de Desmovilización ha sido realizada, por la Concesionaria, sin embargo este hecho no cuenta con la autorización del Concedente, ya que la prestación contractual, según el contrato señala ser realizada o ejecutada después del termino de las siguientes actividades: Relleno de la Presa Etapa 2; Concreto de la Cara de Concreto de la Presa, Excavación Subterránea del Túnel Restitución y al termino del Relleno de la Presa Etapa 6.

Por lo tanto, este acontecimiento ha generado de cualquier manera una modificación al Contrato de Concesión, sin la respectiva autorización del Concedente, estando correctamente no reconocido el pago.

456. En consecuencia, el Tribunal observa que tanto la Demandada como su perito reconocen el reclamo, aunque detallan que el problema que encuentran es que el mismo no contó con la aprobación previa del Concedente.

457. En consecuencia, el Tribunal decide aceptar en su totalidad el rubro correspondiente al concepto de desmovilización en la suma de USD 1´169,746.26 dado que la Demandada no ha cuestionado este rubro y, con las limitaciones mencionadas, el mismo es aceptado por el perito de la Demanda, el cual inclusive acepta que ese pago debe realizarse.

6.1. Costos del Cofinanciamiento Compensatorio.

458. La Demandante reclama en concepto de costos del cofinanciamiento compensatorio la suma de USD 20´697,765.16. Según la Demandante los llamados "costos del cofinanciamiento compensatorio" son consecuencia del sistema de reajuste de precios que son reconocidos por la supervisión especializada y cubiertos desde una cuenta específica del fideicomiso, aplicado a las valorizaciones por la ejecución de las obras nuevas de la primera fase (Presa Palo Redondo), para lo cual se aplica la fórmula polinómica establecida en el Anexo No.15 del Contrato, la cual fue revisada y ajustada por la supervisión especializada e informada al concedente el 18 de julio de 2016.[207] Sin embargo, la Demandante también sostiene que "la supervisión especializada rechazó los pagos de las valorizaciones correspondientes, indicando que hubo una mala aplicación de los criterios establecidos, sin dar mayores explicaciones sobre el particular … sigue diciendo, el cofinanciamiento compensatorio, en la aplicación de la fórmula polinómica correspondiente hasta enero de 2017 (última valorización disponible) no ha sido reconocido por el Concedente a través de la Supervisión Especializada, pese a que su pago constituye una obligación estipulada en el Contrato de Concesión. Asimismo, la Supervisión Especializada modificó de forma unilateral y *ex post* la fórmula polinómica, sin

[207] Memorial de Demanda, página 98.

dejar registro de las razones por las cuales inaplicó lo señalado en el contrato."[208] Luego señala la Demandante:

> Dado que la controversia consiste básicamente en la no aplicación de la fórmula polinómica pactada, cabe hacer unas breves precisiones conceptuales sobre la misma a fin de que quede claro que la modificación unilateral efectuada por la supervisión especializada carece de sentido y lógica … [209]

459. El Tribunal no encuentra razones por las cuales deba pensar que la Supervisión Especializada haya tenido intencionalidad alguna en perjudicar al Concesionario[210] y reitera aquí lo dicho precedentemente respecto a que no es posible aceptar favorablemente la opinión de la Supervisión Especializada en algunos casos, es decir, cuando las decisiones del órgano son favorables a la Demandante, y en otras, cuando le es desfavorable, rechazarlo. La Supervisión Especializada fue elegida en un proceso de carácter público y la misma está compuesta por empresas de gran prestigio y seriedad y cuyos antecedentes difícilmente puedan ser cuestionados. Asimismo, de la revisión del expediente, surge claramente que la elección de una supervisión especializada fue un pedido del mismo Concesionario al Concedente y muy probablemente en opinión del Tribunal es recién con la supervisión especializada que la fórmula polinómica comenzó a ser correctamente aplicada. Por ello el Tribunal por mayoría[211] rechaza este reclamo en forma completa, pues entiende que la Demandante no ha presentado ninguna evidencia de la cual se pueda concluir que la Supervisión Especializada tenía una intencionalidad de beneficiar al Concedente y en consecuencia no tiene razón alguna dudar que la decisión de la Supervisión Especializada fue realizada conforme a derecho.

460. Por ello, la mayoría del Tribunal rechaza en forma completa el reclamo de la Demandante en relación con la aplicación de la fórmula polinómica.[212]

---

[208] Memorial de Demanda, página 99.

[209] Memorial de Demanda, página 99.

[210] El Tribunal cuestionó durante la Audiencia de mérito y prueba el argumento presentado por la Demandante respecto a qué la Supervisión Especializada pudiese tener razón alguna para beneficiar al concedente. Mientras que la Demandante dio razones, el Tribunal entiende que estas razones son meras suposiciones y sospechas (infundadas) y que no hay en el expediente evidencia alguna que permita decir que la Supervisión Especializada tenía interesa alguno en beneficiar al Concedente.

[211] La minoría considera que los certificados 1 al 15 deberían de ser pagados por el Concedente pues ya habían sido reconocidos con la aplicación de la fórmula polinómica establecida en el Anexo 15 del Contrato.

[212] El Informe del Ing. Frías Lizama dice al respecto "se ha verificado también, que la Supervisión Especializada procede a realizar el cálculo de cofinanciamiento compensatorio con la respectiva fórmula ajustada de la cual consta según el cálculo resulta un monto negativo de 14´002,787.27, por lo que en cumplimiento de lo prescripto en el Contrato de Concesión en la cláusula 1.104 no corresponde efectuar el reajuste negativo. Por lo tanto, se determina que la Spervisión Especializada de obra, tiene la facultad directamente establecida legalmente en el Contrato de Concesión y ha realizado todos los cálculos necesarios acerca del cofinanciamiento compensatorio, por lo que el presente informe precisa que de todo lo expuesto la

Expediente Técnico No. 2. La Demandante reclama en concepto de Expediente Técnico No. 2 la suma de USD 4´610,876.83.

461. La Demandante cita correctamente la cláusula 1.52 del Contrato de Concesión la cual establece:

Expediente Técnico No. 2: corresponderá a la construcción de las Obras Nuevas de la Segunda Fase que se desarrollará hasta en los cuatro años previstos para el periodo de construcción de la concesión. el proceso de elaboración y aprobación del Expediente Técnico No. 2, también deberá producirse antes de la culminación del período inicial.

462. La cláusula 1.53, inmediatamente posterior establece:

> **Fases de la Concesión:** La construcción de las Obras Nuevas se ha desagregado primera fase y en una segunda fase que se ejecutaran en forma separada y paralela. Las obligaciones del Concesionario ligada a cada una de las Fases se describen Cláusula 2.2 y en Anexo 17 del presente Contrato. Las dos fases tendrán fuentes distintas de financiamiento, distintos contratos de construcción y contabilidad separada.[213]

463. Sin dudas, para el momento en que el Contrato de Concesión llega a su fin el Concesionario debía haber elaborado el Expediente Técnico No. 2 que sería utilizado para la construcción de las Obras Nuevas de la Segunda Fase y así efectivamente lo había hecho y el Expediente Técnico No. 2 había sido aprobado por el Supervisor Especializado. En consecuencia, el Tribunal entiende que este reclamo debe ser reconocido en su totalidad a la Demandante.

464. **Trabajos Ejecutados no observados y no pagados**.

465. La Demandante reclama en concepto de Trabajos Ejecutados no observados y no pagados la suma de 10´368,040.07.

466. El Tribunal entiende que este importe surge de obras realizadas y aprobadas por el Supervisor Especializado, las cuales posteriormente, por razones técnicas diversas el Concedente no pagó (o mejor dicho descontó esos importes a la sexta valoración).

467. Las Partes describen este reclamo de la siguiente manera. Dice la Demandante:

> 489. De las estipulaciones precedentemente citadas, cabe concluir lo siguiente:
> (a) El Cofinanciamiento se paga trimestralmente por el Concedente, a través del Fiduciario, por las obras efectivamente ejecutadas por el Concesionario durante dicho periodo.

supervisión especializada ha cumplido correctamente con sus obligaciones contractuales por lo tanto se respalda la decisión tomada al respecto". Informe del Ing. Frías Lizama página 30

[213] Contrato de Concesión, cláusulas 1.52 y 1.53. CHD-5.

ii. Corresponde al Supervisor Especializado constatar, dentro de los plazos contractuales, que el Concesionario ha ejecutado efectivamente y correctamente las Obras Nuevas de la Primera Fase correspondientes al período trimestral respectivo, debiendo comunicar sus observaciones o conformidad al Fiduciario.
iii. De verificar el Supervisor Especializado que las obras han sido efectivamente completadas, el Fiduciario, "*sin dilación*", **deberá desembolsar a favor del Concesionario,** "*el monto que corresponda por concepto del desembolso del Cofinanciamiento para el trimestre transcurrido*", mediante fondos inmediatamente disponibles en el Fideicomiso.
iv. Consiguientemente, cada trimestre es preclusivo; es decir: lo que el Supervisor Especializado está obligado a verificar es el avance de obras correspondiente al trimestre, debiendo desembolsarse el íntegro de la valorización aprobada. **El Contrato de Concesión no permite que ni el Supervisor Especializado ni el Concedente revisen ni modifiquen los pagos correspondientes a valorizaciones anteriores**.
v. Cualquier retraso en el desembolso del Financiamiento devengará un interés por mora igual a la tasa de Libor más 1%.

