

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil



**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

2017 ABR 21 PM 3 43

RECIBIDO O  
SEÑAL DE  
CONFORMIDAD

---

Arbitraje seguido entre

**CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A.**

Y

**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

---

**LAUDO**

---

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo Garcia Calderón Moreyra

**Secretaría Arbitral**

Daniela Panduro Coronado

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**Resolución N° 9**

Lima, 28 de abril de 2017

En Lima, a los 28 días del mes de abril del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

**VISTOS:**

**I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-**

Con fecha 27 de octubre de 2007, la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, en adelante el CONTRATO.

 De acuerdo a la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

***"SECCIÓN XVIII: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS***

  
  
(...)

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**Arbitraje**

**18.11.- Modalidades de procedimientos arbitrales:**

(...)

*b) Arbitraje de Derecho. - Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con el Artículo 3 de la Ley General de Arbitraje peruana, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:*

(...)

*(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Diez Millones y 00/100 de Dólares Americanos (US\$ 10'000,000.00), 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, siendo de aplicación supletoria primero la Ley General de Arbitraje peruana y después el Código Procesal Civil del Perú.*

*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*

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

*sesenta (60) Días posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral. Excepcionalmente, el laudo podrá emitirse fuera de este plazo cuando el Tribunal Arbitral considere indispensable actuar medios probatorios como peritajes o inspecciones oculares fuera de la ciudad donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral.”.*

De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

**II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-**

Los árbitros inicialmente designados por las partes, doctor Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña y doctor Gonzalo García Calderón Moreyra, nombraron como tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral al doctor Hugo Sologuren Calmet, quien aceptó el cargo encomendado, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los profesionales del derecho, declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

**III. TIPO DE ARBITRAJE.-**

Con fecha 26 de agosto de 2016, se llevó a cabo en las instalaciones del Centro de

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral. A dicha audiencia asistió en representación de la empresa CONCESIONARIA DEL SUR S.A., el señor Ricardo Escalante Canorio; en representación del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, la abogada Meliza Evans Crispin.

En la referida Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

**IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-**

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décimo Octavo del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a la empresa CONSTRUCTORA Y SERVICIOS S.A. un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

**V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-**

Mediante escrito presentado el día 12 de setiembre de 2016, la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. formuló las siguientes pretensiones:

**5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A.:**

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

**Primera Pretensión Principal:** *“Que el Tribunal ordene al Concedente el inmediato e íntegro pago a favor de COVISUR de una indemnización debido al enriquecimiento sin causa, producido como consecuencia de las obras de Nivelación de las Bermas en los Sectores 04, 05 y 06 de la vía concesionada, conforme al siguiente detalle:*

- *En la suma de S/. 13'602,947.68 (Trece Millones Seiscientos Dos Mil Novecientos Cuarenta y Siete con 68/100 Soles), incluido el impuesto general a las ventas, por el valor de ejecución de las referidas inversiones en la Nivelación de las Bermas de los Sectores 04, 05 y 06 de la vía concesionada, y*
- *Los intereses que correspondan respecto de la suma antes indicada, desde la fecha en que el Concesionario culminó con los referidos trabajos de nivelación, hasta la fecha de su efectiva e íntegra cancelación.”*

**Segunda Pretensión Principal:** *“Que el Tribunal ordene al Concedente el pago de las costas y costos del presente arbitraje.”*

**5.2. Posición de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A.:**

**5.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda**

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

**Sobre la Primera Pretensión Principal**

Que, de conformidad con el Anexo VIII (Términos de Referencia) del CONTRATO, la DEMANDANTE alega que el Concesionario estaba obligado a la realización de Obras de Rehabilitación en los Sectores 04, 05 y 06; es decir, aquellas obras destinadas a recuperar el nivel de servicio de la vía y no a elevarlo. Asimismo, precisa que habría estado obligado a realizar como máximo una reconformación de las bermas.

Aunado a ello, de conformidad con lo pactado en el CONTRATO, la DEMANDANTE refiere que el Concesionario debía ejecutar las Obras de Construcción conforme al Proyecto de Ingeniería de Detalle PID aprobado por el Concedente, el cual solo habría contemplado la Reconformación de las Bermas en determinadas secciones de la vía.

En ese sentido, la DEMANDANTE sostiene que ni el CONTRATO ni el PID presentado por el CONCESIONARIO estipulaban la obligación de realizar la Nivelación de las Bermas para los Sectores 04, 05 y 06.

Por otro lado, de conformidad con el Acta de Aceptación parcial de las Obras de Construcción, la DEMANDANTE refiere que habría culminado las obras de los sectores 04, 05 y 06 con anterioridad al día 27 de noviembre de 2010; es decir, dentro del plazo estipulado en el CONTRATO.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

Sin embargo, la DEMANDANTE señala que la ENTIDAD le habría imputado un supuesto incumplimiento de Niveles de Servicio, sustentándose en los informes de la Empresa Supervisora. Al respecto, la DEMANDANTE indica que dicha observación solo podía ser subsanada realizando una inversión adicional.

Que, con posterioridad a la culminación de las obras y como consecuencia de la exigencia efectuada por OSITRAN, la DEMANDANTE refiere que procedió con la inversión adicional de la Nivelación de las Bermas.

Que, de conformidad con las Valorizaciones emitidas por la Contratista CASA, la DEMANDANTE precisa que dicha inversión habría ascendido a la suma de S/. 13'602,947.68.

Sobre el particular, la DEMANDANTE alega que dicha inversión adicional de Nivelación de las Bermas habría producido un enriquecimiento en el DEMANDADO, toda vez que se habría realizado una mejora tangible en las bermas que son parte de la infraestructura vial que sería propiedad y dominio del mismo.

Del mismo modo, la DEMANDANTE alega que habría sufrido un empobrecimiento, pues habría tenido que asumir un egreso adicional, que no habría estado contemplado en el CONTRATO ni compensada bajo ningún mecanismo por parte de la ENTIDAD.

En consecuencia, la DEMANDANTE sostiene que correspondería al Tribunal Arbitral ordenar al MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

realizar el pago a su favor de una indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa ascendente a la suma de S/. 13'602,947.68, como consecuencia de la inversión adicional, no prevista en el PID, de la Nivelación de las Bermas en los Sectores 04, 05 y 06; más los intereses devengados correspondientes.

**Sobre la Segunda Pretensión Principal**

Que, respecto al pago de las costas y costos, la DEMANDANTE alega que en todo momento habría actuado de manera diligente y bajo el principio de buena fe contractual, agotando los medios a fin de obtener el reconocimiento de los derechos solicitados a través de su demanda arbitral.

Que, sin embargo, pese a dichos esfuerzos, la DEMANDANTE señala que habría recibido negativas a sus pedidos de reembolso por la mayor inversión efectuada, situación que la habría obligado a solicitar el inicio de un proceso arbitral.

En consecuencia, la DEMANDANTE sostiene que correspondería al Tribunal Arbitral ordenar al MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES asumir el pago de las costas y costos derivados del presente proceso arbitral de conformidad con lo establecido en el Literal e) de la Cláusula 18.12 del CONTRATO.

