

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

**DESARROLLO VIAL DE LOS ANDES S.A.C.**

Demandante

y

**REPÚBLICA DEL PERÚ**

Demandada

**Caso CIADI No. ARB/20/18**

---

**LAUDO**

---

***Miembros del Tribunal***

D. David J.A. Cairns, Presidente del Tribunal

D. José María Alonso Puig, Árbitro

D. Yves Derains, Árbitro

***Secretaria del Tribunal***

Sra. Patricia Rodríguez Martín

*Fecha de envío a las Partes: 27 de noviembre de 2024*

## REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de Desarrollo Vial de los Andes S.A.C.:*

Sr. Henry G. Burnett  
Sr. Renzo Seminario Córdova  
Sr. Alex Levin Canal  
King & Spalding LLP  
Southeast Financial Center 200  
Biscayne Blvd  
Miami, FL, 33231  
Estados Unidos de América

Sr. Fernando Rodríguez-Cortina  
King & Spalding LLP  
1100 Louisiana St  
Houston, TX, 77002  
Estados Unidos de América

Sr. Hugo Alberto Morote Núñez  
Sr. Miguel Ángel Paz Sime  
Sra. Gabriela Morote Peralta  
Rosselló Abogados  
Torre El Pilar, Av. Camino Real 348  
San Isidro 15073  
República del Perú

*En representación de la República del Perú:*

Sra. Vanessa Rivas Plata Saldarriaga  
Sr. Enrique Jesús Cabrera Gómez  
Comisión Especial que Representa al Estado en  
Controversias Internacionales de Inversión  
Ministerio de Economía y Finanzas  
Jr. Junín 319, Lima 1  
República del Perú

Sr. Kenneth Figueroa  
Sr. Alberto Wray  
Sra. Gisela Paris  
Sra. Ivana Mariles Toledo  
Sr. Baldomero Casado  
Sr. Pablo Nilo Donoso  
Foley Hoag LLP  
1717 K Street, N.W.  
Washington, DC 20006  
Estados Unidos de América

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN Y PARTES.....	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES .....	1
III.	ANTECEDENTES DE HECHO .....	11
A.	El Contrato de Concesión .....	11
B.	Adenda N.º 1 y Aprobación de los EDI.....	14
C.	Adenda N.º 2.....	15
D.	La Aceptación de las Obras: .....	17
1.	La Solicitud de Aceptación y la Recepción Previa de OSITRAN.....	17
2.	La Aceptación de las Obras OPA y ONPA .....	19
(a)	Subtramo 1 de las OPA: .....	19
(b)	Subtramos 2 y 3 de las OPA:.....	19
(c)	ONPA .....	20
3.	El Fenómeno del Niño Costero.....	20
E.	El Nuevo Peaje en Ticlio .....	21
1.	La oposición a la nueva unidad de peaje en Ticlio .....	21
2.	La declaración de un evento de fuerza mayor .....	24
3.	La publicación del tarifario del peaje de Ticlio .....	26
4.	La decisión de eliminar la Unidad de Peaje de Ticlio .....	28
IV.	LOS PETITORIOS DE LAS PARTES .....	30
V.	LAS OBJECIONES JURISDICCIONALES DE LA DEMANDADA .....	35
A.	Jurisdicción <i>ratione personae</i> .....	35
1.	Postura de la Partes .....	35
(a)	La Demandada.....	35
(b)	La Demandante.....	35
2.	Decisión del Tribunal.....	36
B.	Jurisdicción <i>ratione voluntatis</i> .....	38
1.	Postura de la Partes .....	38
(a)	La Demandada.....	38
(b)	La Demandante.....	39
2.	Decisión del Tribunal.....	39

C.	Arbitrabilidad de la controversia sobre el agotamiento de los esfuerzos para restablecer el orden social.....	41
1.	Postura de la Partes .....	41
(a)	La Demandada.....	41
(b)	La Demandante.....	42
2.	Decisión del Tribunal.....	42
VI.	FONDO DEL ASUNTO .....	44
A.	La Constitución del Comité de Aceptación de Obras.....	44
1.	Postura de la Partes .....	44
(a)	La Demandante.....	44
(b)	La Demandada.....	45
2.	Decisión del Tribunal.....	47
(a)	El Nombramiento de los Comités de Aceptación.....	47
(b)	El impacto del retraso en el nombramiento de los Comités de Aceptación . .....	50
B.	La obligación de agotar esfuerzos para permitir la explotación de la nueva Unidad de Peaje en Ticlio .....	53
1.	Postura de las Partes.....	53
(a)	La Demandante.....	53
(b)	La Demandada.....	54
2.	Decisión del Tribunal.....	55
(a)	Fundamentos de Derecho .....	55
(b)	El incumplimiento de la obligación de agotar esfuerzos.....	57
(c)	Los efectos contractuales del incumplimiento.....	61
C.	La obligación de asumir los montos que deje de recaudar el Concesionario ..	64
1.	Postura de las Partes.....	64
(a)	La Demandante.....	64
(b)	La Demandada.....	65
2.	Decisión del Tribunal.....	67
D.	El Contrato de Garantía .....	73
1.	Postura de las Partes.....	73
(a)	La Demandante.....	73
(b)	La Demandada.....	73
2.	Decisión del Tribunal.....	73

E.	Declaraciones relativas a la recepción de terrenos y a la ejecución de las ONPA faltantes .....	75
1.	Postura de las Partes.....	75
(a)	La Demandante.....	75
(b)	La Demandada.....	75
2.	Decisión del Tribunal.....	75
VII.	DAÑOS .....	76
A.	Indemnización por Menor Recaudo.....	76
1.	Postura de las Partes.....	76
(a)	La Demandante.....	76
(b)	La Demandada.....	80
2.	Análisis del Tribunal.....	82
(a)	Período de cálculo .....	82
(b)	La obligación de la Cláusula 9.1 (último párrafo).....	83
(c)	Cálculo de los montos dejados de recaudar.....	85
(d)	Conclusiones: montos dejados de recaudar desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha del Laudo .....	93
(e)	Montos dejados de recaudar a partir del Laudo.....	93
B.	Indemnización por pérdida de valor de la concesión derivada del diferimiento de la explotación de la Unidad de Peaje de Tielio.....	94
1.	Postura de las Partes.....	94
(a)	La Demandante.....	94
(b)	La Demandada.....	96
2.	Decisión del Tribunal.....	97
C.	Indemnización por Pérdida de valor de la concesión como consecuencia del incremento del riesgo del proyecto:.....	99
1.	Postura de las Partes.....	99
(a)	La Demandante.....	99
(b)	La Demandada.....	100
2.	Decisión del Tribunal.....	101
D.	Daños por los costos derivados de la prórroga de la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento:.....	102
1.	Postura de las Partes.....	102
(a)	La Demandante.....	102

(b)	La Demandada.....	102
2.	Decisión del Tribunal.....	103
VIII.	DEMANDA RECONVENCIONAL .....	105
A.	Admisibilidad.....	105
1.	Postura de las Partes.....	105
(a)	La Demandante.....	105
(b)	La Demandada.....	106
2.	Decisión del Tribunal.....	107
B.	Fondo del asunto .....	111
1.	Primera Demanda Reconvencional.....	111
(a)	Posición de la Demandada.....	111
(b)	Posición de la Demandante .....	114
(c)	Decisión del Tribunal .....	116
2.	Segunda Demanda Reconvencional.....	123
(a)	Posición de la Demandada.....	123
(b)	Posición de la Demandante .....	124
(c)	Decisión del Tribunal .....	126
IX.	INTERESES .....	129
1.	Postura de las Partes.....	129
(a)	La Demandante.....	129
(b)	La Demandada.....	130
2.	Decisión del Tribunal.....	130
X.	COSTAS.....	132
1.	Postura de las Partes.....	132
(a)	La Demandante.....	132
(b)	La Demandada.....	133
2.	Las Costas del Arbitraje.....	134
3.	Decisión del Tribunal.....	134
XI.	LAUDO .....	138

**TABLA DE ABREVIATURAS Y TÉRMINOS DEFINIDOS**

<b>Adenda N.º 1</b>	Primera Adenda al Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, suscrita el 1 de septiembre de 2014 (C-001).
<b>Adenda N.º 2</b>	Segunda Adenda al Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, suscrita el 12 de enero de 2015 (C-001).
<b>Bases</b>	“Bases Eje Multimodal del Amazonas Centro del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana-IIRSA” (IIRSA Centro); Concesión del Tramo 2: Puente Ricardo Palma-La Oroya Huancayo-Dv. Cerro de Pasco”, de fecha 26 de octubre de 2009 (C-031).
<b>Concedente o la Demandada</b>	República del Perú.
<b>Concurso</b>	Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Tramo 2: Puente Ricardo Palma-La Oroya-Huancayo y La Oroya-Dv. Cerro de Pasco del Eje Multimodal del Amazonas Centro del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA (IIRSA Centro)” (C-030).
<b>Contrato de Concesión o Contrato</b>	Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma-La Oroya-Huancayo- y La Oroya-Dv. Cerro de Pasco, entre la República del Perú y Desarrollo Vial de los Andes, S.A.C., suscrito el 27 de septiembre de 2010 (C-001).
<b>Contrato de Garantía</b>	Contrato de Garantía entre la República del Perú y Desarrollo Vial de los Andes, S.A.C., suscrito el 27 de septiembre de 2010 (C-002).
<b>CPPC o WACC</b>	Tasa del costo promedio ponderado de capital.
<b>Declaración Testimonial de D.<sup>a</sup> Amalia Ruiz Seminario</b>	Declaración Testimonial de la Sra. Amalia Ruiz Seminario de fecha 13 de abril de 2021.
<b>Declaración Testimonial de D. Gian Carlos Silva Ancco</b>	Testimonial del Sr. Gian Carlos Silva Ancco de fecha 13 de abril de 2021