490. Es claro entonces que los desembolsos del Cofinanciamiento deben retribuir el íntegro de los avances de obra correspondientes al respectivo trimestre, cuya ejecución fue verificada por el Supervisor Especializado. Por ende, si en el trimestre correspondiente a la Sexta Valorización, el Supervisor Especializado valorizó el avance de obras ejecutado en dicho periodo en USD 25'173,908.12, el Fiduciario debía proceder a desembolsar el íntegro de dicha cantidad. Nótese que en ninguna parte del Contrato de Concesión se otorga al Concedente la facultad de cuestionar o reducir los importes del Cofinanciamiento que deben ser pagados al Concesionario por las obras efectivamente ejecutadas en el trimestre.

491. La regla es simple: el Supervisor constata los trabajos y de estar de acuerdo, ordena al Fiduciario para que proceda con el pago. **No participa el Concedente en este procedimiento**, el Contrato de Concesión no lo habilita.

> 492. Sin embargo, mediante los Oficios emitidos por el Concedente, ha efectuado un "descuento" unilateral de US$ 10'200,914.75, disponiendo que se desembolse al Concesionario un Cofinanciamiento inferior al reconocido por el Supervisor Especializado en la Sexta Valorización. Tal decisión es arbitraria e ilegal al constituir una violación flagrante del Contrato.[214]

468. La Demandada por su parte sostiene:

> 36. El Demandante sostiene que el Concedente habría incumplido su obligación de pago del Cofinanciamiento debido a que, con ocasión de la aprobación de la Sexta Valorización, el Supervisor Especializado determinó que en la valorización inmediatamente anterior (i.e., la Quinta Valorización) se había reconocido una suma en exceso de USD 10'200,914.75, razón por la cual, en la Sexta Valorización fue descontada dicha suma.
>
> 37. El referido descuento obedeció a que, en la Quinta Valorización, el Concesionario había incluido, sin estar autorizado, Obras del Expediente Técnico No. 1, las cuales correspondía ejecutar recién durante el Período de Construcción más no en el Período Inicial. Por lo tanto, la ejecución unilateral por parte del Concesionario de Obras Nuevas, correspondientes a una etapa contractual posterior, no generaron en el Concedente obligación de pago. Esto le fue oportunamente informado al Concesionario mediante el Oficio 941-2016-GRLL-GOB/PECH-01 del 16 de mayo de 2016,16 el cual adjuntó el Informe Legal no. 28-2016, que señaló lo siguiente:

[214] Memorial de Demanda párrafos 489-492.

1. Como lo informo usted en su momento, no existe autorización expresa y por escrito, por el Concedente, con opinión previa del Supervisor Especializado, para que el Concesionario ejecute Obras Nuevas indicadas en el Expediente Técnico N° 1, conforme lo establece el numeral 5.1 del Contrato de Concesión.
2. Al no existir autorización por escrito, con la opinión previa de la Supervisión Especializada, para que la Concesionaria ejecute Obras nuevas correspondientes al Expediente Técnico N° 1, las obras que haya ejecutado es a riesgo de la Concesionaria.
3. Mediante documento d) de la referencia, la Supervisora Especializada nos informa que de conformidad con la cláusula 3.1 del Contrato de concesión, se indica claramente que las obras del Expediente Técnico N° 1 se ejecutarán durante el Período de Construcción; asimismo en el Acta de Acuerdo: Ampliación de Período Inicial, prórroga del Cierre Financiero y Entrega de Control de Proyecto, firmado el 29 de setiembre de 2015 entre el Concedente y el Concesionario, se amplía el Periodo Inicial hasta el 09 de mayo de 2016, por lo tanto se concluye que aún estamos en el Período Inicial.

8. Siendo esta nuestra posición, y estando a los resultados de la "Evaluación Conjunta" del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, se debe comunicar al Concesionario:
   a) Que se le descontará en la sexta valorización los pagos que se hayan efectuado por Obras correspondientes al Expediente Técnico N° 1 por no contar con marco contractual para su reconocimiento y por no existir consentimiento expreso del Concedente para su ejecución.

38. Como se lee, la ejecución de las Obras Nuevas del Expediente Técnico No. 1 fue efectuada unilateralmente por el Concesionario, a su riesgo, sin contar con sustento contractual para ello, por lo que no existía obligación de pago respecto de dichos trabajos. Por lo tanto, la incorporación extemporánea de tales trabajos en la Quinta Valorización fue corregida mediante el respectivo descuento del pago en exceso en la Sexta Valorización. Consecuentemente, no puede constituir incumplimiento e el descuento de un pago en exceso que fuera previamente abonado por errorinvoluntario del Concedente.

469. El Tribunal ha revisado en detalle los documentos citados por las Partes y especial consideración ha otorgado al documento CHD-40, pues el mismo contiene varios documentos contemporáneos a los hechos en discusión que ayudan a echar luz a los acontecimientos.

470. Mediante INFORME LEGAL No. 28-2016-GRLL-GOB/PECH-01 se informaba lo siguiente:

Expediente Técnico N° 1 y ésta deberán iniciar su construcción al concluir el Período Inicial, es decir al inicio de periodo constructivo.

4. Posteriormente mediante documento e) de la referencia, la Supervisora Especializada con fecha 15 de febrero de 2016 precisa que las valorizaciones de los meses de noviembre 2015 y diciembre 2015 fueron aprobadas por la Unidad Técnica Funcional del PECH, indicando que su participación para el Informe Trimestral de Avance de Obra N° 5 (Nov-2015 a enero 2016), ha sido acompañar y validar la revisión de los especialistas de la UTF para el mes de Enero 2016. Adicionalmente recomienda que se evalúe lo informado en la Carta c) de la referencia.
5. En tal sentido la Supervisora Especializada, con fecha 15 de febrero de 2015, nos informa formalmente de la valorización de las Obras del Expediente Técnico N° 1, esto es un día antes de haberse aprobado la quinta valorización correspondiente al periodo nov. 2015, diciembre 2015 y enero 2016, conforme es de verse en el Oficio N° 321-2016-GRLL-PRE/PECH-01
6. Luego la Supervisora Especializada emite informes mensuales a propósito de las valorizaciones mensuales con la finalidad de aprobar u observar la sexta valorización, señala que las valorizaciones no incluyen las obras correspondientes al Expediente Técnico N° 1.

FECHA : 13 de Mayo de 2016.

Me dirijo a usted para saludarlo, y a la vez informarle y recomendar acciones con relación a las Obras ejecutadas del Expediente Técnico N° 1 que corresponden pagar en el Periodo de Construcción.

1. Como lo informo usted en su momento, no existe autorización expresa y por escrito, por el Concedente, con opinión previa del Supervisor Especializado, para que el Concesionario ejecute Obras Nuevas indicadas en el Expediente Técnico N° 1, conforme lo establece el numeral 5.1 del Contrato de Concesión.
2. Al no existir autorización por escrito, con la opinión previa de la Supervisión Especializada, para que la Concesionaria ejecute Obras nuevas correspondientes al Expediente Técnico N° 1, las obras que haya ejecutado es a riesgo de la Concesionaria.
3. Mediante documento d) de la referencia, la Supervisora Especializada nos informa que de conformidad con la cláusula 3.1 del Contrato de concesión, se indica claramente que las obras del Expediente Técnico N° 1 se ejecutarán durante el Período de Construcción; asimismo en el Acta de Acuerdo: Ampliación de Período Inicial, prórroga del Cierre Financiero y Entrega de Control de Proyecto, firmado el 29 de setiembre de 2015 entre el Concedente y el Concesionario, se amplía el Periodo Inicial hasta el 09 de mayo de 2016, por lo tanto se concluye que aún estamos en el Período Inicial.
   Asimismo en el numeral 8.1 del Anexo 17 del Contrato de Concesión, modificado con la Adenda N° 1, se entiende que la parte restante de la Primera Fase, son las Obras del