**5.3. Posición del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES:**

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda**

Que, de conformidad con lo establecido en el numeral 6.8 de la Cláusula Sexta del CONTRATO, el DEMANDADO refiere que la ENTIDAD, en calidad de Concedente, podía solicitar cambios al Proyecto de Ingeniería de Detalle y que la CONTRATISTA, en calidad de Concesionario, podía presentar modificaciones a la Ingeniería Definitiva.

A partir de ello, el DEMANDADO sostiene que los Términos de Referencia (Anexo VIII) no eran rígidos, cumpliéndose de este modo la premisa para la asignación del riesgo de diseño privado, basada en la posibilidad de introducir cambios en las especificaciones como mecanismo de mitigación.

Por otro lado, respecto al riesgo de construcción, el DEMANDADO alega que la CONTRATISTA habría ejecutado las obras según lo establecido en el PID, el cual podía estar sujeto a cambios y cuya ingeniería manejaba de forma correcta; es decir, que durante la ejecución habría podido advertir posibles defectos, tales como los señalados con relación a las Bermas.

Sobre el particular, el DEMANDADO precisa que el CONTRATO presentaba mecanismos para la ejecución de obras adicionales o para obra que modifiquen la ingeniería correspondiente, en los cuales se establecía la participación de la ENTIDAD.

Sin embargo, precisa que dicha situación que no se habría presentado en el presente caso, existiendo únicamente una solicitud de pago por inversiones

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

no previstas que la CONTRATISTA pretendería hacer efectiva sobre la base de una orden del Regulador, buscando evitar la aplicación de un Parámetro de Condición Insuficiente (PCI) y posterior notificación de incumplimiento.

En ese sentido, el DEMANDADO sostiene que el riesgo de diseño y el riesgo de construcción habrían sido asignados a la CONTRATISTA, por lo que no correspondía a la ENTIDAD asumir el pago por el defecto referido a las Bermas.

Que, el DEMANDADO refiere que para la configuración de un supuesto de enriquecimiento sin causa sería necesaria la concurrencia de los siguientes elementos:

1. El enriquecimiento del demandado,
2. El empobrecimiento del demandante,
3. La relación causal entre los hechos, y
4. La ausencia de causa justificante entre los hechos

Sobre el particular, el DEMANDADO sostiene que la referida inversión adicional presentaría la naturaleza de decisión enmarcada como parte del riesgo de construcción, por lo que no correspondería referirse a la configuración de un supuesto de enriquecimiento sin causa.

Que, respecto a la causa justificante de la pretensión contenida en la demanda, el DEMANDADO indica que las actividades realizadas por la CONTRATISTA habrían sido efectuadas sin orden emitida por la ENTIDAD,

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

incluso sin seguir los procedimientos previos correspondientes para solicitar la ejecución de un adicional.

A partir de ello, en estricto entendimiento de la relación contractual, el DEMANDADO alega que si no habría un enriquecimiento a favor de la ENTIDAD, tampoco habría un empobrecimiento del CONTRATISTA y, en ese sentido, tampoco se presentaría una relación causal.

En consecuencia, el DEMANDADO sostiene que no le correspondería realizar el pago de una indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa a favor de la ENTIDAD.

**Sobre la Segunda Pretensión Principal de la Demanda**

Que, en atención a que la Demanda interpuesta por la DEMANDANTE carecería de sustento, el DEMANDADO sostiene que no le correspondería asumir el pago de las costas y costos derivados del presente proceso arbitral, siendo la DEMANDANTE quién debería asumir el pago íntegro de los mismos.

**VI. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-**

- 6.1. Mediante Resolución Nº 2 de fecha 06 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por contestada la demanda por parte del MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, a través del escrito presentado con fecha 03 de octubre de 2016, así como por ofrecidos los medios probatorios que se señalaban en el mismo.

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**Determinación de Puntos Controvertidos:**

**6.2.** Mediante Resolución Nº 2 de 06 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió determinar los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES el inmediato e íntegro pago a favor de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. de una indemnización por concepto de enriquecimiento sin causa, como consecuencia de las obras de Nivelación de las Bermas en los Sectores 04, 05 y 06 de la vía concesionada, conforme el siguiente detalle:

- En la suma de S/. 13'602,947.68 (Trece Millones Seiscientos Dos Mil Novecientos Cuarenta y Siete con 68/100 Soles), incluido el impuesto general a las ventas, por el valor de ejecución de las referidas inversiones en la Nivelación de las Bermas de los Sectores 04,05 y 06 de la vía concesionada,
- Los intereses que correspondan respecto de la suma antes indicada, desde la fecha en que el Concesionario culminó con los referidos trabajos de nivelación, hasta la fecha de su efectiva e integra cancelación.

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

- 
2. Determinar si corresponde o no que el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONESA asuma el pago de costas y costas del presente proceso arbitral.

**Admisión de Pruebas:**

En ese mismo acto, el Tribunal Arbitral resolvió admitir las siguientes pruebas:

- En cuanto a la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A., el Tribunal Arbitral admite todos los medios probatorios ofrecidos en el escrito de la demanda, detallados en el Primer Otrosí Decimos, signados con los numerales 1 al 22.

Asimismo, respecto a la pericia ofrecida en el numeral 22., del Primer Otrosí Decimos, el Tribunal Arbitral otorgó a la empresa CONSECIONARIA VIAL DEL SUR S.A. el plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con presentar el referido medio probatorio.

- Por otro lado, respecto al MINISTERIO DE TRNASPORTES Y COMUNICACIONES, el Tribunal Arbitral admite los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda, detallados en el acápite V denominado "MEDIOS PROBATORIOS", signados con los numerales 5.1 al 5.11.

Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considerase conveniente, en virtud a lo establecido en el artículo 43º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**PRÓRROGA DE PLAZO PARA LAUDAR**

6.3. Mediante Resolución N° 2 de fecha 06 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar en ciento veinte (120) días hábiles, computados a partir del día siguiente de notificada la referida Resolución a ambas partes.

6.4. Mediante escrito presentado con fecha 12 de octubre de 2016, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES manifestó su oposición a los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, a través de la Resolución N° 2. No obstante, objetó el segundo punto resolutivo de la referida Resolución, en el cual el Tribunal Arbitral se reservaba el derecho a modificar, ajustar o reformular a su entera discreción los puntos controvertidos según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de la controversia, por lo que solicitó que dicho punto sea excluido.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 3 de fecha 26 de octubre de 2016, donde el Tribunal Arbitral declaró no ha lugar a la objeción presentada por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES.

6.5. Mediante escrito presentado con fecha 19 de octubre de 2017, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, señaló nuevo domicilio procesal a Jirón Zorritos N° 1203, Lima - Mesa de Partes de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular 1º Piso), así como número telefónico para contactos el 615-7800 anexo 1617.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 4 de fecha 26 de octubre de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener presente lo manifestado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y por variado su domicilio procesal, con conocimiento de la otra parte.