<b>Declaración Testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto</b>	Declaración Testimonial del Sr. Luigi D'Alfonso Crovetto de fecha 28 de octubre de 2021
<b>DEVIANDES o el Concesionario o la Demandante</b>	Desarrollo Vial de los Andes, S.A.C.
<b>DGASA</b>	Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC.
<b>EDI</b>	Estudio Definitivo de Ingeniería
<b>Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada</b>	Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, presentado el 9 de diciembre de 2022.
<b>Escrito Poserior a la Audiencia de la Demandante</b>	Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, presentado el 9 de diciembre de 2022.
<b>IMAG</b>	Ingreso Mínimo Anual Garantizado.
<b>Informe Supervisor</b>	Informe del Supervisor de fecha 17 de febrero de 2017, denominado <i>Informe Especial Recepción Obras ONPA y OPA</i> (C-018).
<b>Informe Dr. Willumsen</b>	Informe Pericial elaborado por el experto en tráfico el Sr. Luis Willumsen de fecha 20 de octubre de 2021.
<b>Memorial de Contestación</b>	Memorial de Contestación y Demanda Reconvencional de la Demandada, presentado el 15 de abril de 2021.
<b>Memorial de la Demandante</b>	Memorial sobre el Fondo, presentado por la Demandante el 5 de enero de 2021.
<b>Memorial de Dúplica de la Demandada</b>	Memorial de Dúplica y Réplica a la Demanda Reconvencional, presentado por la Demandada el 7 de febrero de 2022.
<b>Memorial de Réplica</b>	Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, presentado por la Demandante el 28 de octubre de 2021.
<b>Memorial de Dúplica de la Demandante</b>	Memorial de Dúplica sobre la Demanda Reconvencional de Perú y Dúplica sobre la Jurisdicción, presentado por la Demandante el 8 de abril de 2022.
<b>MTC</b>	Ministerio de Transportes y Comunicaciones de la República del Perú.
<b>ONPA</b>	Obras de No Puesta a Punto
<b>OPA</b>	Obras de Puesta a Punto.



<b>OSITRAN</b>	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
<b>PCI</b>	Parámetros de condición insuficiente.
<b>Primer Informe Brattle</b>	Informe Pericial de The Brattle Group (Sr. José Antonio García y Sr. Pedro L. Marín) de fecha 5 de enero de 2021.
<b>Primer Informe Exponent</b>	Informe Pericial de Exponent (Sra. Valeria Tyndall, Sr. Mark Anderson y Sra. Elise Salerno) de fecha 14 de abril de 2021.
<b>Primer Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra</b>	Informe de Experto del Sr. Enrique Ferrando Gamarra de fecha 12 de abril de 2021
<b>Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza</b>	Informe de Experto legal elaborado por la Dra. María Teresa Quiñones Alayza de fecha 28 de octubre de 2021
<b>Primer Informe Quadrant</b>	Informe Pericial de Quadrant Economics (Dr. Juan F. Riveros) de fecha 15 de abril de 2021.
<b>Primera Declaración de D. Luis Navarro</b>	Declaración Testimonial del Sr. Luis Navarro de fecha 14 de abril de 2021
<b>Recepción Previa OSITRAN</b>	Oficio de OSITRAN “Recepción Previa de las Obras Culminadas (OPA y ONPA) a cargo de Concesionario” de fecha 20 de febrero de 2017 (C-014).
<b>Segunda Declaración de D. Luis Navarro</b>	Segunda Declaración Testimonial de Luis Navarro del 6 de febrero de 2022.
<b>Segundo Informe Brattle</b>	Segundo Informe Pericial elaborado por el experto económico financiero The Brattle Group (Sr. José Antonio García y Sr. Pedro L. Marín) de fecha 28 de octubre de 2021.
<b>Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra</b>	Segundo Informe Pericial de Enrique Ferrando Gamarra del 24 de enero de 2022.
<b>Segundo Informe Exponent</b>	Informe Pericial de Retrasos de Exponent, Inc. (Valeria Tyndall, Emilio Linde Arias, Elise Salerno y Mark Anderson) del 24 de enero de 2022.
<b>Segundo Informe Quadrant</b>	Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics LLC (Dr. Juan F. Riveros) del 7 de febrero de 2022.
<b>Segundo Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza</b>	Segundo Informe de Experto Legal elaborado por la Dra. María Teresa Quiñones Alayza de fecha 7 de abril de 2022.

<b>SUNAT</b>	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria del Perú.
<b>Supervisor</b>	Consortio IIRSA Centro Tramo 2, designado por OSITRAN.
<b>VAN</b>	valor actual neto.

## I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) sobre la base del Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma-La Oroya-Huancayo- y La Oroya-Dv. Cerro de Pasco, entre la República del Perú, representada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (“**MTC**”) y Desarrollo Vial de los Andes, S.A.C., suscrito el 27 de septiembre de 2010 (el “**Contrato de Concesión**” o “**Contrato**”) y el Contrato de Garantía entre las mismas partes suscrito el mismo día (el “**Contrato de Garantía**”), y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el “**Convenio del CIADI**”).
2. La Demandante es Desarrollo Vial de los Andes, S.A.C. (“**DEVIANDES**”, el “**Concesionario**” o la “**Demandante**”).
3. La Demandada es la República del Perú (“**Perú**”, el “**Concedente**” o la “**Demandada**”).
4. La Demandante y la Demandada se denominarán, en conjunto, las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página (i) *supra*.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

5. El 6 de junio de 2020, el CIADI recibió la Solicitud de Arbitraje presentada por DEVIANDES en contra de la República del Perú, junto con los anexos 1 al 29 (la “**Solicitud de Arbitraje**”).
6. El 10 de junio de 2020, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje con arreglo al artículo 36 del Convenio del CIADI y las Reglas 6 y 7 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Iniciación**”), y notificó a las Partes del acto de registro de la Solicitud de Arbitraje. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a proceder a constituir un Tribunal de Arbitraje lo antes posible conforme a la Regla 7 de las Reglas de Iniciación.
7. Las Partes acordaron la constitución del Tribunal conforme al literal a) de la Cláusula 18.13. del Contrato de Concesión y la carta conjunta de las Partes de fecha 16 de junio de 2020 del siguiente modo: el Tribunal se compondría de tres árbitros, uno a ser designado por cada Parte, y el tercer árbitro y Presidente del Tribunal a ser designado por acuerdo de las Partes. Las Partes convinieron que para acordar el nombramiento del Presidente del Tribunal los co-árbitros tendrán 15 días desde el nombramiento del segundo árbitro, es decir, a más tardar el 10 de julio de 2020. Si dentro del plazo señalado los co-árbitros no lograban acordar el nombramiento del Presidente del Tribunal, “*cualquiera de las Partes podrá solicitar a la Secretaría*”

*General del CIADI administrar un procedimiento de strike and rank para la designación del Presidente del Tribunal”.*

8. El 5 de junio de 2020, la Demandante nombró árbitro al Sr. José María Alonso Puig, y el 25 de junio de 2020, la Demandada nombró árbitro al Sr. Yves Derains.
9. El 10 de julio de 2020, los co-árbitros informaron al Centro que no habían logrado acordar el nombramiento del Presidente del Tribunal.
10. El 13 de julio de 2020, la Demandante solicitó a la Secretaria General del CIADI designar al Presidente del Tribunal mediante el procedimiento de *strike-and-rank* de cinco (5) candidatos de conformidad al acuerdo entre las Partes.
11. El 30 de julio de 2020, la Secretaria General envió a las Partes una lista con 5 candidatos. El 6 de agosto de 2020, las Partes devolvieron sus formularios, habiendo ambas Partes acordado nombrar al Sr. David J. A. Cairns Presidente del Tribunal.
12. Por carta de fecha 11 de agosto de 2020, la Secretaria General, conforme a la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje**”), notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por ende, se entendía que se había constituido el Tribunal en esa fecha. El Tribunal está conformado por el Sr. David J. A. Cairns, de nacionalidad británica y neozelandesa, Presidente, nombrado por acuerdo de las Partes; el Sr. José María Alonso Puig, de nacionalidad española, nombrado por la Demandante; y el Sr. Yves Derains, de nacionalidad francesa, designado por la Demandada.
13. El 30 de septiembre de 2020 se celebró la primera sesión del Tribunal, por videoconferencia.
14. El 7 de octubre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 dejando constancia del acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales y de la decisión del Tribunal acerca de las cuestiones controvertidas. La Resolución Procesal No. 1 dispone, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas en vigor a partir del 10 de abril de 2006, que el idioma del procedimiento sería el español, y que el lugar del procedimiento sería Washington D.C., Estados Unidos de América. La Resolución Procesal No. 1 establece, asimismo, el calendario procesal.
15. El 5 de enero de 2021, la Demandante presentó su Memorial sobre el Fondo (el “**Memorial de la Demandante**”), junto con los anexos C-001 al C-168; autoridades legales CL-001 al CL-025; y el Informe Pericial de The Brattle Group (Sr. José Antonio García y Sr. Pedro L. Marín) de fecha 5 de enero de 2021 (“**Primer Informe Brattle**”).
16. El 17 de marzo de 2021 las Partes informaron al Tribunal de su acuerdo para extender el plazo para la entrega del Memorial de Contestación de la Demandada

por 10 días, y, en consecuencia, la extensión del plazo para la entrega del Memorial de Réplica de la Demandante también por 10 días.