7. Es decir no valoriza las obras correspondientes al Expediente Técnico N° 1 que se han ejecutado, por lo que estando a lo opinado por la Supervisora Especializada se debe descontar en la sexta valorización los pagos que se hayan efectuado en la quinta valorización y no se reconocerán y por tanto no se vienen valorizando las que haya efectuado el Concesionario en el periodo de la sexta valorización.
8. Siendo esta nuestra posición, y estando a los resultados de la "Evaluación Conjunta" del Proyecto de Adenda N° 2 al Contrato de Concesión, se debe comunicar al Concesionario:
   a) Que se le descontará en la sexta valorización los pagos que se hayan efectuado por Obras correspondientes al Expediente Técnico N° 1 por no contar con marco contractual para su reconocimiento y por no existir consentimiento expreso del Concedente para su ejecución.
   b) Que no se están valorizando las Obras correspondientes al periodo de la sexta valorización (febrero, marzo y abril 2016) que hayan ejecutado correspondientes al Expediente Técnico ° 1.
   c) Que el incremento de obras del Expediente Técnico N° 1 a la sección 1Bc del Expediente Técnico 1B importa necesariamente el incremento de la Garantía de Fiel Cumplimiento, conforme lo recomienda y opina la Supervisora Especializada en su Informe e) de la referencia, y con lo que el Ministerio de Economía y Finanzas estaría de acuerdo.

e) Sin perjuicio del descuento que se le hará en la sexta valorización por las obras ejecutadas por la Concesionaria correspondientes al Expediente Técnico N° 1, se debe



requerir a la Supervisora Especializada emita un informe técnico respecto de evaluación de las obras ejecutadas correspondientes al Expediente Técnico N° 1.

9. De lo que se viene informando tiene conocimiento pleno y detallado desde el momento en que fuimos alertados de la situación por la Supervisora Especializada la Gerencia del PECH, la Oficina de Administración y la Oficina de Planificación y Presupuesto del PECH.

471. Este tema plantea una disyuntiva difícil para el Tribunal. Los documentos analizados parecen reflejar que por un lado las obras fueron construidas y por otro lado que las mismas no habían realmente sido aprobadas por la Supervisión Especializada. Al menos de cuanto surge del INFORME LEGAL No. 28-2016-GRLL-GOB/PECH-01 pareciera que la Supervisión Especializada cuestionó la Quinta Valorización pero que el documento conteniendo este cuestionamiento no alcanzó a ser analizado por el Concedente antes del pago de la misma, llevando a que el pago por la misma sea realizado por el Fiduciario.

472. Evidentemente ésta es una cuestión donde ambas Partes tienen una postura válida. El Tribunal Arbitral podría tomar una postura formalística y analizar si el reclamo por las obras realizadas se tramitó legalmente conforme a los términos del Contrato y rechazar el reclamo por falta de aprobación previa de la Supervisión Especializada. Por otro lado el Tribunal también podría concluir que efectivamente la obra se hizo y fue abonada, y que el descuento en la Sexta Valorización no correspondía porque sí el Concesionario había actuado conforme al Contrato y la valorización se había aprobado. Sin embargo,

ambas soluciones no reflejarían necesariamente una decisión en derecho y que haga justicia a las circunstancias del caso.

473. Seguramente, si el proyecto y la relación entre las Partes no se hubiera detenido, hubiera llegado la oportunidad en que las obras realizadas serían incorporadas al proyecto y serían compensadas, situación que ninguna de las Partes podía realmente prever en ese momento que ello no sería así y que pocos meses después el proyecto se suspendería por año.

474. El INFORME LEGAL No. 28-2016-GRLL-GOB/PECH-01 también indica que la Supervisión Especializada todavía debía rendir el informe técnico sobre las obras realizadas y también se indica en los alegatos de la Demandada, y el Proyecto de Ley que estas obras pueden haber sufrido deterioro por el tiempo que ha transcurrido desde el momento en que se hicieron hasta cuando se reanude la obra. Las Partes no han aportado elementos fácticos que puedan ayudar a decidir al Tribunal el estado de esas obras y su utilización futura. Asimismo, es indudable que, como surge de los documentos en análisis, sólo correspondía realizar esas obras cuando la Adenda No.2 al Contrato de Concesión fuera aprobada, y esa Adenda No. 2 nunca se aprobó.

475. En definitiva, los trabajos se realizaron pero no en la oportunidad que debían realizarse. El rol que cumplió la Supervisión Especializada y si ésta aprobó o no las obras y en qué medida, es una cuestión en debate. De hecho, surge claramente del Anexo CHD-40 que el Concedente, en el contexto del descuento realizado sobre la Sexta Valorización, invitaba al Concesionario a conversar sobre esta cuestión en la medida en que se seguía negociando la Adenda No. 2.

476. Por ello, y en función de toda la información analizada, entiende que es ajustado a derecho compensar al Concesionario en un 50% del monto reclamado, es decir en la suma de USD 5,184,020 dólares americanos.

477. **Trabajos Ejecutados Observados y No Pagados.** La Demandante reclama en concepto de Trabajos Ejecutados observados y no pagados la suma de USD 859,512.42.

478. La Demandada durante el interrogatorio del ingeniero Iribarren logró demostrar, en opinión del Tribunal, que el perito no había tenido en cuenta que las observaciones presentadas por el Concedente no habían sido satisfechas antes del momento en que se puso fin al Contrato. El perito específicamente reconoció lo siguiente:

> El concepto claramente corresponde a un descuento por esas observaciones que no se realizaron. Claro que corresponde dentro de la negociación, asociada al

monto que vamos a conversar, corresponde hacer una negociación entre las partes en las cuales el perito no tiene absolutamente ninguna injerencia …[215]

479. En otras palabras, el perito reconoció que a los fines de compensar por el monto reclamado en concepto de trabajos ejecutados observados y no pagados era necesario hacer un ajuste en función de las tareas que serán necesarias para poner las obras en conformidad con lo requerido en los expedientes técnicos. En consecuencia, y teniendo en consideración todas las manifestaciones realizadas en los párrafos precedentes, el Tribunal entiende que este monto reclamado se compensa en forma justa otorgándose un reconocimiento por el 60% del monto reclamado, dado que así lo reconocen las Partes pues, la Demandada no niega que este rubro se deba indemnizar aunque argumenta limitaciones en el monto de la reparación, mientras que la Demandante no ha logrado demostrar que este concepto se pueda reclamar en su totalidad, sino – muy por el contrario – que un ajuste es necesario. Por lo cual, el Tribunal en uso de sus prerrogativas y considerando la prueba presentada por las partes, entiende que el rubro se compensa en forma justa para ambas Partes reconociéndose un 60% del valor relamado, es decir, la suma de USD 515.707.20

480. **Materiales en Obra**. La Demandante reclama en concepto de Material en Obra la suma de USD 3´459,447.41. La Demandada dedica una gran parte de su primer Escrito Post Audiencia a criticar las determinaciones realizadas por el ingeniero Iribarren con relación a los materiales en obra, citando extensas partes de la examinación realizada en la Audiencia, mediante la cual se intentó demostrar que el referido profesional no había justificado debidamente la existencia de materiales en obra, y por el contrario, que había grandemente exagerado el reclamo.

481. La Demandada argumentó que los daños reclamados en concepto de materiales en obra habían sido fuertemente exagerados en la medida en que de los 296,310.71 metros cúbicos de arena y grava que supuestamente existían en obra solo existía documentación para demostrar que menos de 10,000 metros cúbicos de ese total efectivamente correspondían a los referidos materiales mientras que los demás están identificados en los mismos documentos presentados por Iribarren cómo no identificados (mientras que el experto sin fundamento alguno los convirtió en arena y grava). Sin embargo, el Informe del Ing. Frías Lizama, informe presentado por la Demandada, dice:

[215] Primer Escrito Post Audiencia de la Demandada, páginas 60 y ss.

a. El Tribunal entiende que corresponde compensar al Concesionario por el material producido aunque él mismo todavía no se hubiese incorporado a la obra. El Tribunal hubiera tenido preocupación que este material no hubiese existido y en ese caso la decisión hubiera sido distinta. Sin embargo, el informe del Ingeniero Frías Lizama, que estuvo en el lugar y comprobó la existencia de estos materiales (inclusive existen fotografías que demuestran la existencia del mismo),[216] hace que el Tribunal considere que este es un concepto que debe ser resarcido bajo la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión, y por lo tanto reconoce el total del monto reclamado en la suma de USD 3´459,447.41.