- 6.6. Mediante escrito presentado con fecha 28 de octubre de 2016, dentro del plazo conferido, la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. presentó la pericia ofrecida en su escrito de demanda de fecha 12 de setiembre de 2016.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 5 de fecha 08 de noviembre de 2016, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentada la pericia por parte de la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y, en consecuencia, otorgó al MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES el plazo de quince (15) días, para que manifestara lo conveniente a su derecho.

- 6.7. Mediante escrito presentado con fecha 02 de diciembre de 2016, dentro del plazo conferido, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES formuló sus observaciones a la pericia presentada por la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A.

Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución Nº 6 de fecha 12 de diciembre de 2016; el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado a la empresa CONCESIONARIA VIAL SUR S.A. del escrito presentado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, a fin de que en un plazo de cinco (5) días hábiles manifestara lo conveniente a su derecho.

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 
- 6.8.** Mediante escrito presentado con fecha 20 de diciembre de 2016, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES amplió los fundamentos de su observación al informe pericial presentado por la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A.

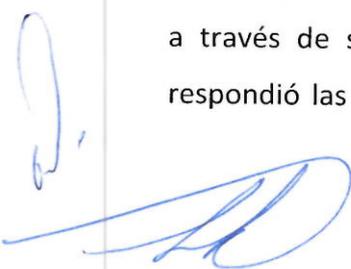
Por su parte, mediante escrito presentado con fecha 20 de diciembre de 2016, dentro del plazo conferido, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES cumplió con absolver las observaciones a su informe pericial.

Dichos escritos fueron tramitados mediante Resolución Nº 7 de fecha 03 de enero de 2017, por la cual el Tribunal Arbitral resolvió: (i) tener presentes los escritos presentados por las partes con fecha 20 de diciembre de 2016, con conocimiento de sus contrapartes, y (ii) citar a las partes a la Audiencia de Sustentación Pericial para el día 25 de enero de 2017, a fin de que las mismas sustenten su posición respecto a la pericia ofrecida.

**6.9. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN PERICIAL**



Con fecha 25 de enero de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación Pericial. En dicha oportunidad, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra al ingeniero Abel Rojas Quiros, perito en el presente caso, para que sustente el informe pericial presentado por la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A., a través de su escrito de fecha 28 de octubre de 2016; quien informó y respondió las preguntas formuladas por los árbitros y de los abogados de las



**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

partes.

Finalmente, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y, en consecuencia, otorgó a las partes un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presenten sus respectivos alegatos finales.

- 6.10.** Mediante escrito presentado con fecha 15 de febrero de 2017, dentro del plazo conferido, la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. cumplió con presentar sus alegatos finales y, asimismo, solicitó al Tribunal Arbitral citar a las partes a Audiencia de Informes Orales.

Mediante escrito presentado con fecha 16 de 2017, dentro del plazo conferido, el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES presentó sus alegatos finales y solicitó al Tribunal Arbitral el uso de la palabra.

Dichos escritos fueron tramitados mediante Resolución N° 8 de fecha 07 de marzo de 2017, donde el Tribunal Arbitral resolvió tener presente los escritos de alegatos presentados por las partes y, en consecuencia, citó a las mismas a la Audiencia de Informes Orales para el día 17 de marzo de 2017, a las 11:30 horas.



**VII. INFORMES ORALES.-**

- 7.1.** Con fecha 17 de marzo de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que sustenten sus alegatos y conclusiones finales sobre la
- 

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

controversia; quienes informaron y respondieron las preguntas del Tribunal Arbitral. Seguidamente, el Tribunal Arbitral otorgó réplica a la parte demandante, concediéndose luego dúplica a la parte demandada.

Finalmente, las partes, de común acuerdo, dispusieron expresamente prorrogar el plazo para laudar para el día 28 de abril de 2017.

**VIII. CUESTIONES PRELIMINARES.-**

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) Que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO;
- ii) Que, en ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en el Acta de Instalación de fecha 26 de agosto de 2016;
- iii) Que, la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;
- iv) Que, por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y;
- v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que los puntos controvertidos podrán

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

---

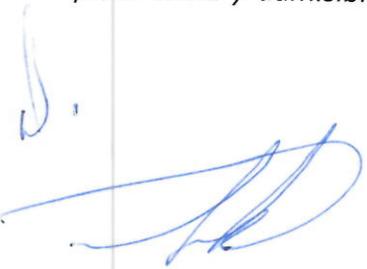
ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

 Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que *"(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por*



Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

---

*las peticiones de las partes...*" (Sentencia de fecha 30/11/87) <sup>(1)</sup>

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

**IX. ANÁLISIS.-**

**CONSIDERANDO:**

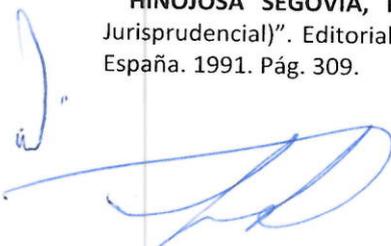
- 1.** Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, suscrito entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A., parte demandante, y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES, parte demandada.

En este sentido, el Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido mediante Resolución Nº 2 de fecha 06 de octubre de 2016.

- 
- 2.** Que, para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro

---

<sup>1</sup> **HINOJOSA SEGOVIA, Rafael.** "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.



**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

ordenamiento jurídico en el artículo 196º del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

***“Artículo 196.- Carga de la prueba***

*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.*

- 3.** Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188º del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

**Sobre el contrato de concesión y la presente controversia**

- 4.** A fin de poner en contexto la controversia surgida entre las partes, se determina que en el presente caso el contrato suscrito es uno de concesión.
- 5.** En el Perú la concesión es el acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas, nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos por un plazo establecido, que, de acuerdo con nuestro ordenamiento nacional, en ningún caso excederá de 60 años.

6. En el caso de la naturaleza jurídica de los contratos de concesión se tiene 3 posturas, la primera relativa al contrato como de naturaleza privada, la segunda que determina que el contrato es de naturaleza pública y la última que esboza una naturaleza mixta, tanto civil como administrativa debido a los elementos esenciales que contempla.

7. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La naturaleza jurídica de la concesión, ha sido desarrollada por varias corrientes doctrinales. Una primera, entendía que en el caso de la concesión, el Estado actuaba como persona privada contratando con los particulares y sometiéndose a las reglas del Derecho Común, negándose que pueda existir algún elemento legal o reglamentario de Derecho Público.

En contraposición a ella, una segunda concibe a la concesión como un acto exclusivamente de Derecho Público, lo que supone que la concesión implica la subordinación del interés individual al interés general, por lo que se trata de una figura regida únicamente por el Derecho Público.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

Finalmente, una tercera ve a la concesión como un acto con dos facetas. Por un lado, un acto de poder público que se refiere al aspecto legal o reglamentario de la concesión y en atención al cual el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público; y por otro, una faz contractual, que se refiere a los deberes que recíprocamente se fijan las partes y en las que es posible referirse al contrato de concesión administrativa.<sup>2</sup>

8. En términos concretos se tiene que la teoría de la naturaleza mixta es la que ha sido más reconocida actualmente, así, las diferencias entre el régimen del contrato administrativo y el de los contratos civiles distan mucho de ser tan radicales, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que “las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores del ordenamiento ni que esta aplicación tenga que comportar un régimen institucional radicalmente diferente”<sup>3</sup>.