17. Mediante carta del 18 de marzo de 2021, por instrucciones del Tribunal, la Secretaria del Tribunal informó a las Partes la aprobación de las prórrogas acordadas por las Partes en sus comunicaciones del 17 de marzo de 2021. En consecuencia, se adoptó el calendario procesal actualizado y se reemplazó el Anexo B de la Resolución Procesal No. 1.
18. El 15 de abril de 2021, la Demandada presentó su Memorial de Contestación y Demanda Reconvencional (el “**Memorial de Contestación**”), junto con los anexos R-001 al R-159; autoridades legales RL-001 al RL-040; Declaración Testimonial de la Sra. Amalia Ruiz Seminario de fecha 13 de abril de 2021 (“**Declaración Testimonial de D.<sup>a</sup> Amalia Ruiz Seminario**”); Declaración Testimonial del Sr. Gian Carlos Silva Ancco de fecha 13 de abril de 2021 (“**Declaración Testimonial de D. Gian Carlos Silva Ancco**”); Declaración Testimonial del Sr. Luis Navarro de fecha 14 de abril de 2021 (“**Primera Declaración de D. Luis Navarro**”); Informe Pericial de Exponent (Sra. Valeria Tyndall, Sr. Mark Anderson y Sra. Elise Salerno) de fecha 14 de abril de 2021 (“**Primer Informe Exponent**”); Informe Pericial de Quadrant Economics (Dr. Juan F. Riveros) de fecha 15 de abril de 2021 (“**Primer Informe Quadrant**”); Informe Pericial de Resource System Group (Dr. Thomas Adler, PhD y Sr. John (Jay) Evans, P.E., AICP) de fecha 9 de abril de 2021; Informe de Experto del Sr. Enrique Ferrando Gamarra de fecha 12 de abril de 2021 (“**Primer Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra**”).
19. El 15 de junio de 2021, de acuerdo con el calendario procesal adoptado el 18 de marzo de 2021, el Tribunal recibió los *Redfern Schedules* de las Partes, con sus solicitudes y objeciones a la exhibición de documentos de acuerdo con el procedimiento establecido en la Resolución Procesal No. 1.
20. El 30 de junio de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 sobre las solicitudes de exhibición de documentos de las Partes.
21. El 28 de octubre de 2021, la Demandante presentó su Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional (el “**Memorial de Réplica**”), junto con los anexos C-169 al C-261; autoridades legales CL-026 al CL-058; Segundo Informe Pericial elaborado por el experto económico financiero The Brattle Group (Sr. José Antonio García y Sr. Pedro L. Marín) de fecha 28 de octubre de 2021 (“**Segundo Informe Brattle**”); Informe Pericial elaborado por el experto en tráfico el Sr. Luis Willumsen de fecha 20 de octubre de 2021 (“**Informe Dr. Willumsen**”); Informe de Experto legal elaborado por la Dra. María Teresa Quiñones Alayza de fecha 28 de octubre de 2021 (“**Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza**”); Declaración Testimonial del Sr. Luigi D’Alfonso Crovetto de fecha 28 de octubre de 2021 (“**Declaración Testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto**”).
22. Mediante comunicación del 24 de diciembre de 2021, la Demandada solicitó un plazo adicional de 6 semanas para presentar su escrito de Dúplica, originalmente previsto para el miércoles 26 de enero de 2022. El 28 de diciembre de 2021, la

Demandante se opuso a la solicitud de prórroga del plazo para la presentación de la Dúplica solicitada por la Demandada y defendió, de manera alternativa, que la prórroga máxima del plazo para presentar la Dúplica fuese de 10 días.

23. El 5 de enero de 2022, por instrucciones del Tribunal, la Secretaria del Tribunal comunicó a las Partes la decisión de ampliar el plazo para presentar el escrito de Dúplica por 10 días. En consecuencia, el Tribunal adoptó el calendario procesal actualizado y reemplazó el calendario procesal adoptado el 18 de marzo de 2021.
24. El 7 de febrero de 2022, la Demandada presentó su Memorial de Dúplica y Réplica a la Demanda Reconvencional (el “**Memorial de Dúplica de la Demandada**”), junto con los anexos R-160 al R-224; autoridades legales RL-041 al RL-050; Segunda Declaración Testimonial de Gian Carlos Silva Ancco del 7 de febrero de 2022; Segunda Declaración Testimonial de Luis Navarro del 6 de febrero de 2022 (“**Segunda Declaración de D. Luis Navarro**”); Informe Pericial de Retrasos de Exponent, Inc. (Valeria Tyndall, Emilio Linde Arias, Elise Salerno y Mark Anderson) del 24 de enero de 2022 (“**Segundo Informe Exponent**”); Segundo Informe Pericial de Enrique Ferrando Gamarra del 24 de enero de 2022 (“**Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra**”); Segundo Informe Pericial de Quadrant Economics LLC (Dr. Juan F. Riveros) del 7 de febrero de 2022 (“**Segundo Informe Quadrant**”); y Segundo Informe Pericial de Resource Systems Group (Dr. Thomas Adler, PhD y Sr. John (Jay) Evans, P.E., AICP) del 7 de febrero de 2022.
25. Por medio de carta del 24 de febrero de 2022, la Demandante solicitó autorización del Tribunal para presentar un Memorial de Dúplica a la Reconvención, con el propósito de pronunciarse sobre el Memorial de Réplica a la Reconvención presentado por la Demandada. Por medio de carta del 4 de marzo de 2022, la Demandada informó al Tribunal que no se oponía a la solicitud de la Demandante del 24 de febrero de 2022. Mediante carta del 8 de marzo de 2022, el Tribunal autorizó a la Demandante a presentar un Memorial de Dúplica sobre la Reconvención de Perú, a más tardar el 8 de abril de 2022.
26. El 16 de marzo de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 en la cual resolvió adoptar el calendario procesal actualizado adjunto a dicha resolución procesal, que reemplazó al calendario procesal aprobado el 5 de enero de 2022, y en el que se fijaron las fechas para la celebración de la Reunión Organizativa Previa a la Audiencia; para la notificación de testigos y peritos y para el envío de la propuesta conjunta de agenda diaria para la Audiencia.
27. El 8 de abril de 2022, la Demandante presentó su Memorial de Dúplica sobre la Demanda Reconvencional de Perú y Dúplica sobre la Jurisdicción (el “**Memorial de Dúplica de la Demandante**”), junto con los anexos C-262 al C-304; autoridades legales CL-059 al CL-67; Segundo Informe de Experto Legal elaborado por la Dra. María Teresa Quiñones Alayza de fecha 7 de abril de 2022 (“**Segundo Informe de D. “María Teresa Quiñones Alayza”**”).

28. El 26 de abril de 2022, se celebró la Reunión en Organizativa Previa a la Audiencia entre las Partes y el Tribunal por videoconferencia, la que se discutieron las cuestiones procesales, administrativas y logísticas para la preparación de la audiencia sobre jurisdicción y el fondo, a celebrarse en persona, entre el 20 de junio al 24 de junio de 2022 en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C. (la “*Audiencia*”).
29. El 29 de abril de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 relativa a la organización de la Audiencia.
30. Los días 20 al 24 de junio de 2022 se celebró la Audiencia de forma presencial y virtual en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C., de conformidad con la Resolución Procesal No. 4. Las personas que se mencionan a continuación estuvieron presentes en la Audiencia:

*Tribunal*

David J. A. Cairns	Presidente
José María Alonso Puig	Co-árbitro
Yves Derains	Co-árbitro

*Secretariado del CIADI*

Patricia Rodríguez Martín	Secretaria
---------------------------	------------

*Por la Demandante*

Harry Burnett	King & Spalding LLP
Fernando Rodríguez Cortina	King & Spalding LLP
Renzo Seminario Cordova	King & Spalding LLP
Daniel Hernández Medina	King & Spalding LLP
Alex Levin Cana	King & Spalding LLP
Alonso Gerbaud	King & Spalding LLP
Zhennia Silverman	King & Spalding LLP
Hugo Morote	Rosselló
Miguel Ángel Paz	Rosselló
Gabriela Morote Peralta	Rosselló
Luis Fernando Carrillo Caycedo	Deviandes
Igor Alexis Peña Zúñiga	Deviandes
Maria Isabel Patiño Osorio	Deviandes
Amparo Polania Guarín	Deviandes

Jorge Francisco Pinzón Maz	Deviandes
Lorena Ferrándiz Espadín	Deviandes
Santiago José Carrillo Andrade	Deviandes
Andrés Largacha Torres	Deviandes
José Antonio García Martín	Perito, The Brattle Group
Piero Fortino	Perito, The Brattle Group
Christopher Nance	Perito, The Brattle Group
Lourdes Luna Valdez	QA Legal

*Por la Demandada*

Kenneth J. Figueroa	Foley Hoag LLP
Alberto Wray	Foley Hoag LLP
Gisela Paris	Foley Hoag LLP
Ivana Mariles Toledo	Foley Hoag LLP
Baldomero Casado	Foley Hoag LLP
Karim M'Ziani	Foley Hoag LLP
Pablo Nilo	Foley Hoag LLP
Céline Pommier	Foley Hoag LLP
Angélica Villagrán	Foley Hoag LLP
Marcela Ochoa	Foley Hoag LLP
Daniella Juárez	Foley Hoag LLP
Luis Battista	Foley Hoag LLP
DuPree Walker	Foley Hoag LLP
Renzo E. Saavedra Velazco	Hernández & CÍA
Caterina Miró Quesada Samanez	Hernández & CÍA
Natalia Gallardo	Hernández & CÍA
Vanessa del Carmen Rivas Plata Saldarriaga	Comisión Especial que Representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión
Victor Giancarlo Peralta Miranda	Comisión Especial que Representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión



Mariela Ampuero	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones
Daniela Bernui Garcés	Perito, Osterling Abogados
Gabriel Loli León	Perito, Osterling Abogados
Elise Salerno	Perito, Exponent
Alex Levin	Perito, RSG
José Díaz Barriga Ocampo	Perito, Quadrant Economics LLC

*Estenógrafos*

Paul Pelissier	Estenógrafo en idioma español
Marta Rinaldi	Estenógrafo en idioma español
David Kasdan	Estenógrafo en idioma inglés

*Intérpretes*

Anna Sophia Chapman	Intérprete inglés-español
Amalia de Klemm	Intérprete inglés-español
Sonia Berah	Intérprete inglés-español

31. Las siguientes personas fueron interrogadas en la Audiencia:

*Por la Demandante*

Luigi D'Alfonso Crovetto	Testigo
Maria Teresa Quiñones Alayza	Perito, QA Legal
Luis Guillermo Willumsen	Perito, Nommon Solutions and Technologies

*Por la Demandada*

Clara Amalia Ruiz Seminario	Testigo
Gian Carlos Silva Ancco	Testigo
Luis Walter Navarro Flores	Testigo
Enrique Ferrando Gamarra	Perito, Osterling Abogados
Emilio Linde-Arias	Perito, Exponent
Thomas Adler	RSG