b. Gastos Generales y/o Daños (Séptimo Reclamo). La Demandante reclama en concepto de gastos generales y/o daños la suma de USD 26´771.939, los que se desglosan en (a) gastos generales al momento de la paralización por un monto de USD 10´909,442 (b) gastos generales post paralización por un monto de USD 14´918.242, y (c) adicionales post paralización por un monto de USD 944,335, conforme a la pericia presentada por el ingeniero Iribarren.[217]

482. La Demandada ha fuertemente cuestionado este reclamo, trayendo a colación no solo la pericia, sino también las contradicciones en la que habría incurrido el perito durante su examinación en la Audiencia. En palabras de la Demandada:

> Primero: el perito Iribarren sostuvo en su informe haber efectuado ajustes a la cuantificación por medio de la técnica de juicios de expertos la cual, según su versión inicial por escrito, habría sido validada por el equipo del contrato. Sin embargo, en su reporte el perito Iribarren decidió ocultar cómo aplicó esa supuesta técnica de juicios de expertos, qué procedimientos siguió, mediante qué metodología se efectuó la alegada validación por el equipo de contrato, quienes conformaron ese mentado equipo de contrato, y cuáles fueron los resultados de esa supuesta validación. Consultado en audiencia sobre estos aspectos esenciales para comprender su método de cuantificación, el perito Iribarren evadió dar explicaciones y, en una reacción indecorosa ajena a la figura de un experto serio y objetivo, profirió que la respuesta debía buscarse en Google. Segundo: Durante su contrainterrogatorio, Iribarren volvió a caer en una fatal contradicción. Mientras que, en su reporte el perito, había señalado que el mismo empleó la técnica de juicio de expertos y que esta fue validada posteriormente por el equipo del contrato, en la audiencia cambió de versión, afirmando que era todo lo contrario,

[216] Informe Frías Lizama páginas 13 y 14.
[217] Informe Iribarren párrafo 215.

y que él había sido simplemente el validador. Sistemáticas contradicciones ratifican la incuestionable falta de credibilidad del experto.

Tercero: ni un solo dólar de los denominados adicionales post paralización tienen sustento probatorio.[218]

483. El Tribunal debe decir que el reclamo de los gastos generados en el cumplimiento del contrato y hasta la paralización del mismo es un concepto importante dado que la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión específicamente establece que "si la caducidad de la concesión se produce antes del inicio de las obras nuevas de la debidamente acreditados y reconocidos por el supervisor especializado que a continuación se detallan: personal, bienes y servicios, seguros de los equipos en operación, asesorías, viajes y movilización, comunicación social, costo del expediente técnico, costos de constitución de garantías contractuales, costos de contratación de seguros y montos de costos del proceso".[219]

484. El Tribunal nota que la Demandada, a pesar de la descripción general que hace con relación a los inconvenientes en la forma del cálculo realizada por el ingeniero Iribarren, concentra sus críticas respecto a los adicionales post paralización. el Tribunal ha analizado la forma en que el cálculo se ha realizado, y entiende que principalmente la metodología ha sido utilizar los costos de la fase 1 del contrato prorrateados al período correspondiente de la fase 2, por lo cual no encuentra que haya respecto a este reclamo una inconsistencia o exageración grave.

485. Sin embargo, el Tribunal es también de la opinión, como se sostuvo anteriormente en esta sección, que corresponde solamente compensar gastos hasta finales del año 2016, pues como se dijo, con posterioridad las Partes ya habían incurrido en mutuos incumplimientos. Por ello, el Tribunal solamente reconoce los gastos generales que se hubiesen generado hasta el momento de la paralización y que son calculados por la Demandante en el monto de US$10´909,442.

486. **Otros Reclamos**. La Demandante también reclama otros conceptos indemnizatorios, los que se encuentran contenidos en el Octavo Reclamo, y dice: [220]

> **Octavo Reclamo:** Como consecuencia de haberse declarado que el incumplimiento del concedente en la ECP se debe a dolo y/o culpa inexcusable y como consecuencia de la declaración de caducidad del Contrato de Concesión, se ordene al concedente indemnizar a la

[218] Escrito Post Audiencia de la Demandada, páginas 40 y 41.
[219] CHD-5 Cláusula 15.4.1
[220] Memorial de Demanda, página 28.

demandante por los daños y perjuicios [221]ocasionados según el siguiente detalle:

DAÑOS	MONTO USD $
Stanb-by de Equipos	10´946,512.87
Mantenimiento Enero 2017-Febrero 2019	338,270.29
Pago a PROINVERSIÓN	3´122,788.05
Gastos del Cierre Financiero	225,260.00
Equipo Especial Adquirido para Obra	1´079,922.41
Campamento e Instalaciones de Obra	1´795,159.59
Beneficio no percibido por el periodo de operación del Contrato (lucro cesante)	32´832,109.11
TOTAL	**USD $ 50´340,022.32**

a. Posteriormente fue ajustado de la siguiente manera:

DAÑOS	MONTO USD $
Stand-by de Equipos	10´946,512.87
Mantenimiento Enero 2017-Febrero 2019	338,270.29
Pago a PROINVERSIÓN	3´122,788.05
Gastos del Cierre Financiero	225,260.00
Equipo Especial Adquirido para Obra	1´079,922.41
Campamento e Instalaciones de Obra	1´795,159.59
Beneficio no percibido por el periodo de operación del Contrato (lucro cesante)	31´138,042.05
TOTAL	48,645,955.26

487. En su Memorial de Demanda, la Demandante explica cómo funciona el sistema de responsabilidad contractual en el derecho peruano y por qué corresponde que la Demandada pague en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios los montos que se encuentran consagrados en el cuadro que precede a este párrafo. La Demandada por su parte, mientras que no expresa una oposición conceptual al reclamo, sí cuestiona específicamente algunos de los conceptos reclamados, partiendo específicamente de la idea que no existe evidencia para realizar tales reclamos. Así, la Demandada cuestiona el concepto de "costos por mantenimiento", "equipo especial para obra", "gastos pro-inversión", y el reclamo de lucro cesante de la Demandante.[222]

488. En otras palabras, la Demandante presenta dos reclamos diferentes por la violación del contrato como consecuencia del incumplimiento del ECP: por un lado, reclama a la sanción específica contenida en el contrato mismo, la cual se encuentra prevista en la norma del artículo 15.4.1 (como el Tribunal ya determinado más arriba), y por el otro lado reclama

[222] Primer Escrito Posterior a la Audiencia, página 48 y siguientes.

daños y perjuicios bajo el régimen general de la responsabilidad contractual bajo el derecho peruano.

489. Como se ha hecho notar en la sección en la cual el Tribunal discute si existió dolo o culpa grave del Concedente en ocasión del incumplimiento del ECP, la Demandante identifica un reclamo indemnizatorio conforme al Contrato, y un reclamo indemnizatorio por fuera del contrato. Todos los conceptos aquí reclamados son reclamados bajo el sistema general del Código Civil peruano, e – inclusive desde la perspectiva de la Demandante – están atados al requisito de que el Tribunal hubiere determinado que al violar el ECP el Concedente hubiere actuado con culpa o dolo. En la medida en que así no ha sido, corresponde rechazar todos los reclamos que bajo esta sección se realizan.

490. En opinión del Tribunal, los reclamos planteados como daños y perjuicios son improcedentes porque el contrato establece sanciones específicas en el caso en que el contrato caduque como consecuencia del incumplimiento del ECP, y en consecuencia el Tribunal debe aplicar esa sanción prevista por el contrato mismo y no una solución que no ha sido prevista por las Partes y respecto a la cual no encuentra justificación alguna, especialmente en el presente caso en el cual el Contrato ha llegado a su fin anticipado como consecuencia de la responsabilidad concurrente de ambas Partes, sin que medie culpa o dolo del Concedente y en el que la Parte demandante ha tenido una muy importante contribución en esa responsabilidad.

491. El Tribunal también coincide con la Demandada la cual sostiene que para algunos de los reclamos contenidos en la presente sección no existe evidencia en el expediente, como en el caso del equipo especial adquirido para obra, el cual teniendo la relevancia que tiene debería estar demostrado con evidencia documental, cuando ninguna prueba más allá de la pericia del ingeniero Iribarren existe en el expediente y en esa pericia no existen fotografías u otros medios probatorios para demostrar la existencia de estos costosos equipos en obra. En ese sentido el Tribunal comparte la posición de la Demandada de que algo más que los dichos del perito se necesitan para probar reclamos sobre elementos que deberían existir en forma física en la obra.

492. Finalmente, los otros conceptos reclamados también son rechazados. Son rechazados primeramente por las razón ya aludida de que los mismos se encuentran fuera del régimen del Contrato y que, conforme a la Demandante, los mismos sólo corresponden de haber existido dolo o culpa del Concedente. No obstante, también son rechazados porque no existe evidencia convincente en el expediente para demostrar su existencia y la extensión de los mismos.