9. Por ello un sector de la doctrina señala que “los contratos de concesión comprenden tanto el régimen de cláusulas exorbitantes del derecho administrativo (por ejemplo, la prerrogativa de resolución unilateral del contrato por temas de interés público) como las instituciones básicas provenientes del derecho civil (por ejemplo, la fuerza mayor o el caso fortuito);

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2488-2004-AA/TC, fundamento jurídico 4.

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas. 2006, p. 733-741.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

por esta razón, actualmente, la mayoría de la doctrina considera que los contratos de concesión tienen una naturaleza mixta”<sup>4</sup>.

**10.** En esta medida, se puede advertir que por la naturaleza mixta del contrato de concesión es posible admitir, a través de una interpretación racional de lo expuesto, la aplicación supletoria de las normas tanto de derecho público (normas especiales referidas a la concesión) como las normas de derecho privado, tal es el caso del Código Civil.

**11.** Ello evidentemente en el marco de una aplicación congruente y coherente, ya que en los aspectos en los que se ha regulado por la norma especial no es posible aplicar el Código Civil, salvo en aspectos no establecidos por la primera norma.

**12.** Asimismo es posible determinar que para efectos de poder determinar los alcances de lo establecido en un contrato de concesión es posible ampararse en las normas públicas como en el Código Civil.

**13.** Esto no quita el marco de aplicación de las normas especiales sobre concesiones sino que permite establecer la aplicación supletoria y complementaria del Código Civil en los aspectos no regulados por dichas normas.

<sup>4</sup> DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001, p. 19-23.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**Sobre la diferencia entre las concesiones y una obra pública**

**14.** Contextualizado el hecho de que nos encontramos ante un contrato de concesión, debe tenerse presente que, a diferencia del contrato de obra pública, los mayores costos que se pueden originar en la ejecución deben ser asumidos por el concesionario.

**15.** En tal sentido los LINEAMIENTOS PARA LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS aprobados mediante Resolución Ministerial N° 167-2016-EF-15 (en adelante los Lineamientos), señalan que: **“La aparición de sobrecostos de construcción respecto los inicialmente evaluados es un evento habitual en los proyectos de infraestructura, los cuales, en un esquema de obra pública tradicional, por regla general, serían asumidos por el concedente, sin embargo en el caso de las APP, el traspaso del riesgo de diseño y construcción al concesionario es uno de los principios del esquema por lo que los sobrecostos de construcción deben ser asumidos por el concesionario, (...)”**<sup>5</sup>.

**16.** Así los indicados lineamientos establecen que en cuanto a la asignación del riesgo constructivo, éste debe ser asumido por **el concesionario porque posee mayor experiencia en el planeamiento y ejecución de las obras de infraestructura y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión**<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> LINEAMIENTOS PARA LA ASIGNACIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, p. 2.

<sup>6</sup> Ibídem, p. 4.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

- 
- 17.** Lo que trae a colación que en el caso de las Asociaciones Público Privadas (APP) el factor determinante de la elección del concesionario es su experiencia en la ejecución de obras de infraestructura como la que será materia de concesión.
- 18.** Esta experiencia es un aspecto sustancial y que determina en muchos casos que el diseño de la ingeniería sea encargado al concesionario.
- 19.** Por lo que si existieran fallas o defectos en la ingeniería de detalle que ha elaborado el concesionario, es éste quien debe asumir las consecuencias de dichas falencias.
- 20.** En esta línea los lineamientos determinan que si bien la práctica habitual en contratos de APP es que en las Bases del concurso (de Licitación Pública, Concurso de Proyectos Integrales u otro mecanismo competitivo) **se establezcan determinadas especificaciones técnicas que deberán contemplar los diseños definitivos, e incluso que el concedente aporte diseños con un alto nivel de desarrollo, será el concesionario quién deberá diseñar**, o hacer suyo el diseño que proporcione el concedente, **y asumir por tanto todos los riesgos de las deficiencias, errores u omisiones que este contenga**, a fin que sea reflejado en su oferta<sup>7</sup>.
- 21.** De lo que se advierte que a pesar de que el concedente establezca especificaciones técnicas, es el concesionario en base a su experiencia en la ejecución de obras como la que es materia concesión, el que deberá realizar la

<sup>7</sup> Ibídem, p. 3.

**Tribunal Arbitral**

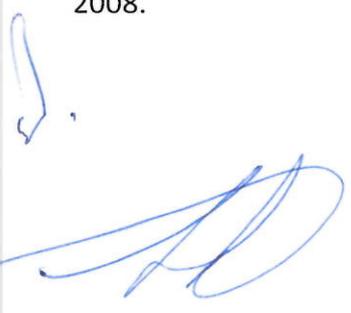
Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

ingeniería de detalle y establecer adecuadamente lo que será materia de ejecución, incluso señalando en la ingeniería de detalle aspectos no contemplados en las especificaciones técnicas otorgadas por el concedente.

- 22.** Este parecer se sustenta en el hecho de que el concedente no posee la experiencia en ejecución de obras de infraestructura pública y por ello se busca que el concesionario, con la experiencia suficiente para ello, desarrolle adecuadamente la ingeniería de detalle. Asimismo cuando el concesionario debe realizar el diseño de ingeniería de detalles es menester que realice las verificaciones y estudios correspondientes para determinar si las especificaciones técnicas otorgadas por el concedente corresponden y son completas, siendo el caso que de advertir omisiones en las especificaciones que indica el concedente debe advertir las mismas y considerarlas en su desarrollo de ingeniería de detalle.

**El desarrollo del proyecto de ingeniería de detalle ha sido realizado por el concesionario**

- 23.** En el presente caso el proyecto de ingeniería de detalle (en adelante PID) de la concesión fue realizado por el concesionario (demandante) y presentado con fecha 20.05.2008 y 29.05.2008, conforme se advierte del quinto considerando de la Resolución Directoral N° 2168-2008-MTC/20 de fecha 12 de setiembre de 2008.
- 
- 

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

**24.** Asimismo se tiene que el PID presentada por el demandante fue aprobado por el concedente como se puede apreciar del artículo primero de la indicada Resolución que señala:

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar administrativamente, el Proyecto de Ingeniería de Detalle de las Obras de Construcción del Tramo No. 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú-Brasil, precisándose que no se aprueban Metrados, Precios Unitarios, Gastos Generales, Utilidad ni Presupuestos, los mismos que se adjuntan con carácter informativo, señalando además, que de acuerdo a la Cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, EL CONCESIONARIO deberá ejecutar las obras de construcción de acuerdo al Proyecto de Ingeniería que se está aprobando, este hecho no irroga un gasto adicional para el Estado Peruano por cuanto se trata de un Contrato de Concesión a Suma Alzada, de

acuerdo a lo señalado en su Cláusula 2.1; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución y lo detallado en el Anexo N° 1 adjunto, que forman parte integrante de la misma.