32. Como consecuencia de algunos imprevistos, principalmente que dos Miembros del Tribunal contrajeron COVID-19 durante la Audiencia, no fue posible completar el interrogatorio de los peritos de daños de las Partes (los Sres. José Antonio García de The Brattle Group y Juan F. Riveros de Quadrant Economics LLC) en las fechas programadas para la Audiencia.
33. Las Partes propusieron al Tribunal, de común acuerdo, diferir el interrogatorio de los citados peritos de daños a otra fecha a convenir con el Tribunal. Durante y después de la Audiencia, el Tribunal consultó con las Partes sobre su disponibilidad para celebrar el interrogatorio de los peritos de forma virtual el día 19 de julio de 2022. Las Partes confirmaron que tanto sus representantes legales como los peritos en cuestión estaban disponibles en la citada fecha y hora.
34. El 5 de julio de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 en la cual fijó el día 19 de julio de 2022 como la fecha la continuación de la Audiencia, a llevarse a cabo de forma virtual.
35. Mediante carta del 14 de julio de 2022, la Demandada informó al Tribunal que el experto de daños del Perú, el Dr. Juan Riveros de la firma Quadrant, había contraído COVID-19 y se encontraba cursando la enfermedad con síntomas varios, lo que había limitado la capacidad del Dr. Riveros para preparar su participación en la audiencia fijada para el día 19 de julio en la cual debía realizar una presentación de su informe y luego absolver las preguntas del contra interrogatorio de la Demandante y del Tribunal. Por lo anterior, la Demandada propuso suspender la fecha de Audiencia programada y que se fijara una nueva fecha, a llevarse a cabo también por video conferencia, y propuso las fechas del 7, 8 o 9 de septiembre de 2022.
36. El 15 de julio de 2022, el Tribunal invitó a la Demandante a presentar sus comentarios sobre la carta de la Demandada del 14 de julio de 2022. El mismo día, la Demandante dio respuesta a la carta de la Demandada y propuso que la Demandada informara al Tribunal y a la Demandante el estado de salud del Dr. Riveros el día 17 de julio, y que la Audiencia únicamente se pospusiera de confirmarse que el estado de salud del Dr. Riveros le impediría comparecer en la Audiencia el 19 de julio. De posponerse la Audiencia, la Demandante confirmó su acuerdo para celebrar la continuación de la Audiencia en las fechas propuestas por la Demandada. En la misma fecha, la Demandada confirmó que el Dr. Riveros no se encontraba en condiciones de prepararse ni de asistir a la Audiencia; no obstante, se comprometió a informar al Tribunal y a la Demandada sobre la evolución del estado de salud del Dr. Riveros, conforme a lo solicitado por la Demandante.
37. El 17 de julio de 2022, la Demandada informó al Tribunal de que el Sr. Riveros no se encontraba en condiciones de comparecer en la Audiencia el día 19 de julio de 2022 por su estado de salud y reiteró su disponibilidad para celebrar la Audiencia los días 7, 8 o 9 de septiembre de 2022.

38. El 18 de julio de 2022 el Tribunal envió una comunicación a las Partes en la que les informó de que se suspendía la Audiencia prevista para el 19 de julio de 2022 y se fijaba la nueva fecha para el día 8 de septiembre de 2022.
39. El 8 de septiembre de 2022, se celebró la continuación de la Audiencia de forma virtual, en la cual se llevó a cabo el interrogatorio de los peritos de daños de las Partes. Las personas que se mencionan a continuación estuvieron presentes en la Audiencia:

*Tribunal*

David J. A. Cairns	Presidente
José María Alonso Puig	Co-árbitro
Yves Derains	Co-árbitro

*Secretariado del CIADI*

Patricia Rodríguez Martín	Secretaria
---------------------------	------------

*Por la Demandante*

Harry Burnett	King & Spalding LLP
Fernando Rodríguez Cortina	King & Spalding LLP
Renzo Seminario Cordova	King & Spalding LLP
Alonso Gerbaud	King & Spalding LLP
Hugo Morote	Rosselló
Miguel Ángel Paz	Rosselló
Gabriela Morote Peralta	Rosselló
Amparo Polania Guarín	Deviandes
Jorge Francisco Pinzón Maz	Deviandes
Lorena Ferrándiz Espadín	Deviandes
Luigi D'Alfonso Crovetto	Deviandes
Piero Fortino	The Brattle Group
Christopher Nance	The Brattle Group

*Por la Demandada*

Kenneth J. Figueroa	Foley Hoag LLP
Alberto Wray	Foley Hoag LLP
Ivana Mariles Toledo	Foley Hoag LLP

Baldomero Casado	Foley Hoag LLP
Angélica Villagrán	Foley Hoag LLP
Daniella Juárez	Foley Hoag LLP
Caterina Miró Quesada Samanez	Hernández & CÍA
Vanessa del Carmen Rivas Plata Saldarriaga	Comisión Especial que Representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión
Victor Giancarlo Peralta Miranda	Comisión Especial que Representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión
Mariela Ampuero	Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

*Estenógrafos*

Elizabeth Cicoria	Estenógrafa en idioma español
-------------------	-------------------------------

40. Las siguientes personas fueron interrogadas en la Audiencia:

*Por la Demandante*

José Antonio García Martín	Perito, The Brattle Group
----------------------------	---------------------------

*Por la Demandada*

Juan F. Riveros	Perito, Quadrant
-----------------	------------------

41. El 23 de septiembre de 2022, las Partes enviaron una comunicación conjunta al Tribunal en la que informaron de los acuerdos que habían alcanzado sobre los Escritos Posteriores a la Audiencia, las Declaraciones de Costos y sobre la presentación de una actualización de los cálculos de los peritos económicos utilizando como fecha el 31 de octubre de 2022.
42. El 29 de septiembre de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 en la que adoptó los acuerdos de las Partes enviados al Tribunal el 23 de septiembre de 2022 y fijó la fecha para la presentación de los Escritos Posteriores a la Audiencia y actualizaciones de los cálculos de daños (ambos 9 de diciembre de 2022) y Declaraciones de Costos (1 de febrero de 2023).
43. El 31 de octubre de 2022, la Demandada solicitó autorización del Tribunal para presentar dos nuevos documentos al expediente del caso. El 10 de noviembre de 2022, la Demandante informó al Tribunal de que no se oponía a la incorporación al expediente de los nuevos documentos referidos en la comunicación de la

Demandada del 31 de diciembre de 2022, siempre que se pusieran a disposición de la Demandada a la mayor brevedad y que la Demandada tuviera oportunidad de pronunciarse sobre ellos en su escrito posterior a la audiencia.

44. Mediante comunicación de fecha 16 de noviembre de 2022, el Tribunal informó a las Partes de que admitía la aportación de los citados documentos al expediente del caso y ordenó a la Demandada a presentarlos sin retraso. La Demandada dispondría de 7 días desde la recepción de los documentos para informar al Tribunal si quería solicitar la presentación de documentos de respuesta.
45. El 16 de noviembre de 2022, la Demandada presentó los documentos nuevos como Anexos R-225 y R-226, junto con un índice de anexos fácticos actualizado. El 23 de noviembre de 2022, la Demandante confirmó que no solicitaba la presentación de documentos de respuesta.
46. Las Partes presentaron sus Escritos Posteriores a la Audiencia simultáneamente el 9 de diciembre de 2022.
47. Las Partes presentaron sus declaraciones sobre costos el 1 de febrero de 2023.
48. El procedimiento se cerró el 29 de octubre de 2024.

### III. ANTECEDENTES DE HECHO

#### A. *EL CONTRATO DE CONCESIÓN*

49. El 31 de octubre de 2009 la Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú ("**Proinversión**") publicó la convocatoria del "Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Tramo 2: Puente Ricardo Palma-La Oroya-Huancayo y La Oroya-Dv. Cerro de Pasco del Eje Multimodal del Amazonas Centro del Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana - IIRSA (IIRSA Centro)" (C-030) (el "**Concurso**"), junto con las bases del Concurso (C-031); "Bases Eje Multimodal del Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana-IIRSA" (IIRSA Centro); Concesión del Tramo 2: Puente Ricardo Palma-La Oroya Huancayo-Dv. Cerro de Pasco", de fecha 26 de octubre de 2009 (C-031) ("**Bases**").
50. La convocatoria tenía por objeto un tramo de carretera de una longitud aproximada de 370 kilómetros ubicada en el centro de país, que conecta las ciudades de Huancayo y Cerro de Pasco con la Lima Metropolitana. Dicho tramo se conoce comúnmente como la Carretera Central.
51. La Carretera Central es el principal y más importante acceso terrestre entre Lima y el Centro de Perú. Es una vía bidireccional de una sola calzada, con dos únicos carriles en la mayor parte de la vía. Las tres regiones que albergan Huancayo, Cerro de Pasco y Lima contaban con una población de 12,5 millones de habitantes en 2015, es decir, aproximadamente el 40% del total de la población peruana (R-047).

52. Las Bases explican que la adjudicación de la concesión implica la ejecución de los trabajos conforme a los lineamientos técnicos indicados, así como la explotación y conservación del tramo durante la vigencia de la concesión. Se trata de una concesión tipo BOT (*“Build-Operate-Transfer”*) (C-031, Cláusula 1.1).
53. Participó como licitador en el Concurso el Consorcio Desarrollo Vial del Perú, integrado por las empresas Conca y S.A., Incoequipos S.A., Nexus Banca de Inversión S.A. (todas de origen colombiano) y Viviendas del Perú S.A.C. El 27 de julio de 2010 se adjudicó la Buena Pro a dicho consorcio.
54. Las Bases exigían al Adjudicatario la inscripción en el Registro de una *“persona jurídica que suscribirá el Contrato, la misma que deberá haberse constituido en el Perú, como mínimo con los mismos accionistas, o integrantes en caso de consorcio (...)”* (C-031, Numeral 11.2). El 8 de septiembre de 2010, los integrantes del Consorcio Desarrollo Vial del Perú constituyeron la sociedad denominada Desarrollo Vial de los Andes S.A.C. – DEVIANDES, que suscribiría el Contrato de Concesión en calidad de Concesionario (C-004).
55. El 27 de septiembre de 2010, la Demandante y la República del Perú firmaron el Contrato de Concesión (C-001).
56. En el Contrato, se denomina a la Demandante como el “Concesionario” y a la Demandada como el “Concedente” (C-001, Cláusulas 1.8.21 y 1.8.23). Como Concedente, la Demandada actúa a través del MTC *“facultado por el Artículo 30, Inciso a) del Decreto Supremo N° 060-96-PCM (...)”* (C-001, Preámbulo).
57. La Cláusula 1.8.74 del Contrato denomina como “Regulador” al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (*“OSITRAN”*). Las Cláusulas 15.4 a 15.12 del Contrato establecen las competencias y facultades de OSITRAN como Regulador en virtud del Contrato, incluida la función de supervisión.
58. De acuerdo con la Cláusula 15.6, OSITRAN *“podrá designar a un supervisor de obras, el mismo que realizará las actividades que el primero le asigne. La titularidad de la función se mantiene en el REGULADOR”*. OSITRAN designó como Supervisor de las Obras al Consorcio IIRSA Centro Tramo 2 (*“Supervisor”*), que inició sus actividades el 11 de abril de 2016 (C-222).
59. En virtud del Contrato, el Concedente concede al Concesionario *“el aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma”* (Cláusula 2.1). El plazo de la Concesión es de 25 años, *“salvo los casos de prórroga o caducidad, conforme a los términos y condiciones previstos en el presente Contrato”* (Cláusula 4.1). Los Bienes de la Concesión son (Cláusula 1.8.15):