493. A modo de ejemplo, en el caso de los gastos asociados al Cierre Financiero del Contrato (CFC), los mismos son rechazados porque no solamente que el CFC no se obtuvo, sino que

ella ha sido precisamente la causal en la que incurrió la Demandante en su violación del Contrato. Similares consideraciones se aplican al mantenimiento enero 2017- febrero 2019 o a los pagos a pro-inversión, los que además son posteriores al año 2016 en el caso de los primeros y son consecuencia del incumplimiento de la Demandante los segundos, con los cuales se estaría recompensando el actuar ilícito de la Demandante se ellos fueran reconocidos.

494. **Lucro Cesante.** El reclamo compensatorio de la Demandante también incluye un concepto de lucro cesante, al cual ambas Partes dedican importantes párrafos en sus referidos escritos. La Demandante reclama en concepto de lucro cesante un monto superior a los 30 millones de dólares. La Demandada se opone porque sostiene que el cálculo que propone la Demandante es especulativo y la utilización del método de flujo de caja descontado se aplica solamente para el cálculo del lucro cesante solamente en casos donde haya certeza en la rentabilidad del negocio y existan flujos de fondos positivos, conforme ha sido reconocido por muchos tribunales arbitrales. La Demandada también cuestiona la tasa de descuento utilizada por el ingeniero Iribarren a los fines de calcular los supuestos daños futuros a través de los flujos de fondos descontados.

495. El Tribunal, luego de haber analizado la posición de las Partes, rechaza el pedido de lucro cesante por las razones anteriormente expresadas de que el Contrato establece un sistema de compensación para la terminación temprana del mismo por incumplimiento del EPC [Terminación Temprana por Acuerdo de Partes y o culpa del Concedente] y el mismo no contempla otros daños que aquellos reconocidos en la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión, con la excepción de la cláusula 15.5 que establece la devolución de la garantía de fiel cumplimiento para casos como el presente en el cual se resuelve el contrato por acuerdo de las Partes o del incumplimiento del Concedente.[223]

496. Asimismo, el Tribunal también entiende que otras razones concurren para el rechazo de un reclamo de lucro cesante, entre ellas, el excesivo carácter especulativo del reclamo en una etapa tan temprana del Contrato. Mientras que el Tribunal reconoce que un análisis de flujo descontado podría excepcionalmente ser utilizado en una etapa temprana del Contrato, según ha sido reconocido excepcionalmente por algunos tribunales arbitra[224]les internacionales, entiende que ello no es de aplicación aquí porque, en el contexto de esta disputa, esos flujos sólo se hubieran producido si el Contrato seguía su derrotero y sus pasos se cumplían, cumpliendo las Partes con sus las respectivas obligaciones a su cargo. Sin dudas, los hechos discutidos en este Arbitraje, con incumplimientos tempranos de ambas Partes y la existencia una situación fáctica que

[223] Como se verá a continuación, el Tribunal Arbitral entiende que, como consecuencia de la violación del CFC, corresponde la ejecución de la Garantía de Fiel cumplimiento, cuestión que se discute en la próxima sección de este laudo.
[224] Escrito de Fe de Erratas, presentado por la Demandante el 17 de febrero de 2021.

requirió la intervención del regulador (hechos ilícitos reconocidos en los Acuerdos de Colaboración y dictado del Decreto 003/2017) hacían inviable el Contrato en una etapa temprana de éste, impidiendo al Tribunal Arbitral otorgar lucro cesante y menos aún otorgarlo mediante la utilización del método de flujo descontado.

497. En consecuencia, y luego de las razones pronunciadas precedentemente, el Tribunal entiende que corresponde compensar a la Demandante por la violación del ECP por el Concedente de la siguiente manera:

Concepto	**Compensación Reconocida por el Tribunal (en USD)**
Desmovilización	1´169,746.26
Expediente Técnico No. 2	4´610,876.83
Prestaciones (no observadas) Descontadas	5´184,020.00
Prestaciones (observadas) No Pagadas	515.707.20
Materiales en Obra	3´459,447.41
Gastos Generales	10´368,040.07
TOTAL	**25´307,837.7**

6.3. Consecuencias de la Violación de la Cláusula 20.3 del Contrato de Concesión

498. El Tribunal también determinó que el concesionario había violado la cláusula 20.3 del Contrato de Concesión, la cual establece la obligación del concesionario de obtener el financiamiento para la ejecución de las obras nuevas de la segunda fase.

499. En reiteradas oportunidades la Demandante argumentó no haberse encontrado nunca en la situación de violación de la cláusula 20.3, pues – en opinión de la Demandante – en ningún momento había llegado la fecha específica para que tuviese que cumplir y demostrar la existencia del CFC. Sin embargo, cuando decidió dar por terminado el

Contrato por el incumplimiento del EPC por la Demandada, ésta última reclamó que la verdadera razón por la cual el contrato habría fracasado se debía al incumplimiento del CFC.

500. El Tribunal determinó, luego de analizar cuidadosamente la evidencia en el expediente, que desde el mes de marzo del año 2016 la Demandante no había realizado ningún esfuerzo para obtener el CFC, y que de haber tenido que cumplir con el mismo no hubiera estado en condiciones de hacerlo.

501. El Tribunal es de la opinión que aquello que llevó al fracaso definitivo el contrato fue precisamente la imposibilidad del Concesionario de obtener el Cierre Financiero del Contrato, en función de la situación que reinaba en torno de los *Sponsors* y sus empresas asociadas durante el año 2017, lo cual se vio ratificado al ser incluido el Concesionario entre aquellas empresas alcanzadas por la sanción del Decreto de Urgencia 003/2017. Por ello, aunque la Demandante no llegó a incumplir el CFC en los papeles, en la realidad sí lo había incumplido, creando las circunstancias que llevaron a la imposibilidad del cumplimiento. La evidencia que existe en el expediente respecto a esto último, y que fue analizada en detalle precedentemente en este laudo, es conclusiva de que el Concesionario no había hecho ningún esfuerzo para obtener el CFC desde marzo de 2016 y que en la fechas relevantes pactadas en las Actas Acuerdo, no se encontraba en condiciones de obtener el Cierre Financiero del Contrato.

502. El Tribunal solicitó específicamente a la Demandante que demuestre documentalmente sus esfuerzos para obtener el CFC y los pocos documentos que ésta presentó no demuestran que la Demandante se encontraba en condiciones de obtener el CFC, sino por el contrario, como se analizó y por las razones allí expresadas, que la Demandante no se encontraba en condiciones de obtener el CFC, lo cual la llevó preventivamente a solicitar la resolución anticipada del Contrato por la violación del EPC ante la inminencia de que su propio incumplimiento quedara expuesto.

503. Asimismo, el Tribunal entiende apropiado mencionar que la forma en la que está redactada la obligación del Cierre Financiero del Contrato (cláusula 20.3) hace que ésta bien pueda interpretarse que, la fecha del cierre financiero, es una fecha límite dentro de la cual el Concesionario ha debido demostrar la realización de los esfuerzos, pasos y finalmente la obtención de los medios necesarios para obtener el cierre financiero. Con lo cual, no era necesario llegar a la fecha final del Acta Acuerdo cuarta para estar en incumplimiento, pues el incumplimiento ya existía en la medida en que no se demostró, dentro de los límites de esa fecha, la obtención de los medios para el cierre financiero, independientemente de que en forma preventiva la Demandante haya dado por terminado el Contrato por culpa del Concedente.

504. La cláusula 20.3 establece específicamente la sanción que corresponde por la violación de esta, de la Contrato de Concesión, de la siguiente manera:

> **20.3 Cierre Financiero: …** vencidos los plazos previstos en el primer y segundo párrafo en la presente cláusula y de no haber acreditado el Concesionario el cierre financiero por causas imputables a él, el Concedente podrá invocar la caducidad de la concesión por causa imputable al Concesionario, en cuyo caso el Concedente ejecutará, como única compensación por daños y perjuicios, la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, válida en aquel momento, por un monto equivalente al 70% del valor total de la misma; sin perjuicio de la suspensión inmediata de los desembolsos del cofinanciamiento destinados a la construcción de las obras nuevas de la primera fase. No obstante, la Garantía de Fiel Cumplimiento Válida para el periodo inicial al que se refiere la cláusula 11.1.1 será ejecutada al cien por ciento (100%) de su valor, en el caso que además del incumplimiento del cierre financiero, el Concesionario incumplía con algunas de las obligaciones a su cargo señaladas en los literales (a), (b), (c) y (d) del Acápite i) de la Cláusula 3.1.