**25.** Asimismo la indicada resolución estableció que las falencias del Expediente del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) serían de plena responsabilidad del CONCESIONARIO y debían ser subsanados por cuenta y costo suyo conforme se advierte del artículo tercero que señala:

Artículo Tercero .- Los desajustes, errores, defectos u omisiones del Expediente del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID), materia de aprobación, que no haya sido posible detectar y que se presenten con posterioridad a la expedición de la presente Resolución, son responsabilidad del CONCESIONARIO y deberán ser subsanados por cuenta y costo suyo.

**26.** Cabe establecer que si bien conforme a lo dispuesto en el Numeral 2.2.1 del Anexo VIII del Contrato de Concesión (Términos de Referencia), las Obras a realizarse en los Sectores 04, 05 y 06 eran las siguientes:

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

Sector	Nombre	Kms.	Alcances principales de los trabajos
04	Yura – Patahuasi	52.91	Obras de Arte y Drenaje Mantenimiento Rutinario Asf Slurry en 16.2 Km. Fog Seal en áreas aisladas <b>Reconformación de bermas</b>
05	Patahuasi - Imata	52.74	Obras de Arte y Drenaje Obras de Mantenimiento Rutinario Mantenimiento Rutinario Asf Sellos con polímeros <b>Reconformación de bermas</b>
06	Imata – Santa Lucía	73.18	Obras de Arte y Drenaje Obras de Mantenimiento Rutinario Mantenimiento Rutinario Asf Sellos con polímeros <b>Reconformación de bermas</b>

**27.** De lo que se aprecia que las especificaciones técnicas solo detallaban trabajos de reconformación de bermas y no se hablaba propiamente de trabajos de nivelación de las mismas.

**28.** Es de señalar que a criterio de este Tribunal es el concesionario quien en el marco de su experiencia en la ejecución de este tipo de obras estaba en mejor posición para determinar, en base a una verificación y estudio de campo, que se requería de trabajos de reconformación y/o nivelación de bermas.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

**29.** Cuestión que debió haber establecido el concesionario y puesto en conocimiento al concedente a fin de realizar las modificaciones correspondientes en las especificaciones técnicas y considerar dichos trabajos en el PID.

**30.** Criterio que sostiene en el último párrafo del numeral 6.8 de la cláusula sexta del contrato de concesión que señala:

6.8.- Asimismo, el CONCEDENTE podrá proponer al CONCESIONARIO mediante documento escrito, modificaciones al Proyecto de Ingeniería de Detalle, las mismas que para ser incorporadas al estudio requerirán la opinión previa del REGULADOR y la aceptación del CONCESIONARIO. Para tal fin, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE un diseño conceptual de dichas modificaciones.

Estas solicitudes de modificación presentadas por el CONCEDENTE no darán lugar a la modificación del plazo final de ejecución de Obra o al reconocimiento de compensaciones adicionales, salvo que las Partes lo hubieren convenido, para lo cual se requerirá la opinión previa del REGULADOR.

El CONCESIONARIO, por iniciativa propia podrá presentar al CONCEDENTE, a través del REGULADOR, modificaciones a la Ingeniería Definitiva, así como el uso de los materiales, métodos de construcción o tecnología empleada, según aparezcan en el mercado y generen una mejora en la calidad de la infraestructura o de los servicios, sin que ello implique reconocimiento de compensaciones adicionales al Concesionario.

**31.** En tal sentido era totalmente factible que el concesionario advierta la omisión de los trabajos de nivelación de bermas y proponga las modificaciones correspondientes, teniendo en cuenta su mayor experiencia en la ejecución de obras de infraestructura, que le permitía tener una mejor posición sobre el concedente en relación a los aspectos de la ejecución de la obra.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

**32.** Por tal motivo correspondía al concesionario que advierta de esta omisión al concedente y se actué de conformidad con el último párrafo del numeral 6.8 de la cláusula sexta del contrato de concesión.

**33.** Agregando a lo expuesto como se puede apreciar de las bases del proceso de concurso se requería que el concesionario tenga experiencia como operador y/o gestor de concesiones viales que impliquen, en forma total o parcial, la conservación de las vías y el pago de peajes por los respectivos usuarios, lo que lleva a concluir que por la experiencia del concesionario era previsible que pueda advertir la omisión de trabajos de nivelación que debían ser considerados en el PID.

**Sobre las obras adicionales en el contrato de concesión**

**34.** Conforme se aprecia de la demanda incoada por el demandante, éste ha realizado trabajos de nivelación de bermas en los sectores 04, 05 y 06 por la suma de S/. 13'602,947.68 (Trece Millones Seiscientos Dos Mil Novecientos Cuarenta y Siete con 68/100 Soles), los cuales no estaban contemplados en las especificaciones técnicas entregadas por el concedente ni consideradas en el PID aprobado por el demandado pero que fueron ejecutado ante el pedido del regulador mediante Oficio N° 1100-11-65-OSITRAN.

**35.** Sobre el particular debemos dejar en claro que conforme se tiene de las especificaciones técnicas y del PID aprobado por el concedente, la nivelación de bermas no se encontraba considerada como trabajos que debía realizar el concesionario, no obstante que por la experiencia de dicha parte los trabajos

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

antes señalados debieron ser considerados como modificaciones al PID y advertidos al concedente oportunamente.

**36.** Dejando de lado el criterio precedente expuesto líneas arriba en el presente laudo, al ser trabajos que no se encontraban establecidos ni en las especificaciones ni en el PID aprobado, los mismos debían ser tramitados como obras adicionales.

**37.** Ello de acuerdo a lo señalado en el numeral 1.6 de la cláusula primera del contrato de concesión que señala:

**Definiciones**

1.6 - En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

Obras Adicionales

Son aquellas obras que no se encuentran contempladas en el Proyecto de Ingeniería de Detalle y/o en el Proyecto Referencial, de conformidad con lo previsto en las Cláusulas 6.32 a 6.39 del Contrato.

Asimismo, se consideran Obras Adicionales aquellas vinculadas directamente a la Concesión, que se ejecutarán para estabilizar la infraestructura vial en el Tramo, que sean requeridas en sectores no considerados en el Proyecto de Ingeniería de Detalle y/o en el Proyecto Referencial en la medida que no eran previsibles conforme a los criterios usualmente utilizados al momento de su elaboración, para evitar daños a la infraestructura vial por efecto de la erosión fluvial o geotecnia, incremento del tráfico por encima de los ejes previstos en el PID y/o en el Proyecto Referencial, o cuando el tipo de solución de ingeniería inicialmente considerado en el PID y/o en el Proyecto Referencial, a pesar del adecuado y oportuno Mantenimiento Rutinario y Periódico, se deteriore prematuramente o requiera ser modificado por razones de seguridad vial. La ejecución de las Obras Adicionales se encontrará sujeto a lo establecido en la Cláusula 6.32 a la Cláusula 6.40.

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Deljudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

**38.** De la parte pertinente antes citada se puede establecer meridianamente que toda obra que no se encuentre contemplada en el PID, es en concreto, una obra adicional, la cual tiene un procedimiento regular a fin de poder ejecutarla.