*“(...) los bienes que se encuentran afectados a la Concesión y están constituidos por: i) los bienes del CONCEDENTE; ii) el Área de la Concesión; iii) Obras y iv) cualquier otro bien que se haya integrado*

*a las Obras y no pueda ser separado sin afectar el adecuado funcionamiento de las mismas. Este término incluye la infraestructura vial del Tramo (carretera, bermas, obras de protección y seguridad, puentes, entre otros), unidades de Peaje y sistemas de pesaje, las edificaciones, los equipos y sistemas eléctricos, mecánicos o electrónicos (...)*”.

60. La Cláusula 2.2 identifica las tres principales actividades o prestaciones de la Concesión:

60.1. La entrega, la transferencia, el uso y, en su caso, la devolución de los Bienes de la Concesión (que se regulan en el Capítulo V del Contrato);

60.2. La ejecución de las Obras en la infraestructura vial de los Subtramos de la Concesión, según se detalla en el Capítulo VI del Contrato.

60.3. La Explotación de la Concesión, conforme a las condiciones previstas en los Capítulos VII y VIII del Contrato.

61. La Cláusula 2.3 define la naturaleza jurídica de la Concesión:

*“El presente Contrato de Concesión responde a un esquema BOT (build, operate and transfer), por ello, la transferencia de actividades antes referidas no supone la transferencia de propiedad de la infraestructura que forma parte de los Sub Tramos de la Concesión, la misma que en todo momento mantiene su condición pública. El CONCESIONARIO adquiere el derecho de Concesión durante la vigencia de la misma”.*

62. Las Obras que el Concesionario debe ejecutar de acuerdo con el Contrato se describen en la Cláusula 6.1:

*“6.1. El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras a cargo del CONCESIONARIO, excepto las de Puesta a Punto, ofertadas durante el Concurso, en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses, luego de haberlas iniciado. Para iniciar la ejecución de las Obras indicadas, se deberá verificar el cumplimiento de las condiciones indicadas en la Cláusula 6.10.*

*Las Obras de Puesta a Punto se deberán ejecutar en un plazo máximo de quince (15) meses luego de haberlas iniciado conforme a lo establecido en la Cláusula 6.11”.*

63. La Cláusula 6.1 divide las obras objeto del Contrato en dos categorías:

63.1. Las Obras de Puesta a Punto (“**OPA**”) son las Obras que debe ejecutar el Concesionario “a fin de que éstos alcancen los Índices de Serviciabilidad exigidos en el Anexo I del Contrato” (Cláusula 1.8.72). Para su ejecución se estableció un plazo máximo de 15 meses;

- 63.2. Las demás Obras previstas en el Contrato fueron denominadas por las Partes como las “Obras de No Puesta a Punto” (“**ONPA**”). Para su ejecución, se fijó un plazo máximo de 24 meses.
64. Las OPA incluyen “*las obras de drenaje y puentes así como la ejecución de las bermas a nivel de la rasante de la calzada*” (C-001, Anexo XII, Apéndice 5).
65. Las ONPA identificadas en el Contrato consistieron en dos óvalos, 10 puentes peatonales, 29 ensanches de la plataforma de una longitud total de 9,28 kilómetros y la construcción de 7 variantes de una longitud total de 3133 kilómetros (C-001, Anexo XII, Apéndice 5).
66. En virtud de la Cláusula 6.4, el Concesionario debía elaborar, y presentar al Concedente, con copia al Regulador, un Estudio Definitivo de Ingeniería (“**EDI**”) para las OPA y otro EDI para las ONPA (Cláusula 6.4). La Cláusula 1.8.41 define el EDI en los siguientes términos:

*“Estudio Definitivo de Ingeniería*

*Es el documento técnico donde se establecen los detalles de diseño de Ingeniería de las Obras a Cargo del CONCESIONARIO que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO de acuerdo con los Términos de Referencia de las Bases y el Contrato. El Estudio Definitivo de Ingeniería incluirá como mínimo lo siguiente: (i) Resumen Ejecutivo, (ii) Memoria Descriptiva, (iii) Metrados, (iv) Análisis de precios unitarios, (y) Presupuesto de la totalidad de recursos que cubran las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO, (vi) Cronogramas, (vii) Especificaciones Técnicas, (viii) Estudios básicos, (ix) Diseños, (x) Plan de mantenimiento, (xi) Unidades de Peaje, (xii) Estaciones de Pesaje, y (xiii) Planos.*

*Éstos deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.4 del Contrato”.*

67. El 27 de octubre de 2010 y de acuerdo con la Cláusula 5.11 del Contrato, se dio inicio a la Explotación de la Concesión mediante la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes, mediante la cual se formalizó la entrega al Concesionario de las tres unidades de peaje existentes (Corcona, Quiulla y Casaraca) (C-138, ¶ 3).

**B. ADENDA N.º 1 Y APROBACIÓN DE LOS EDI**

68. El 4 de febrero de 2011 el Concesionario presentó el EDI de las ONPA (R-143, pág. 1).
69. El 28 de octubre de 2011 el Concedente y el MTC firmaron el “Acta de Acuerdo para la Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales del Contrato de Concesión del Tramo 2 De IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma - La Oroya -



Huancayo y La Oroya - Dv. Cerro de Pasco” (C-012). En el Acta de Suspensión de Obligaciones, las Partes manifestaron que no había sido posible cumplir con las tres primeras condiciones establecidas en la Cláusula 6.10 del Contrato (entrega de las áreas de terreno necesarias, aprobación del EDI y del Impacto Ambiental para las ONPA y presentación del Programa de Ejecución de Obras) y que, por lo tanto, “*no es posible dar inicio a las Obras excepto las de la Puesta a Punto en los términos establecidos en la cláusula 6.10 del Contrato de Concesión*”. Las Partes acordaron “[s]uspender temporalmente por un plazo de 191 días calendario, la obligación del CONCESIONARIO contenida en la Cláusula 6.10 del Contrato de Concesión, referida al inicio de las Obras, excepto las de Puesta a Punto (...)” (C-012, Cláusula Primera).

70. La consecuencia del Acta de Suspensión de Obligaciones fue la ampliación del plazo de presentación del EDI de las ONPA desde el 24 de julio de 2011 hasta el 31 de enero de 2012. Mediante una serie de Adendas al Acta de Suspensión de Obligaciones se acordaron sucesivas prórrogas del plazo de suspensión de las obligaciones establecidas en la Cláusula 6.10 del Contrato, hasta el 9 de septiembre de 2014 (C-013).
71. Tras una serie de deliberaciones entre el Concesionario, MTC y OSITRAN en relación con un proyecto de adenda al Contrato y su fundamentación técnica, económica y financiera, el 13 de mayo de 2014 el MTC propuso al Concesionario dividir la Adenda que venían negociando en dos adendas separadas. El 20 de mayo de 2014 el Concesionario manifestó su conformidad con la suscripción de dos adendas, en aras de facilitar el inicio de las Obras.
72. El 1 de septiembre de 2014 las Partes suscribieron la “Primera Adenda al Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro” (“**Adenda N.º 1**”). El objeto de la Adenda N.º 1 fue la modificación del Contrato de Concesión a fin de permitir la aprobación parcial de los EDI de las Obras y, a tal efecto, se añadió al Contrato una nueva Cláusula 6.4.A (C-001, Cláusula Tercera).
73. El 29 de septiembre de 2014 el MTC ratificó la aprobación administrativa previa de 22 de agosto de 2012 del EDI de las ONPA, excluyendo la parte que correspondía a la Variante Huayllatupe (C-039).
74. El 10 de octubre de 2014 el MTC resolvió aprobar administrativamente el EDI de las OPA “*excluyendo los Estudios de Puntos Críticos y Puntos Vulnerables, cuya determinación se verá en Trato Directo (...)*” (C-038).

### **C. ADENDA N.º 2**

75. De acuerdo con la Cláusula 6.10.a) del Contrato, una de las condiciones para el inicio de las Obras ONPA era que se hubiera efectuado la entrega de las áreas de terreno necesarias para dar inicio a las Obras.
76. Como ya se ha señalado, el 27 de octubre de 2010 se entregaron al Concesionario las tres unidades de peaje existentes. Con posterioridad se procedió a la entrega

parcial de los terrenos al Concesionario en tres momentos distintos: el 22 de noviembre de 2012, el 31 de enero de 2013 y el 27 de enero de 2014 (C-138, ¶ 47).