505. Al igual que la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión, la cláusula 20.3 establece la sanción que sigue a la violación de la obligación del CFC en el 70% del valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, la cual es de 35.8 millones de dólares estadounidenses. es decir la suma de 25´060,000.00 dólares americanos.

506. En consecuencia, el Tribunal determina que el Concedente se encuentra autorizado a ejecutar en un 70% la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión, es decir, hasta cubrir la suma de 25´060,000.00 de dólares americanos. Asimismo, en caso que por cualquier razón la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato no se encontrase en vigencia, el Concedente en cualquier caso se encuentra habilitado para obtener de la Demandante el pago de la suma de 25´060,000.00 de dólares americanos.

VII. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE RENOVACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO

507. El Tribunal también ha determinado que el Concesionario violó su obligación conforme a la cláusula 19 del Contrato de Concesión:

CLÁUSULA 19
SEGUROS

19.1 Para efectos del Contrato, el Concesionario deberá contar con las pólizas de seguros para cada una de las Fases de acuerdo a lo establecido en ésta Cláusula en forma enunciativa y no limitativa (excluyendo las Obras Existentes), considerándose en todo caso como exigencias mínimas que podrán ser ampliadas y mejoradas por el Concesionario, y cuya propuesta final haya sido debidamente aprobada por el Concedente, previa opinión del Supervisor Especializado, conforme a los términos establecidos en las siguientes Cláusulas.

19.2 En cuanto a la póliza indicada en la Cláusula 19.7.2, el Concesionario deberá contratar los servicios de una empresa especializada de reconocido prestigio internacional, para la realización del análisis de riesgo que permita determinar como suma asegurada, la pérdida máxima probable de riesgos

Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic

Pág. 110 de 361

508. Sin embargo, como se explica a continuación el Tribunal no tiene los medios para determinar el valor de esta indemnización porque no se le han provisto los elementos para hacerlo. Así la cláusula 19.11 establece las consecuencias que se siguen a la falta de renovación de las pólizas de seguro. Según esta norma, el Concedente sanear las pólizas mediante la emisión a su cargo de las pólizas que corresponda reemplazar para luego reclamar esos montos del Concesionario.

CLÁUSULA 19
SEGUROS

19.1 Para efectos del Contrato, el Concesionario deberá contar con las pólizas de seguros para cada una de las Fases de acuerdo a lo establecido en ésta Cláusula en forma enunciativa y no limitativa (excluyendo las Obras Existentes), considerándose en todo caso como exigencias mínimas que podrán ser ampliadas y mejoradas por el Concesionario, y cuya propuesta final haya sido debidamente aprobada por el Concedente, previa opinión del Supervisor Especializado, conforme a los términos establecidos en las siguientes Cláusulas.

19.2 En cuanto a la póliza indicada en la Cláusula 19.7.2, el Concesionario deberá contratar los servicios de una empresa especializada de reconocido prestigio internacional, para la realización del análisis de riesgo que permita determinar como suma asegurada, la pérdida máxima probable de riesgos

Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic

Pág. 110 de 361

509. Mientras que el Tribunal Arbitral podría ordenar una indemnización por daños y perjuicios, el hecho de que no se haya aportado evidencia del proceso de saneamiento ni de los montos abonados por el Fiduciario como consecuencia de la violación de esta obligación. En consecuencia, deberá ser evaluado por la Demandada si estos importes fueron pagados por el Fiduciario y – en su caso – reclamar separadamente su

indemnización.

VIII. INTERESES

510. Solamente la Demandante solicitó que se otorguen intereses y no estableció en su pedido ni la fecha a partir de los cuáles los intereses correrían, ni la tasa de interés a la cual esos intereses se debían computar. La Demandada, por su parte, no solicitó que se apliquen intereses a las sumas de dinero que se otorguen, y como se ha dicho más arriba, desistió de perseguir daños y perjuicios en forma reconvencional.

511. Como el Tribunal ha concluido, mientras que el Concedente violó el ECP el Concesionario violó el CFC y hacia el final del año 2016 ambos se encontraban en violación de sus respectiva obligaciones, aunque las mismas no serían declaradas sino hasta pocos meses después. Por ello, se debe entender como fecha en las que las Partes incumplieron sus obligaciones en conexión al ECP y al CFC el día 31 de diciembre de 2016.

512. Asimismo, y por las mismas razones expresadas, es decir que para esa fecha las Partes se encontraban de hecho en incumplimiento de sus obligaciones de ECP y CFC, el Tribunal Arbitral dispone que esta es la fecha que debe ser utilizada por las Partes para calcular los intereses anteriores y posteriores al laudo y, por lo tanto, la fecha que se debe utilizar para comenzar a calcular los intereses anteriores y posteriores al dictado del laudo.

513. Asimismo, si bien la Demandada no ha solicitado intereses, el Tribunal entiende que los intereses en el presente Arbitraje se otorgan solamente para mantener el valor del dinero, y no como compensación, en la medida en que el Tribunal considera que no se debe premiar a ninguna de las dos Partes debido a sus mutuos incumplimientos, lo cual será reflejado en la tasa de interés que se aplicará a las sumas dinerarias que se otorgan. Por esta misma razón y en la medida en que la tasa de interés se aplica exclusivamente para mantener el valor del dinero, es opinión del Tribunal que la misma debe ser aplicada a las sumas de dinero otorgadas a ambas Partes y no solamente a la Demandante, pues ello crearía una ventaja injustificada a la Demandante, a pesar de que la Demandada no hizo una solicitud expresa de que intereses se debían aplicar a cualquier suma dineraria que le fuera otorgada por el Tribunal.

514. Asimismo, el Concedente inició el proceso de terminación temprana por incumplimiento del Concesionario del CFC. Si hubiera ejecutado la garantía en un 70% en el mes de marzo de 2017, o en una fecha cercana a ella, esa suma de dinero hubiera generado intereses, probablemente a la misma tasa de interés que generaría intereses cualquier compensación recibida por la Demandante por la violación del Concedente del CFC.

515. En la medida que el Tribunal ha determinado que la tasa de interés que se aplicará a las acreencias de las Partes tienen como objetivo sólo mantener el valor del dinero de las compensaciones otorgadas, el Tribunal decide aquí que la tasa de interés que corresponde aplicar es una tasa de interés simple libre de riesgo y que se debe computar anualmente. Asimismo, dado que las obligaciones en el Contrato de Concesión están expresadas en dólares de los Estados Unidos de América, esa es la moneda en la que se calcularán los intereses, debiendo también la tasa de interés reflejar un interés en dólares de los Estados Unidos de América.
516. En función de las consideraciones anteriormente expuestas el Tribunal RESUELVE que las compensaciones debidas bajo las cláusulas 1.46 y 20.3 del Contrato de Concesión deberán ser actualizados con una tasa de interés libre de riesgo conforme a la tasa de interés que pagan los bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América, calculada en forma simple.

IX. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

517. A modo de conclusión, como el Tribunal ha explicado en secciones anteriores de este laudo, el razonamiento que éste ha seguido y sus principales determinaciones, en función de la evidencia aportada son las siguientes:
518. El Contrato se firmó el 9 de mayo de 2014, y tanto en los tratos preliminares anteriores a su firma, la obtención de la buena pro, y los demás actos administrativos relacionados a la conformación de la voluntad contractual la relación entre las partes pareciera haber sido totalmente normal. Si existió corrupción en la obtención de la concesión, ninguna evidencia fue presentada en el Expediente, más allá de algunos artículos periodísticos, que en sí mismo no contienen evidencia convincente.
519. La normalidad, en términos transaccionales y regulatorios continúa durante el año 2015 aunque se puede apreciar su deterioro hacia el final de ese mismo año cuando las ilegalidades relacionadas a otros contratos de la empresa Odebrecht internacionalmente y en el Perú comenzaban a tomar entidad. No obstante, a pesar de la normal relación contractual entre las Partes, durante este período, los funcionarios del Concesionario y de sus *Sponsors* estaban en conocimiento de los hechos ilegales que afectan a los *Sponsors* y sus funcionarios, situación que de haber sido conocida el Concedente antes de la firma del Contrato hubiera hecho imposible la suscripción del mismo, aunque el Concesionario y sus *Sponsors* tengan distinta personalidad jurídica.
520. La conducta contractual entre las Partes se puede apreciar un claro deterioro de la relación contractual de las Partes durante el año 2016, en la imposibilidad de ambas,

según entiende el Tribunal, de cumplir con las obligaciones a su cargo. A pesar de todos sus esfuerzos y de las entregas parciales de áreas para la construcción de las obras, el Concedente no logra cumplir con la entrega del control del proyecto (ECP) y desesperadamente intenta que esta obligación se transforme en una obligación capaz de satisfacerse con entregas parciales del ECP. El Concesionario, por su parte, en opinión del Tribunal, simplemente abandonó, a partir de marzo de 2016, cualquier esfuerzo para obtener el cierre financiero del Contrato (CFC), lo cual lo llevó a decidir en forma unilateral la terminación del Contrato por culpa del Concedente el día 21 de febrero de 2017, a los fines de prevenir la declaración de incumplimiento que recaería sobre éste cuando se venciera el plazo pactado en la última renegociación para demostrar el cumplimiento con su obligación de obtener el Cierre Financiero del Contrato (CFC).