**39.** A ello debemos agregar que la propia pericia de parte presentada por el demandante consistente en el Informe de fecha 24 de octubre de 2016 elaborado por el Ing. Civil Abel Rojas Quiros concluye:

Por lo expuesto en los acápites a) al f) que anteceden, se concluye que el requerimiento por parte del SUPERVISOR de incrementar el espesor de las bermas para alcanzar el mismo nivel de la calzada o superficie de rodadura, constituye un mejoramiento adicional de la obra no previsto ni en el PID ni en los Términos de Referencia del Contrato

**40.** De lo que se concluye diáfamanamente que lo ejecutado por el concesionario fue una obra adicional.

**41.** En tal sentido la regulación de la aprobación de las obras adicionales se encuentran en el numeral 6.32 al 6.39 de la cláusula sexta del contrato de concesión que señalan:



Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**Obras Adicionales**

6.32 - Si durante la vigencia de la Concesión el CONCEDENTE o el CONCESIONARIO determinaran la necesidad de realizar Obras Adicionales, resultará de aplicación el procedimiento previsto en las cláusulas siguientes.

6.33 - En el caso indicado en la cláusula anterior, la parte que solicita las Obras Adicionales deberá presentar un informe que sustente la necesidad de realizar dichas obras al REGULADOR, con copia a la otra Parte. Este Informe estará acompañado, por lo menos, de los estudios técnicos donde se detallen los volúmenes de Obras Adicionales a construir y los plazos en que se requerirán. El REGULADOR emitirá su opinión en un plazo que no excederá de 30 Días Calendario.

**Obras Adicionales asumidas por el CONCESIONARIO, por mutuo acuerdo entre las Partes.**

6.34 - Las Partes podrán acordar que el CONCESIONARIO construya o contrate la construcción de las Obras Adicionales, fijando de común acuerdo los términos y condiciones bajo los cuales se ejecutarán, incluyendo los volúmenes de Obras Adicionales a construir, los plazos en que se requerirán, el precio y el mecanismo de pago de ellas. En este caso, las Obras Adicionales serán ejecutadas por el CONCESIONARIO, con cargo a los recursos del CONCEDENTE en función al mecanismo que acuerden las Partes.

6.35 - El CONCEDENTE o el CONCESIONARIO podrán solicitar la realización de dichas Obras Adicionales hasta dos (2) años antes del término de la Concesión.

6.37 - El monto de inversión agregado de todas las Obras Adicionales que se acuerden en virtud de las cláusulas anteriores, no podrá superar un monto equivalente al diez 10% del monto de inversión contemplado en el Proyecto Referencial sin incluir el IGV.

**Obras Adicionales asumidas directamente por el CONCEDENTE**

6.38 - Cuando no exista mutuo acuerdo entre el CONCESIONARIO y el CONCEDENTE para las Obras Adicionales, el CONCEDENTE podrá convocar a un procedimiento administrativo de selección para la contratación de la ejecución de las mismas, de conformidad con la normativa vigente en materia de obras públicas, en el cual podrá participar el CONCESIONARIO.

Las condiciones técnicas del contrato para la ejecución de las Obras Adicionales serán fijadas por el CONCEDENTE, en coordinación con el CONCESIONARIO de forma tal de garantizar la buena ejecución de la obra contratada.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

6.39 - Las inversiones de las Obras Adicionales indicadas en la Cláusula 6.38, serán asumidas directamente por el CONCEDENTE, quien será responsable por el correcto funcionamiento de dichas obras durante toda la etapa de Construcción y Explotación, salvo que se compruebe la existencia de daños o imperfecciones en tales Obras Adicionales ocasionadas por dolo, negligencia o malos manejos de parte del CONCESIONARIO. A todos los efectos, resultará de aplicación lo establecido en la Cláusula 6.12 del Contrato y siguientes.

**42.** De las partes pertinentes citadas advertimos que para efecto de que las obras adicionales puedan ser ejecutadas debían ser primero puestas en conocimiento a través de un informe al regulador con copia al concedente, justificando la necesidad de las mismas acompañándose de los estudios técnicos necesarios y estableciendo un plazo para su ejecución.

**43.** Contractualmente las partes establecieron un procedimiento para la ejecución de las obras adicionales, el cual debía ser observado por el concesionario a efecto de poder reconocerse cualquier contraprestación que iba a generar la ejecución de las obras en mención.

**44.** Por ello el concesionario debió seguir el procedimiento establecido a efecto de poder ejecutar las obras adicionales.

**45.** En el presente caso el concesionario sostiene que ejecutó los trabajos de nivelación de bermas en los sectores 4, 5 y 6 ante el requerimiento de OSITRAN en su calidad de regulador, y ante la posibilidad de ser sancionado hasta con 140 UIT por cada Sector por lo que en total, la sanción podía ascender a US\$ 546,045 Dólares Americanos.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

**46.** En este contexto el demandante señala que con fecha 15 de marzo de 2011 y habiendo transcurrido más de 9 meses de la culminación de las Obras en el Sector 06, más de 8 meses respecto del Sector 05 y más de 3 meses respecto del Sector 04, el Concesionario recibió el Oficio N° 1100-11-GS-OSITRAN [Anexo A-11], al que se adjuntan las Cartas N° 280802-CG-1999, N° 280802-CG-2002, N° 280802-CG-2004 y N° 280802-CG-2006 de la empresa supervisora contratada por el OSITRAN, GMI Ingenieros Consultores. En dichas Cartas, el OSITRAN informa la detección de Parámetros de Condición Insuficiente (PCI) en diversos Sectores del Tramo entregado en Concesión. Específicamente, en la Carta N° 280802-CG-2002 se señalan los PCI N° 019, 020 y 021 correspondientes a los Sectores 04, 05 y 06.

**47.** Situación que lo llevo a ejecutar las obras adicionales por la sanción a la que se exponía y ante la posibilidad de que se le declare la caducidad de la concesión por un reiterado incumplimiento de obligaciones ante las observaciones de OSITRAN en su condición de regulador.

**48.** Sobre el primer punto señalado por el demandante debemos tener en consideración que la sola posibilidad de que fuera sancionado no era impedimento para poner a conocimiento del concedente de esta situación y activar de forma inmediata el procedimiento de aprobación de obras adicionales detallado en el numeral 6.32 al 6.39 de la cláusula sexta del contrato de concesión.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

**49.** Teniendo en cuenta que de haberse activado el procedimiento en mención significaba solicitar a OSITRAN que evaluara la ejecución de las obras que ellos mismos habían requerido mediante el Oficio N° 1100-11-65-OSITRAN.

**50.** Por otro lado, el hecho de que se tuviera la probabilidad de que se declarara la caducidad de la concesión por reiterado incumplimiento de los parámetros asociados a la inversión o los Niveles de Servicio por parte del concesionario, debemos precisar que esta aseveración carece de fundamentación y razonabilidad, dado que la palabra reiterado deriva de reiterar siendo que según la Real Academia Española significa **volver a decir o hacer algo**<sup>8</sup>. Cuestión de gramática que implica considerar la reiteración como un incumplimiento mínimo en 2 ocasiones, situación que no encuadra en el presente caso.