77. El 12 de enero de 2015 las Partes suscribieron la “Segunda Adenda al Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro” (“**Adenda N.º 2**”). La Adenda N.º 2 tenía por objeto “*establecer la oportunidad y las condiciones para dar inicio y garantizar la correcta ejecución de las Obras, así como la entrada en operación de la nueva Unidad de Peaje*” (C-001, Cláusula Segunda).
78. La Adenda N.º 2 modificó las Cláusulas 3.9, 6.1, 6.11, 9.1, 9.4 y el Anexo XI del Contrato de Concesión, e incorporó las Cláusulas 6.4 B, 6.14 A y el Apéndice 6 del Anexo XII. Los efectos de dichas modificaciones fueron, entre otros, los siguientes:
  - 78.1. Las OPA se iniciarían, a más tardar, a los 30 días naturales desde la suscripción de la Adenda N.º 2 (Cláusula 3.4, que modificaba la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión);
  - 78.2. Se determinaron las ONPA que el Concesionario podía ejecutar teniendo en cuenta los terrenos ya entregados (Cláusula 3.2, que modificaba la Cláusula 6.1 del Contrato de Concesión y añadía un nuevo Apéndice 6 al Anexo XII, denominado “Relación General de Obras en Terrenos Entregados”). Las ONPA identificadas en el nuevo Apéndice 6 consistieron en dos óvalos, un puente peatonal y 15 ensanches de la plataforma. Se fijó un plazo máximo de 24 meses para ejecutar las ONPA indicadas, a contar desde la fecha de su inicio.
  - 78.3. En relación con las ONPA cuyos terrenos estaban pendientes de entrega por parte del Concedente, la Cláusula 3.2 de Adenda N.º 2 (que modificaba la Cláusula 6.1 del Contrato) estableció lo siguiente:

*“Las Obras faltantes -excepto las de Puesta a Punto-, contenidas en el Apéndice 5 del Anexo XII del Contrato de Concesión se ejecutarán en un plazo máximo de veinticuatro (24) meses desde la entrega de las áreas de terreno por el CONCEDENTE, pudiendo ejecutarse de manera parcial cuando el CONCEDENTE cumpla con entregar el 80% de las áreas de terreno faltantes o por acuerdo de las Partes”.*
  - 78.4. Se fijó la ubicación de la cuarta o nueva unidad de peaje en Ticlio (km 123+500 del subtramo Puente Ricardo Palma-La Oroya) y se acordó que “*entrará en operación una vez que las Obras a cargo del Concesionario, detalladas en el Apéndice 6 del Anexo XII del Contrato de Concesión hayan sido concluidas y recepcionadas por el Concedente*” (Cláusula 3.6, que modificaba la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión). El Apéndice 6 determinó las OPA y las ONPA que el Concesionario podía ejecutar en los terrenos ya entregados.

79. De este modo, la Adenda N.º 2 permitió dar inicio a las OPA y las ONPA a pesar de que aún no se habían entregado todos los terrenos y, además, estableció la ubicación y las circunstancias del inicio de la explotación del cuarto peaje en Ticlio.

**D. LA ACEPTACIÓN DE LAS OBRAS:**

80. El Concesionario inició las ONPA el 15 de noviembre de 2014 y las OPA el 11 de febrero de 2015. Cuando el Concesionario consideró que los trabajos de construcción habían concluido, inició el procedimiento contractual para la aceptación de las obras de la Concesión (Declaración Testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶¶ 39-41).

**1. La Solicitud de Aceptación y la Recepción Previa de OSITRAN**

81. Las Cláusulas 6.20 a 6.26 del Contrato de Concesión describen el procedimiento de aceptación de las Obras.
82. El procedimiento comienza con la recepción previa de OSITRAN y una solicitud del Concesionario dirigida al Concedente (Cláusula 6.20):

*“Cuando el CONCESIONARIO cuente con la recepción previa por parte del REGULADOR y supervisor luego de levantadas las observaciones, de determinadas obras parciales o totales, podrá solicitar al CONCEDENTE la aceptación total o parcial de dichas obras, cursando copia de la solicitud al REGULADOR. Para ello, la Obra deberá cumplir con todas las Especificaciones Técnicas indicadas en el Anexo XII del Contrato, en el Estudio Definitivo de Ingeniería aprobado y con todos los índices de servicio especificados en el Anexo I del Contrato”.*

83. El 17 de febrero de 2017 el Supervisor presentó a OSITRAN un informe denominado “Informe Especial Recepción Obras ONPA y OPA” (“**Informe Supervisor**”) (C-018), con las siguientes recomendaciones:
- 83.1. No recibir el Subtramo 1 de las Obras OPA, aduciendo que “*debe levantar observaciones*”;
- 83.2. Recibir el Subtramo 2 de las Obras OPA;
- 83.3. Recibir el Subtramo 3 de las Obras OPA;
- 83.4. “*Recibir obras ONPA que han sido culminadas de acuerdo al listado adjunto, con excepción de la Variante Túnel de Chacahuaro II. Las obras que no se ejecutaron, fue debido a que no han sido liberadas por problemas de predios, quedando pendiente la liberación de las mismas*”.
84. El 21 de febrero de 2017 el Concedente recibió de OSITRAN un oficio (con fecha 20 de febrero de 2017) relativo al asunto “Recepción Previa de las Obras Culminadas (OPA y ONPA) a cargo del Concesionario” (“**Recepción Previa**”).

**OSITRAN**) (C-014). El oficio hacía referencia al Informe Recepción de Obras y señalaba que (C-014; nota al pie omitida):

*“(…) luego de la revisión y evaluación del mencionado informe, de acuerdo a lo señalado en [la Cláusula 6.20 d]el Contrato de Concesión, se establece que dichas obras han sido concluidas y por lo tanto pasibles de ser recepcionadas, formulándose además observaciones a trabajos que no formando parte del EDI aprobado por el Concedente, merecen ser atendidas por su representada”.*

85. El 22 de febrero de 2017, mediante una carta con el asunto “Solicitamos aceptación total de Obras OPA y ONPA”, el Concesionario remitió al Concedente el oficio de OSITRAN de recepción previa y solicitó el nombramiento del “Comité de Aceptación de Obras en el plazo de cinco (5) Días conforme lo dispone la Cláusula 6.21 del Contrato de Concesión” (C-015). Efectivamente, la Cláusula 6.21 dispone que el Concedente nombrará un Comité de Aceptación de Obras en un plazo de cinco días. La Cláusula 6.21 señala a continuación que:

*“El Comité de Aceptación de Obras, en el plazo de treinta (30) Días, contados desde su nombramiento, dictaminará mediante el Acta de Aceptación de las Obras del Sub Tramo de la Concesión que correspondiere, si su ejecución se encuentra conforme a lo exigido en el Contrato y determinará la aceptación o rechazo de la Obra (...)”.*

86. El 1 de marzo de 2017 OSITRAN entregó al MTC el Informe Recepción de Obras (LN-02). El 3 de marzo de 2017 el MTC envió una solicitud de información a OSITRAN en la que señalaba que el Supervisor “no ha verificado el Sub tramo 1 por lo que recomienda no recibirlo” y solicitaba que “nos informe si es posible proceder a la recepción parcial de las Obras” (C-042).
87. El 9 de marzo de 2017 el Concesionario escribió al MTC manifestando que habían transcurrido más de cinco días desde su solicitud de aceptación de las obras y reiterando su petición relativa a “la inmediata conformación del Comité de Aceptación de Obras a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Cláusula 6.21 del Contrato de Concesión” (C-043).
88. El 14 de marzo de 2017 OSITRAN contestó al MTC adjuntando una carta del Supervisor de fecha de 13 de marzo de 2017 y explicó que en dicha carta el Supervisor había ratificado “que las obras se han concluido de acuerdo a lo establecido en el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI), manifestando que existen “observaciones” de su parte, las cuales no impiden realizar la recepción parcial de las obras, siendo competencia del Comité de Aceptación el ratificar o incorporar otras observaciones, según lo precisa la cláusula 6.22 del Contrato de Concesión” (C-017, nota al pie omitida; la carta del Supervisor también obra en el expediente como R-77).

89. El 21 de marzo de 2017 OSITRAN confirmó que las observaciones formuladas por el Supervisor no impedían proceder a la recepción parcial, “*siendo competencia del Comité de Aceptación ratificar o incorporar otras observaciones*” (LN-06).

## **2. La Aceptación de las Obras OPA y ONPA**

90. El 3 de abril de 2017 se nombró el Comité de Aceptación de las OPA (C-044). El 11 de mayo de 2017 se nombró el Comité de Aceptación de las ONPA (C-045).

### **(a) Subtramo 1 de las OPA:**

91. El 27 de julio de 2017 el Comité de Aceptación de las OPA emitió el Acta de Aceptación Parcial de Obras de Puesta a Punto del Subtramo 1 km 98+900 al km 173+657 (con observaciones), en la que concluía que en “*función a lo observado en campo y lo señalado en la presente acta el Comité de Aceptación de Obras concluye que existen observaciones que deben ser subsanadas por el Concesionario y se le otorga un plazo de 60 Días de conformidad con la cláusula 6.22 del Contrato de Concesión*” (C-051).
92. El 17 de octubre de 2017 el Comité de Aceptación de las OPA emitió el Acta de Aceptación Parcial de Obras de Puesta a Punto del Subtramo 1, km 98+900 al km 173+657, que daba por aprobado el levantamiento de observaciones a las Obras de Puesta a Punto (R-105).
93. El 19 de enero de 2018 el Comité de Aceptación de las OPA emitió el Acta de Aceptación Parcial de Obras de Puesta a Punto del Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900 (con observaciones), en la que concluía que en “*función a lo observado en campo y lo señalado en la presente acta el Comité de Aceptación de Obras concluye que existen observaciones que deben ser subsanadas por el Concesionario y se le otorga un plazo de 45 Días de conformidad con la cláusula 6.22 del Contrato de Concesión*” (C-050).
94. El 28 de febrero de 2018 el Comité de Aceptación de las OPA emitió el Acta de Aceptación Parcial de Obras de Puesta a Punto del Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900, que dio por aprobado el levantamiento de observaciones de las obras OPA de dicho tramo (C-145).

### **(b) Subtramos 2 y 3 de las OPA:**

95. El 4 de mayo de 2017 el Comité de Aceptación de las OPA emitió el Acta de Recepción Parcial de Obras de Puesta a Punto (Subtramos 2 y 3) (con observaciones) (C-047). El Acta concluía:

*“En función a lo observado en campo y lo señalado en la presente acta y la ausencia de información oficial por parte de la Supervisión de la medida de la rugosidad (IRI) y la evaluación estructural (Deflectometría), no está sustentado su cumplimiento de los Niveles de Servicio de los Sub tramos II y III.*”

*El Comité de Aceptación de Obra, luego de la Inspección Ocular de los Sub Tramos II y III da por Aprobada con Observaciones los Sub tramos II y III, las mismas que deberán ser levantadas según el procedimiento y demás condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en el plazo de 30 Días”.*

96. El 27 de julio de 2017 el Comité de Aceptación emitió el Acta de Aceptación de Obras de Puesta a Punto de los Subtramos 2 y 3, que dio por aprobado el levantamiento de observaciones de las obras OPA en relación con dichos tramos (R-094).