521. Finalmente, es opinión del Tribunal Arbitral, que el dictado del Decreto de Urgencia 003/2017 terminó de decidir la suerte del Contrato al disponer que las empresas relacionadas al grupo Odebrecht debían abandonar los proyectos con el Estado peruano, buscando reemplazantes para que asuman las tareas que esas empresas tenían confiadas. Es indudable que, a partir del año 2017, los esfuerzos entre las Partes están encaminados a una salida ordenada de Odebrecht de sus obligaciones bajo el presente Contrato de Concesión.

522. Estas determinaciones que el Tribunal realiza exclusivamente en función de la evidencia que las Partes aportaron en el expediente, lleva a que el Tribunal decida, en función de las defensas y argumentaciones presentadas por las Partes, cómo sigue:

523. Con relación a la cláusula 9, las obligaciones en ella contenidas fueron violadas por la Demandante dado que el Concesionario sabía, o debió haber sabido, a partir de la participación del señor Boleira, como funcionario Concesionario (Boleira firmó el Contrato de Concesión en nombre del Concesionario), sobre los hechos ilícitos en lo que había incurrido el grupo Odebrecht en el Perú, y que esos hechos, como la realidad lo demuestra, tenían la potencialidad de impedir o afectar el normal cumplimiento del Contrato.

524. Asimismo, en función de las defensas presentadas por las Partes, así como por la doctrina y las decisiones de los tribunales, la sanción que corresponde por la violación de las “representaciones y garantías” realizadas en contravención a la cláusula 9 del Contrato conllevan la resolución del mismo. Esta resolución contractual podría ir acompañada de daños y perjuicios a favor del Concedente. Sin embargo, la parte Demandada presentó una demanda reconvencional solicitando esa reparación en daños y perjuicios, la cual fue posteriormente desistida, por lo cual el Tribunal se encuentra impedido de realizar una determinación de daños y perjuicios en función de la cláusula

9 del Contrato de Concesión.

525. Con relación a la violación de la obligación de la cláusula 1.46 por el Concedente, el Tribunal ha determinado que (1) el Concedente nunca pudo cumplir con el EPC, y (2) conforme a la aplicación de la cláusula 15.4.1. del Contrato de Concesión, el Concesionario puede reclamar el pago por parte del Concedente de la suma de 25´307,837.70 dólares estadounidenses más los intereses que se describen a continuación.

526. Con relación a la cláusula 20.3 del Contrato, ésta establece específicamente la sanción que sigue al incumplimiento de la obligación del Concesionario de obtener el Cierre Financiero del Contrato, la cual conlleva el derecho del Concedente de ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato en un setenta por ciento (70%). El 70% de la Garantía de Fiel cumplimiento asciende a la suma de USD 25´060,000.00, más los intereses que se describen a continuación.

527. Ambas sumas generarán un interés simple a la tasa libre de riesgo de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América, antes y después del dictado del laudo y hasta el momento del efectivo pago, la cual se computará desde 1, para el caso de la de enero de 2017 tanto para la violación del EPC como para la violación del artículo 20.3 del Contrato de Concesión (CFC).

528. Finalmente, como se señala en esta misma sección y surge de los efectos reconocidos por las Partes respecto a las obligaciones creadas por el Decreto de Urgencia 003/2017, y aceptada expresamente por la Demandante, el Estado peruano tiene derecho a retener el diez (10%) por ciento de la compensación otorgada a favor del Concesionario a los fines de cumplir con el Decreto 003/2017 y sus normas complementarias.

529. Todas las demás defensas y argumentos de las partes, con excepción de las determinaciones que siguen a continuación en esta misma sección del laudo, han sido específicamente consideradas por el Tribunal Arbitral y son aquí específicamente rechazadas.

X. RECHAZO DE TODA OTRA DEFENSA PRESENTADA POR LAS PARTES

530. A lo largo del procedimiento arbitral las Partes presentaron distintas defensas y argumentos fundados especialmente en el derecho peruano. El Tribunal deja constancia que, con excepción de la defensa relacionada a la cláusula 9 del Contrato de Concesión que presentó la Demandada, ha resuelto el caso principalmente en función del Contrato de Concesión , el cual se encuentra anclado en el derecho peruano; sin embargo, en forma subsidiaria, y por efecto del Contrato, también ha aplicado las demás normas e

instituciones del derecho peruano. Por ello, la falta de referencia en el laudo de algunas de las defensas y argumentos planteados exclusivamente en derecho peruano y excepcionando el Contrato que plantean las Partes, no significa que el Tribunal no las haya específicamente considerado y rechazado.

531. En otras palabras, el Tribunal ha considerado todas las defensas y los argumentos de las Partes, como los muy específicos análisis en las secciones precedentes demuestran. No obstante, el Tribunal cree que el Contrato mismo establece las sanciones para las obligaciones que fueron violadas y que por lo tanto corresponde aplicar el mismo como un régimen especial y aplicar el derecho peruano, a través del Contrato mismo y en aquellas ocasiones que por un vacío en el mismo, corresponde la aplicación de normas de derecho peruano general, como en el caso del análisis de la "excepción de incumplimiento contractual".

IX.1. Puede el Tribunal declarar la Caducidad de la Concesión

532. Tanto el Concesionario como el Concedente solicitaron la terminación temprana de la Concesión, el Concesionario lo hizo primero a través de la terminación anticipada comunicada el día 21 de febrero de 2017[225]14 y posteriormente también lo hizo el Concedente mediante comunicación de fecha 1 de marzo de 2017.[226] El Concedente también solicitó la nulidad del Contrato en función del incumplimiento de la cláusula 9 del Contrato de Concesión.

533. La Demandante plantea que el Tribunal debe resolver sí tiene la facultad para decidir y el poder para determinar la terminación anticipada del Contrato de Concesión en el caso en que las Partes no hayan seguido en todos sus extremos los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión para obtener la terminación anticipada del mismo. El Tribunal entiende que sí tiene el poder y la facultad para dar por terminado el Contrato de Concesión en forma anticipada, pues en opinión del Tribunal, el procedimiento establecido en la cláusula 15.1(b)II.2 (procedimiento para la terminación del Contrato por causa imputable al Concesionario) o 15.1(c)III.2 (procedimiento para la terminación del Contrato por causa imputable al Concesionario) regula dos situaciones específicas: (1) causales de terminación donde no se activó el artículo 16 sobre Solución de Controversias entre las Partes, y (2) situaciones en las que ha intervenido el Tribunal arbitral pero en las cuales la decisión del Tribunal esté limitada al incumplimiento de una obligación que no conlleve por sí misma la causal de terminación anticipada.

[225] Anexo CHD-14.
[226] Anexo CHD-25.

534. Una interpretación distinta, en opinión del Tribunal, limitaría la jurisdicción del Tribunal arbitral y no permitiría a éste el ejercicio pleno de las facultades que le fueron conferidas por las Partes a través del Acuerdo Arbitral.

535. El Tribunal también entiende que mientras que la Demandante cuestiona el cumplimiento por el Concedente de los pasos destinados a decidir la caducidad por causas imputables al Concesionario, tiene una posición distinta respecto a su propio cumplimiento con los pasos destinados a la terminación temprana del Contrato por el incumplimiento del ECP por el Concedente.

536. Asimismo, el hecho de que el Tribunal haya hecho una determinación en función de la cláusula 9 estableciendo que esta cláusula le permite graduar la sanción que el incumplimiento de la misma conlleva, lo cual necesariamente permite la posibilidad de que el Tribunal pueda resolver la resolución del Contrato sin seguir el procedimiento previsto en la cláusula 15.1(b)II.2, pues en algo que coincide la doctrina es que las declaraciones falsas *(misrepresentations)* no admiten una corrección de las mismas, que en opinión del Tribunal es la única razón de ser de cláusulas como aquellas contenidas en los numerales 15.1(b)II.2 y 15.1(c)II.2.