**51.** Asimismo en concordancia con lo dicho anteriormente la activación del procedimiento de obras adicionales hubiera determinado que el propio regulador (OSITRAN) evalúe la ejecución de las mismas y no se hubiera llegado a la sanción económica que aduce el concesionario.

**52.** Del mismo modo debemos tener presente que el concesionario nunca puso a conocimiento del concedente el requerimiento de OSITRAN y menos indicó si iba a proceder o no a ejecutar las obras adicionales.

**53.** Tal es el caso que recién mediante Carta N° 797-2012-COVISUR recibida por el Concedente el 29 de noviembre de 2012 el Concesionario solicitó al Concedente el reconocimiento de la inversión adicional realizada en la

<sup>8</sup> Ver: <http://dle.rae.es/?id=VnNxETF>. Consulta: 07 de abril de 2017.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

---

Nivelación de Bermas de los referidos Sectores 04, 05 y 06, no prevista en el PID.

**54.** En este contexto se advierte una diferencia de 625 días entre la fecha en que OSITRAN requirió al concesionario la ejecución de las obras adicionales (15/03/11) y la fecha en que el concesionario pone a conocimiento del concedente que ejecutó dichos trabajos (29/11/12).

**55.** Este periodo de tiempo conlleva a concluir que no existía justificación alguna para que el concesionario no active el procedimiento de aprobación de obras adicionales.

**56.** Un punto importante que es de precisar corresponde a la aseveración realizada por la demandante en su escrito postulatorio al considerar que no estamos ante el caso de una obra adicional, dado que no está pidiendo autorización para ejecutar recién trabajos adicionales. Sobre este punto el Tribunal Arbitral considera que para considerar una obra como adicional no está en función a que se solicite en un momento determinado, al contrario como se ha señalado en el desarrollo del presente laudo toda obra que no estaba contemplada en el PID es en términos simples y puros una de carácter adicional y por lo tanto el concesionario debió activar el procedimiento contemplado en el numeral 6.32 al 6.39 de la cláusula sexta del contrato de concesión.

**57.** Por lo expuesto se concluye que los trabajos de nivelación de bermas de los sectores 04, 05 y 06 son obras adicionales y por tanto debieron ser tramitadas como tal debiendo proceder el concesionario de acuerdo con el procedimiento

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña

Gonzalo García Calderón Moreyra

---

contemplado en el numeral 6.32 al 6.39 de la cláusula sexta del contrato de concesión.

**58.** No haber observado dicho procedimiento conlleva que el concesionario asumiera el costo, riesgo y responsabilidad de dichos trabajos adicionales.

**Sobre el enriquecimiento sin causa y su presupuesto de aplicación: la subsidiariedad**

**59.** La figura del enriquecimiento sin causa se encuentra regulada en el artículo 1954° del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

**“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”.**

**60.** Esta figura jurídica ha sido considerada como una fuente de obligaciones autónoma y con regulación propia, y a diferencia de la legislación alemana, para el caso de nuestra legislación posee un presupuesto de aplicación que implica que el enriquecimiento sin causa es de carácter residual.

**61.** En tal sentido el artículo 1955° del Código Civil prescribe:

**“La acción a que se refiere el Artículo 1954° no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.”.**

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

- 
- 62.** El carácter de residual de la acción de enriquecimiento sin causa se sustenta como un mecanismo de protección a los fines de impedir una utilización generalizada e incontrolada de la acción de enriquecimiento, de tal forma que responde a una función de filtro.
- 63.** Por ello este Tribunal Arbitral considera, que previo al análisis de si la pretensión planteada por la demandante se encuadra o no en los presupuesto del enriquecimiento sin causa, es menester evaluar la subsidiariedad de la acción incoada.
- 64.** Sobre el particular este Tribunal ha señalado que los trabajos de nivelación de bermas en los sectores 04, 05 y 06 de la vía concesionada son obras adicionales y por lo tanto debieron ser tratadas como tal, debiendo el concesionario haber activado el procedimiento regulado en los numerales 6.32 al 6.39 de la cláusula sexta del contrato de concesión.
- 65.** Ello porque las partes establecieron un procedimiento formal para el tratamiento de las obras adicionales y una vez aprobadas las mismas correspondía el respectivo reconocimiento por dichos trabajos.
- 66.** En tal sentido, el contrato de concesión establecía un mecanismo contractual para que el concesionario pueda obtener la contraprestación de los trabajos adicionales que podían realizarse.
- 67.** Como se ha desarrollado, las razones esgrimidas por el demandante para no activar el procedimiento de adicionales de obra no resultan fundamentados ni razonables, más aun considerando el plazo transcurrido entre la comunicación

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

de OSITRAN al concesionario y la comunicación del concesionario al concedente solicitando el reconocimiento de los trabajos adicionales realizados que totaliza un periodo de 625 días.

**68.** Por otro lado no debemos dejar de lado el concesionario con la experiencia en la ejecución de obras viales no realizó modificación alguna al PID, teniendo en cuenta que justamente por esa experiencia estaba en mejor posición de advertir que se había omitido los trabajos de nivelación de bermas en los sectores 04, 05 y 06.

**69.** Asimismo llama la atención de que a pesar de que los trabajos adicionales realizados por el concesionario datan del año 2011 a 2012 haya transcurrido un periodo de tiempo tan extenso para que se haya reclamado la contraprestación respectiva por las obras adicionales.

**70.** Del mismo modo se advierte que mediante Carta N° 000137-2014-COVISUR recibida el 11 de febrero de 2014, el Concesionario recién dio inicio al Trato Directo bajo el marco de la Cláusula 18.10 del Contrato de Concesión, con la finalidad de solucionar el conflicto y/o incertidumbre con relevancia jurídica referido al reembolso de la inversión adicional efectuada para la Nivelación de las Bermas y no prevista en el PID aprobado. Esto es a más de 2 años de ejecutadas las obras.

**71.** Siendo que recién en fecha 01 de junio de 2016 el Concesionario presentó la Petición de Arbitraje para dar inicio al presente proceso arbitral.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

**72.** Periodos de tiempo en los cuales no se advierte mayor actuación del concesionario a fin de reclamar el reconocimiento económico de los trabajos adicionales ejecutados.

**73.** Lo que determina que a criterio del Tribunal Arbitral no se haya cumplido con el carácter de subsidiariedad del enriquecimiento sin causa al no haberse recurrido al mecanismo contractual que se había establecido en el contrato.

**74.** No obstante haber establecido que no se ha cumplido con el carácter residual del enriquecimiento sin causa, como argumento adicional el Tribunal señala que según doctrina autorizada los elementos “de fondo” para que se configure el enriquecimiento sin causa con los siguientes<sup>9</sup>:

- El enriquecimiento del demandado.
- El empobrecimiento del demandante.
- La relación causal entre estos hechos.
- La ausencia de causa justificante entre estos hechos.