**(c) ONPA**

97. El 23 de junio de 2017 el Comité de Aceptación de las ONPA emitió el Acta de Recepción Parcial de Obras de No Puesta a Punto (Subtramos 1, 2 y 3) (con observaciones), en la que concluía que las observaciones deberían *“ser levantadas según el procedimiento y demás condiciones establecidos en el Contrato de Concesión, en el plazo de 45 Días”* (C-052).
98. El 19 de diciembre de 2017 el Comité de Aceptación de las ONPA emitió el Acta de Aceptación Parcial de Obras de No Puesta a Punto (Subtramos 1, 2 y 3), que dio por aceptado el levantamiento de observaciones de las ONPA (C-019).

**3. El Fenómeno del Niño Costero**

99. Desde la última semana del mes de diciembre de 2016 y hasta abril de 2017, tuvo lugar en Perú el fenómeno meteorológico denominado “Fenómeno del Niño Costero”. Mediante Decreto Supremo 007-2017-PCM, de fecha 27 de enero de 2017, el Estado declaró el estado de emergencia por desastre como consecuencia de intensas precipitaciones pluviales en diversos distritos del país.
100. Mediante Carta de fecha 7 de febrero de 2017 el Concesionario solicitó la suspensión de las obligaciones contractuales referidas al tiempo de espera en cola y a la restitución de la transitabilidad parcial y total debido a los efectos de las intensas lluvias (C-046, carta de 19 de abril de 2017, ¶ 2). De acuerdo con la Cláusula 17 del Contrato, si una de las partes no puede cumplir sus obligaciones derivadas del Contrato debido a un evento de fuerza mayor o caso fortuito, dicha parte deberá enviar a la otra parte y al Regulador (OSITRAN) una notificación por escrito *“dando las razones del incumplimiento, detalles de tal evento, la obligación o condición afectada, el periodo estimado de restricción total o parcial de sus actividades y el grado de impacto previsto (...) Corresponderá al REGULADOR declarar la suspensión de la Concesión, de conformidad con las Normas Regulatorias”* (Cláusula 17.2).
101. Mediante Resolución de fecha 31 de marzo de 2017, OSITRAN declaró procedente la suspensión de obligaciones solicitada por DEVIANDES, señalando que dicha suspensión se extendería desde el 15 de enero de 2017 hasta el 30 de marzo de 2017 (C-046, carta de 19 de abril de 2017, ¶¶ 1-4).

102. El 23 de marzo de 2017 el Concesionario solicitó la ampliación de su solicitud de suspensión a otras obligaciones contractuales. El plazo de aplicación de esta segunda suspensión solicitada por DEVIANDES se extendería hasta el 15 de mayo de 2017 (C-046, carta de 19 de abril de 2017, ¶ 3).
103. El 19 de abril de 2017 el Concesionario solicitó la suspensión de la obligación establecida en la Cláusula 6.20 del Contrato “**según la cual para la aceptación las Obras éstas deben cumplir con todas las Especificaciones Técnicas indicadas en el Anexo XII del Contrato de Concesión, en el Estudio Definitivo de Ingeniería y con todos los índices de servicio especificados en el Anexo I del Contrato de Concesión, considerando que esa obligación no resulta exigible para DEVIANDES respecto de aquellos lugares específicos que han sido afectados por el Evento (...)**” (C-046, ¶19.1; énfasis original).
104. El 15 de junio de 2017 OSITRAN declaró la suspensión solicitada en relación con el Subtramo 1, km 38+306 al km 98+720, desde el 1 de junio de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2017 (C-049). De acuerdo con el artículo 2 de la Resolución de OSITRAN (C-049, pág. 3):

*“Artículo 2º.- La suspensión otorgada no implica que se acepte las obras en los sectores afectados (sub tramo 1), la misma que, de acuerdo a la cláusula 6.20 del contrato de concesión, deberá ser aceptada cuando éstas cumplan con las Especificaciones Técnicas indicadas en el Anexo XII del Contrato, en el Estudio Definitivo de Ingeniería probado [sic] y con todos los índices de servicio especificados en el Anexo I del Contrato de Concesión, aspectos que tendrán que ser corroborados por el Comité de Recepción en su debida oportunidad”.*

## **E. EL NUEVO PEAJE EN TICLIO**

### **1. La oposición a la nueva unidad de peaje en Ticlio**

105. El 12 de enero de 2015, se firmó la Adenda N.º 2 del Contrato, que fijó la ubicación del cuarto peaje en Ticlio y autorizó el cobro de una tarifa de un dólar con cincuenta centavos (1,50 USD) a partir de la fecha de inicio de su explotación (C-001, ¶ 3.6 y ¶ 3.7).
106. La perspectiva de un nuevo peaje en Ticlio produjo descontento entre distintos usuarios de la Carretera. Esta región ya tenía antecedentes de tensión social y era “*un asunto de conocimiento público*” que la población utilizaba el bloqueo de la Carretera Central como medida de presión ante cualquier reivindicación social en la zona (Declaración testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto, ¶¶ 88-90):
107. La Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (“**DGASA**”) del MTC fue la encargada de diseñar una estrategia de intervención para hacer frente a la coyuntura planteada por la instalación del peaje de Ticlio (R-061). Un informe de DGASA de 20 de octubre de 2017 concluyó (R-104, ¶¶ 3.3-3.5):

*“3.3. Se ha podido evidenciar una fuerte oposición a la instalación del peaje de Ticlio por parte de la Cámara de Comercio de Huancayo y el Gobierno Regional de Junín quienes manifiestan que en primer lugar debe resolverse el problema de la transitabilidad de la carretera central. Cabe resaltar que ambos actores poseen un alto nivel de capacidad de movilización.*

*3.4. La Municipalidad Provincial de La Oroya, la Municipalidad Provincial de Huancayo y el Frente Único de Transportistas Unidos de Yauli La Oroya presentan una posición más dialogante en relación a la instalación del peaje en Ticlio, quienes consideran que previo a la instalación de un nuevo peaje debe abrirse un espacio de diálogo en el que participe el sector así como también la Concesionaria, sociedad civil y autoridades, en aras de abordar y dar solución a las diversas problemáticas identificadas.*

*3.5. La mayoría de los actores entrevistados han manifestado que no existirían canales adecuados de comunicación con la Concesionaria, lo que genera desinformación en la población sobre los trabajos que se realizan en la concesión, así como también una percepción negativa sobre el desempeño de la Concesionaria”.*

108. El 23 de octubre de 2017 tuvo lugar un encuentro entre el Concesionario y el Ministro de Transportes y Comunicaciones, D. Bruno Giuffra, en el que, entre otros asuntos, se abordó el problema del inicio de la explotación del peaje de Ticlio. Un *email* interno del Concesionario de dicha fecha resumía las conversaciones mantenidas sobre el particular, en los siguientes términos (C-227):

*“Después que el Concesionario manifestará [sic] la demora en la aceptación de Obras, y también lo que representa el ingreso del peaje Ticlio financieramente para Deviandes, el Ministro indicó que ante la coyuntura social que se pudiera presentar por la instalación de una nueva unidad de peaje, se hace necesario evaluar la posibilidad de no instalar el peaje Ticlio y aumentar el peaje en la [sic] unidades de peaje existentes a efectos no generar esa presión social.*

*Ante lo cual, el Concesionario indicó remitir el análisis del incremento del peaje en las unidades de peaje existentes”.*

109. El Concesionario y el Ministro Giuffra volvieron a reunirse el 11 de diciembre de 2017 *“en donde el único tema de conversación fue la suspensión de la entrada en operación del Peaje de Ticlio”* (Declaración testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto, ¶ 121).
110. El 18 de enero de 2018 tuvo lugar una reunión entre el MTC y el Concesionario. En relación con la suspensión del inicio de la explotación del peaje de Ticlio, las Partes analizaron la posibilidad de conseguir la suspensión mediante la declaración



de un evento de fuerza mayor por parte del Regulador, así como la forma en que debería formularse la solicitud a este último y las cuestiones relativas a la indemnización que debería recibir el Concesionario (C-243; Declaración testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶¶ 122-126; Declaración Testimonial de D. Gian Carlos Silva Ancco, ¶ 13).

111. En la citada reunión se abordó asimismo el tema de la publicación del tarifario. El resumen de la reunión (preparado por el Concesionario y distribuido a los participantes en la reunión) señala lo siguiente (C-243 y C-244):

*“Si la aceptación de Obra se realiza el viernes 19, el lunes 22 DEVIANDES realizaría la publicación del tarifario y remitiría comunicación a OSITRAN. DEVIANDES publicaría el miércoles 24 (...)”.*

112. El 19 de enero de 2018 la última parte de las Obras (Obras OPA, Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900) fue aceptada con observaciones y se otorgó al Concesionario un plazo de 45 días para su levantamiento (C-050).
113. El 23 de enero de 2018, en las instalaciones de la Municipalidad Provincial de Yauli – La Oroya, se reunieron representantes del MTC, DGASA, el Concesionario, OSITRAN, diversas autoridades de la Provincia de La Oroya y distintos transportistas, entre otros; asimismo, mediante Acta de la Reunión de esa misma fecha, el público asistente dejó constancia de su oposición a la instalación de la Unidad de Peaje de Ticlio, manifestando que no permitirían su instalación y explotación (C-226, ¶ 1.13; R-111).
114. Entre el 19 de enero y el 6 de febrero de 2018, el MTC, OSITRAN y el Concesionario mantuvieron varias reuniones (Declaración testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶¶ 127-129; Declaración testimonial de D. Gian Carlos Silva Ancco, ¶¶ 14-23; Segunda declaración testimonial de D. Gian Carlos Silva Ancco, ¶¶ 7-17; C-021), de las que el Tribunal extrae las siguientes conclusiones:
- 114.1. Uno de los asuntos tratados que, al parecer, quedó sin resolver, fue el de determinar si OSITRAN podía declarar un evento de fuerza mayor basándose en un evento que aún no se había producido. Ante las dudas suscitadas sobre este punto, las Partes se plantearon la posibilidad de firmar un acuerdo o una adenda al Contrato para suspender la explotación y el cobro del peaje de Ticlio.
- 114.2. La opción de llegar a un acuerdo llevaba aparejada la necesidad de iniciar los correspondientes procedimientos administrativos, con el coste de tiempo que ello suponía. Tanto el retraso como la incertidumbre podrían afectar negativamente a la financiación del Concesionario.
- 114.3. Las prioridades de las Partes durante las negociaciones eran bien distintas. Así, la prioridad del MTC era la de evitar una crisis social mediante la suspensión de la explotación y el cobro del Peaje de Ticlio, mientras que

la prioridad del Concesionario era determinar la indemnización a la que tendría derecho por los ingresos no percibidos como consecuencia de la falta de cobro del Peaje de Ticlio.