537. Finalmente, para el caso del incumplimiento contractual seguido a la violación de la obligación de realizar la Entrega del Control del Proyecto, la Demandandante sí llevó específicamente a cabo las tareas necesarias para resolver anticipadamente el Contrato de Concesión. Por ello, en cualquier caso, y por cualquiera de los antecedentes mencionados, el Contrato de Concesión objeto de la presente disputa ha quedado legalmente resuelto como consecuencia de los incumplimientos de las Partes: el incumplimiento la cláusula 9 y 20.3 por el Concesionario y la cláusula 1.46 por el Concedente.

XI. LOS EFECTOS DEL DECRETO DE URGENCIA 003/2017 Y SUS NORMAS COMPLEMENTARIAS

538. El Tribunal durante la Audiencia específicamente preguntó a las Partes cuáles eran los efectos del Decreto de Urgencia 003/2017 y sus normas complementarias sobre cualquier laudo que el Tribunal pudiese dictar a favor de la Demandante. La Demandante respondió:

> 425. Por lo tanto, en el presente caso si el Tribunal arbitral decide declarar fundadas las pretensiones de pago y/o indemnizatorias, el Concedente al momento de efectuar el pago deberá retener el 10% del monto que corresponda pagar según lo dictado por el Tribunal arbitral en el laudo. En este momento, y de acuerdo al marco legal

vigente, la Demandante reconoce esta circunstancia y no tiene ninguna objeción a ello.[227]

539. En consecuencia, el Tribunal ordena a las Partes cumplir con cualquier obligación que corresponda de acuerdo con el Decreto de Urgencia 003/2017 y sus normas complementarias. Asimismo, y si así correspondiere, conforme expresamente lo reconociera la Demandante, el Concedente deberá retener el 10% del monto que corresponda pagar al Concesionario en concepto de daños y perjuicios por la violación de la cláusula 1.46 del Contrato de Concesión.

XII. COSTOS Y COSTAS

540. El Tribunal ha determinado que ambas Partes han violado el Contrato de Concesión. El Tribunal ha encontrado a la parte Demandante en violación de la obligaciones prevista en la cláusula 9 y en la cláusula 20.3 y también encontró a la parte Demandada en violación de la obligación de la cláusula 1.46 del Contrato. La Demandada también ha presentado una objeción a la jurisdicción del Tribunal, la cual ha sido expresamente rechazada en este laudo.

541. La Demandante a lo largo del procedimiento siempre confío su representación a la misma firma de abogados, los cuales realizaron un trabajo profesional y asistieron al Tribunal Arbitral en todo aquello que éste les requirió. La Demandada, por el contrario, tuvo tres (3) representaciones distintas, y con motivo del cambio de representaciones, en reiteradas oportunidades interrumpió el procedimiento arbitral causando demoras injustificadas al mismo. No fue sino con la intervención tardía del MINAGRI que el Perú contó con una representación apropiada y profesional. Sin embargo, como ya lo ha manifestado anteriormente, el Tribunal es también del entendimiento que si no hubiese sido por los actos ilícitos de los socios del Concesionario (y *Sponsors* del proyecto) el Contrato de Concesión no hubiera fracasado, pues es evidente que si bien el Concedente incumplió con el ECP, las Partes hubieran podido encontrar soluciones en las cuales un cumplimiento parcial del ECP acompañado de las seguridades financieras necesarias (como se buscaban con la adenda de bancabilidad) hubieren viabilizado el cumplimiento del Contrato, lo cual no fue posible por el impacto de los hechos ilícitos que hicieron imposible al Estado peruano realizar concesiones extraordinarias al Concesionario a cambio de un cumplimiento parcial y en etapas del ECP. Asimismo, fueron esos mismos actos ilícitos los que, en opinión del Tribunal Arbitral, socavaron la credibilidad tanto de

[227] Primer Escrito Post-Audiencia de la Demandante de fecha 14 de mayo de 2021, párrafos 416 a 425.

los *Sponsors como* del Concesionario e hicieron imposible la obtención del Cierre Financiero del Contrato (CPC).

542. Por ello, en función de lo anterior, el Tribunal entiende que las costas y los costos de este procedimiento arbitral deben ser soportados por las Partes en partes iguales, haciéndose cada una de ellas responsable por el 50% de los costos del Tribunal arbitral, y de los honorarios de los árbitros y de la Secretaria. Cada una de las partes abonará sus propios costos y los honorarios de sus propios abogados.

XIII. DECISIÓN

543. El Tribunal **RESUELVE** por unanimidad declarar que la Demandante violó la cláusula 9 del Contrato de Concesión y que la Demandada violó la cláusula 1.46 del Contrato de Concesión.

544. El Tribunal **RESUELVE** por mayoría que la Demandante ha violado la cláusula 20.3 del Contrato, dado que no se encontraba en condiciones de obtener el Cierre Financiero del Contrato (CFC) el día 21 de febrero de 2017, ni en ninguna otra fecha previa a la misma.

545. El Tribunal **RESUELVE** por unanimidad la Caducidad Anticipada del Contrato de Concesión por causales imputables a ambas Partes, habiendo el Concedente violado la cláusula 1.46 del Contrato de Concesión, y habiendo violado el Concesionario la cláusula 9 del Contrato de Concesión.

546. El Tribunal **RESUELVE** por mayoría la caducidad del Contrato de Concesión por la violación del Concesario de la Cláusula 20.3 del Contrato de Concesión.

547. El Tribunal **RESUELVE** por unanimidad que la fecha de la violación del contrato por incumplimiento de la cláusula 9 del mismo es aquella de la firma del Contrato de Concesión, es decir el día 9 de mayo de 2014. El Tribunal **RESUELVE** por unanimidad, y por las razones más arriba expresadas, rechazar el argumento de la Demandada que los efectos de la violación de la cláusula 9 del Contrato retrotrae las contraprestaciones de las Partes a la fecha de la firma del Contrato de Concesión.

548. El Tribunal **RESUELVE** por unanimidad rechazar la Pretensión Accesoria a la Demanda en relación con la renovación de las Pólizas de Seguro de la Concesión.

549. El Tribunal **RESUELVE** por unanimidad que el Concedente deberá pagar al Concesionario como consecuencia de la obligación de proveer el ECP la suma de dólares estadounidenses 25´307,438.70 dólares estadounidenses por las obras, bienes y gastos recibidos por el Concedente en aplicación de la cláusula 15.4.1 del Contrato de Concesión.

550. El Tribunal **RESUELVE** por mayoría que como consecuencia de la violación de la cláusula 20.3 del Contrato de Concesión, y el rechazo de la Pretensión Accesoria a la

Demanda, corresponde la ejecución del 70% de la Garantía de Fiel Cumplimiento, o el monto de 25´060,000, dólares estadounidenses.

551. El Tribunal **RESUELVE** que los montos antes señalados deberán ser actualizados con una tasa de interés libre de riesgo conforme a la tasa de interés que pagan los bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América, calculada en forma simple. A los fines del cálculo de los intereses, el Tribunal RESUELVE que la fecha de incumplimiento de las cláusulas 1.46 y 20.3 del Contrato de Concesión es el 31 de diciembre de 2016, por lo cual los intereses se computarán a partir del 1 de enero de 2017 y hasta el momento del efectivo pago.

552. El Tribunal **RESUELVE** que el Concedente podrá retener el 10% del monto que le corresponda pagar al Concesionario en aplicación del Decreto de Urgencia 003/2017 y sus normas complementarias y consecutivas.

553. El Tribunal **RESUELVE** rechazar cualquier otro pedido de daños y perjuicios, y cualquier otro argumento o defensa presentado por las Partes.

554. El Tribunal **RESUELVE** que se mantengan vigentes todas las normas sobre sustitución del Concesionario conforme al artículo 15.3 del Contrato de Concesión.

555. El Tribunal **RESUELVE** que las Partes pagarán los costos y costas del Procedimiento Arbitral, incluidos los honorarios del Tribunal y de la Secretaría, por el orden causado, y que cada una de ellas deberá asumir sus propios costos y los honorarios de sus abogados.

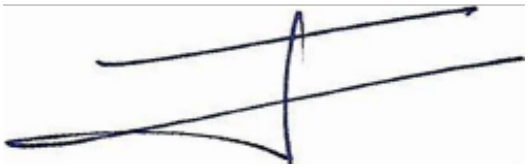
FECHA: 28 de abril de 2022
SEDE: Lima, Perú.



Francisco González de Cossío Árbitro



Elvira Martínez Coco Árbitro



Ignacio Torterola
Presidente del Tribunal Arbitral



Verónica Sandler Obregón Secretaria Arbitral