**75.** Sin entrar a evaluar cada uno de los presupuestos antes citados el Tribunal Arbitral ha considerado analizar uno en particular, teniendo en cuenta que en el caso de que no se configuren los 4 presupuestos no será posible configurar el enriquecimiento sin causa reclamado.

<sup>9</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, citado por CASTILLO FREYRE, Mario. en “Tienes Más; Tengo Menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del Enriquecimiento sin Causa”, Pág. 8. Disponible en: [http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/129\\_Enriquecimiento\\_sin\\_causa.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/129_Enriquecimiento_sin_causa.pdf). Lima, enero de 2009. Pág. 8.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

---

**76.** Sobre el presupuesto de ausencia de causa justificante entre el empobrecimiento y el enriquecimiento es de considerar que si bien el concesionario no tenía la obligación contractual para ejecutar los trabajos adicionales de nivelación de bermas de los sectores 04, 05 y 06 de la vía concesionada tampoco se encontraba facultado para ejecutar dichos trabajos sin la previa autorización de parte del concedente a través del procedimiento de adicionales de obra.

**77.** A ello debemos tener presente que incluso en la elaboración del PID que estuvo a cargo del concesionario pudo realizar las modificaciones pertinentes considerando su experiencia en la ejecución de obras viales denotando que se había omitido la nivelación de bermas y que dichos trabajos serían observados de forma posterior por el regulador ya que afectaban la calidad del servicio que iba a brindar.

**78.** La experiencia del concesionario era determinante para considerar que la nivelación de bermas iba a ser una observación por parte del regulador que si bien podía sancionarlo, ello no iba a ser factible si se habilitaba el procedimiento de obras adicionales.

**79.** Asimismo no se deja de lado que la supuesta caducidad de la concesión a la que se exponía el concesionario por el reiterado incumplimiento de los parámetros asociados a la inversión o los Niveles de Servicio no iba a realizarse siguiendo el mecanismo contractual de obras adicionales.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

**80.** Del mismo modo no resulta razonable que el concesionario no haya puesto de conocimiento del concedente el requerimiento de ejecución de obras adicionales establecido por el regulador (OSITRAN).

**81.** Como ha quedado desarrollado el hecho de haber actuado de forma directa en la ejecución de las obras adicionales determina que el concesionario actuó bajo su cuenta, costo y riesgo.

**82.** En consecuencia si bien el concesionario no se encontraba obligado contractualmente a ejecutar las obras adicionales de nivelación de bermas tampoco se encontraba facultado de forma directa sin conocimiento del concedente para ejecutar dichos trabajos habiendo actuado bajo su cuenta y costo.

**83.** Por lo que no es posible amparar su pretensión de conformidad con lo expresado en el presente laudo.

**Sobre la segunda pretensión**

**84.** El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante LA), dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

**85.** Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

**86.** En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes han establecido en el literal e) del numeral 18.12 de la cláusula décimo octava<sup>10</sup> que los costos del arbitraje sean asumidos por la parte vencida. No obstante, este Tribunal Arbitral considera necesario pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

**87.** Al respecto, este colegiado considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la

<sup>10</sup> SECCIÓN XVIII: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)

Reglas Procedimentales Comunes

18.12.- Tanto para el arbitraje de conciencia a que se refiere el Literal a) de la Cláusula 18. 11. del Contrato como para el arbitraje de derecho a que se refiere el Literal b) de dicha Cláusula, ya sea en su modalidad internacional o nacional, se aplicarán por igual s siguientes disposiciones generales:

(...)

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. 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.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Deljudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio del Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero.

**88.** Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que “Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)”<sup>11</sup>.

**89.** Respecto al concepto de “gastos razonables”, Huáscar Ezcurra Rivero señala que “(...) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

<sup>12</sup> EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

**90.** Del desarrollo de los puntos controvertidos se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, por lo que a criterio de este Tribunal Arbitral ambas partes deben asumir los respectivos gastos de costos y costas del presente proceso arbitral.

**91.** En consecuencia el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir sus propios costos y costas del presente proceso, en iguales partes.

**X. DECISIÓN.-**

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral .

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra

las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

- 1. **DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal**, por lo que no corresponde ordenar al Concedente el inmediato e íntegro pago a favor de COVISUR de una indemnización debido al enriquecimiento sin causa, producido como consecuencia de las obras de Nivelación de las Bermas en los Sectores 04, 05 y 06 de la vía concesionada, en la suma de S/. 13'602,947.68 (Trece Millones Seiscientos Dos Mil Novecientos Cuarenta y Siete con 68/100 Soles), incluido el impuesto general a las ventas, y los intereses que correspondan, desde la fecha en que el Concesionario culminó con los referidos trabajos de nivelación, hasta la fecha de su efectiva e íntegra cancelación.*
- 2. **DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal**, por lo que no corresponde ordenar al Concedente el pago de las costas y costos del presente arbitraje, debiendo cada parte asumir el 50% de los costos y costas del presente arbitraje.*

**HUGO SOLOGUREN CALMET**  
Presidente del Tribunal Arbitral

Proceso arbitral seguido entre la empresa CONCESIONARIA VIAL DEL SUR S.A. y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES  
Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo N° 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

**Tribunal Arbitral**

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)  
Luis Domingo Delgiudice Perez-Egaña  
Gonzalo García Calderón Moreyra



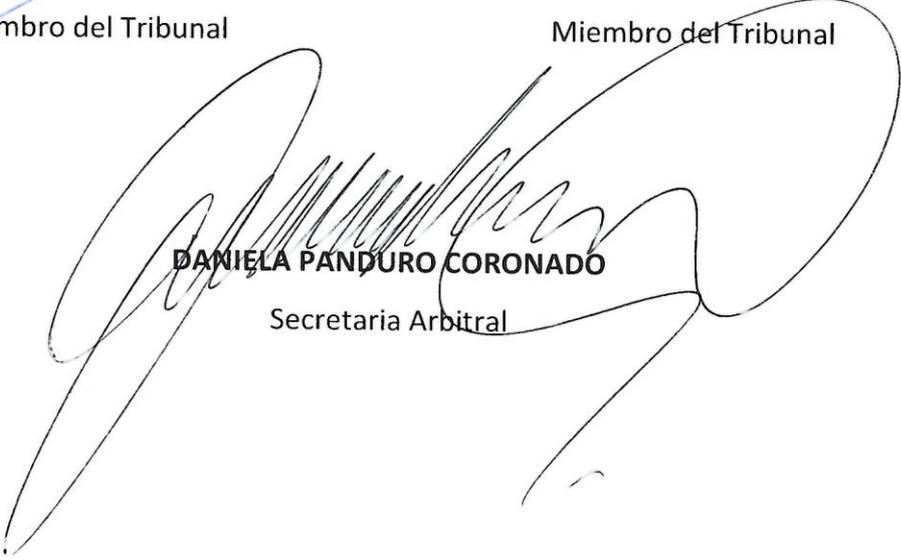
**GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA**

Miembro del Tribunal



**LUIS DOMINGO DELGIUDICE PEREZ-EGAÑA**

Miembro del Tribunal



**DANIELA PANDURO CORONADO**

Secretaria Arbitral