- 114.4. Para el Concesionario, lo más urgente era determinar lo antes posible sus derechos de indemnización. Para el Concedente, en cambio, lo más perentorio era evitar una crisis social.
115. El 5 de febrero de 2018, el Concedente remitió al Concesionario un borrador del acuerdo de suspensión de las obligaciones contractuales vinculadas a la explotación y el cobro del Peaje de Ticlio (C-021, Anexo 1; Declaración Testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶ 130).
116. El 6 de febrero de 2018, durante una reunión entre el Concesionario y el MTC, el Concesionario manifestó su rechazo a la propuesta de acuerdo conjunto de suspensión de obligaciones *“pues, en la medida que no se estaban definiendo mecanismos adecuados de compensación económica al Concesionario [sic], el MTC no estaba garantizando la conservación de la estructura financiera con la que fue concebido el Contrato de Concesión y con la que DEVIANDES logró el cierre financiero del Proyecto ante sus acreedores”* (Declaración Testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶ 131).

## **2. La declaración de un evento de fuerza mayor**

117. El 12 de febrero de 2018 el MTC solicitó a OSITRAN *“la declaración de fuerza mayor y suspensión de obligaciones relacionadas con la entrada en operación de la nueva Unidad de Peaje de Ticlio y el correspondiente inicio del cobro del peaje”* (C-065).
118. OSITRAN también había recibido del Concesionario copias de su reciente correspondencia enviada al Concedente, como una carta (carta 2018-10-0186, C-022) en la que afirmaba que *“(…) por medio de la presente nos vemos obligados a activar el mecanismo previsto en la Cláusula 9.1 de nuestro Contrato de Concesión por el evento o protesta social (...)”*.
119. En un informe interno de fecha 15 de febrero de 2018 (C-066, ¶ 5.1 y ¶ 5.3), OSITRAN concluyó que:
- “5.1. Ha quedado acreditada la causal invocada por el Concesionario, respecto a que los hechos ocurridos califican como un evento de fuerza mayor, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) de la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión, por lo que consideramos procedente la suspensión de obligaciones solicitada por el Concesionario.*
- 5.3. Que el Concedente tiene la obligación de restablecer el orden social para que el Concesionario pueda dar cumplimiento de sus obligaciones referidas a la instalación del peaje y cobro de*

*la tarifa, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión”.*

120. El informe aclaraba el motivo por el cual las obligaciones contractuales quedaban afectadas (C-066, ¶ 5.4), en los siguientes términos:

*“Rotunda oposición a la Construcción de la Unidad de Peaje Ticlio y al cobro del mismo Alcalde de la Municipalidad Provincial de Yauli-La Oroya, los dirigentes de transportes y más de 100 personas, obstruyeron la construcción de la Unidad de Peaje Ticlio”.*

121. El informe identificaba asimismo las obligaciones afectadas (C-066, ¶ 5.4):

*“Las cláusulas 6.1; 8.12; 9.1.; 9.2.; 9.3; 9.4; referidas a la entrada en operación de la nueva Unidad de Peaje Ticlio.*

*Se suspendan los niveles de servicio vinculados a la operación del peaje de Ticlio”.*

122. El 15 de febrero de 2018 OSITRAN emitió la resolución N.º 00008-2018-GSF-OSITRAN (C-066), que se transcribe a continuación:

**“SE RESUELVE:**

*Artículo 1º.- Declarar que los eventos señalados por la empresa Concesionaria DESARROLLO VIAL DE LOS ANDES S.A.C. --DEVIANDES corresponden ser calificados como eventos o hechos de fuerza mayor en el marco del Capítulo XVII del Contrato de Concesión; conforme al sustento contenido en el Informe N° 0515-2018-JCRV-GSF-OSITRAN elaborado por la Jefatura de Contrato de la Red Vial.*

*Artículo 2º.- Notificar la presente Resolución a la entidad prestadora Concesionaria DESARROLLO VIAL DE LOS ANDES S.A.C. --DEVIANDES, adjuntando copia del Informe N° 00515-2018-JCRV-GSFOSITRAN; y, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.*

*Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe)”.*

123. El 18 de mayo de 2018 OSITRAN prorrogó la suspensión de obligaciones por un plazo adicional de noventa días naturales (C-075). A partir de ese momento, OSITRAN ha prorrogado la suspensión de forma periódica.

### 3. La publicación del tarifario del peaje de Ticlio

124. El 6 de febrero de 2018 el Concesionario publicó en el Diario Ojo, Edición de Lima, en el Diario Correo, Edición de Huancayo y en el Diario Trome las tarifas de peaje que se aplicarían a partir del 20 de febrero de 2018 en la Unidad de Peaje de Ticlio (C-056; C-057 y C-058).
125. Inmediatamente después de la publicación del tarifario empezaron a convocarse distintas manifestaciones. El 7 de febrero de 2018 el MTC comunicó al Concesionario su conocimiento *“de la convocatoria para el Cierre de Vías y marcha en la Carretera Central promovida por el Alcalde Provincial de Yauli - La Oroya, en protesta por la entrada en la operación y cobro del Peaje Ticlio, lo cual fue originado por la publicación del tarifario del Peaje Ticlio (...)”*. La carta señalaba que la publicación del tarifario *“ha terminado por exacerbar a la población opositora a la operatividad y cobro de dicho Peaje”* e instaba al Concesionario a reanudar las negociaciones del acuerdo de suspensión de obligaciones contractuales (C-021, subrayado original):
- “Por lo expuesto, y en aras de evitar un conflicto social en dicha zona con serias consecuencias sociales, se reitera la disposición de esta Dirección General para implementar la Suspensión de Obligaciones Contractuales del Concesionario vinculadas a la operatividad y cobro del Peaje Ticlio, por Acuerdo entre las Partes, acorde con lo solicitado inicialmente por su representada.*
- Finalmente, se solicita que a la mayor brevedad posible y con carácter de urgencia, manifieste su disposición respecto de la suspensión de obligaciones contractuales por mutuo acuerdo, para lo cual se remite el proyecto de acta de acuerdo que contiene los términos generales previamente convenidos”*.
126. El 7 de febrero de 2018 el Ministerio del Interior emitió un protocolo de alerta dirigido a las policías regionales, la Dirección General de Gobierno Interior, la Prefectura Regional de Junín, Huánuco y Pasco y otras autoridades interesadas, en el que alertaba a estas de *“que el caso tiene una alta tendencia a escalar y llegar a crisis ya que se podrían dar acciones de fuerza para evitar la instalación del peaje en Ticlio, pudiéndose ocasionar daños a la infraestructura así como bloqueos en la carretera central”* (AR-01).
127. El 8 de febrero de 2018 el Concejo Municipal de la Municipalidad Provincial de Yauli - La Oroya emitió un pronunciamiento, dirigido al Presidente, a los Congresistas de la República y al MTC en el que rechazaba *“la Instalación del nuevo peaje en Ticlio tal como lo ha anunciado la concesionaria DEVIANDES”* (R-115). Ese mismo día hubo una manifestación de protesta en la Unidad de Peaje en Ticlio. De acuerdo con el informe de Deviandes sobre la citada manifestación (C-020):

*“Al promediar las 12:00 horas del día 08 de febrero de 2018, aproximadamente 100 personas se apersonaron a la Unidad de Conteo Casapalca (Nueva Unidad de Peaje Ticlio) amenazando a los trabajadores de DEVIANDES, paralizando el tránsito vehicular y exigiendo la presencia de un representante de DEVIANDES, de lo contrario, quemarían las maquinarias existentes en la zona (2 mini cargadores y una excavadora).*

*Los manifestantes expresaron su rotunda oposición al cobro del nuevo peaje de Ticlio, amenazando que si DEVIANDES insiste en su instalación y cobro regresarían y tomarían medidas extremas de fuerza, indicando al personal administrativo que se retiren de la unidad de peaje”.*

...

*Transcurrido una hora y con los presencia de la policía se pudo disuadir a los manifestantes, ofreciendo que el representante de DEVIANDES se reunirá con ellos y que la reunión se realizaría en el focal comunal de San Mateo”.*

128. El 8 de febrero de 2018 el Concesionario envió al MTC su informe sobre la manifestación y declaró que (carta 2018-10-0186; C-022):

*“(…) por medio de la presente nos vemos obligados a activar el mecanismo previsto en la Cláusula 9.1 de nuestro Contrato de Concesión por el evento o protesta social antes indicada en la que, con la finalidad de que no se realice la operación de la nueva unidad de peaje en Ticlio, se ha amenazado a nuestra empresa, funcionarios, trabajadores, instalaciones y Bienes de la Concesión.*

*El evento del 08 de febrero último debe ser calificado como uno de Fuerza Mayor, pues se trató de un suceso completamente fuera del control razonable de DEVIANDES, además de (...) imprevisible, irresistible y extraordinario (...).”.*

129. El 9 de febrero de 2018 un informe del MTC sobre el conflicto social desencadenado por la instalación de la Unidad de Peaje de Ticlio hizo hincapié en el alto grado de intensidad del conflicto y concluyó (R-116, ¶ 3.1-3.3; énfasis original):

*“3.1. A febrero 2018, existe un conflicto social manifiesto por la instalación de la Unidad de Peaje de Ticlio, el cual se ve reflejado en la oposición expresada por parte de los transportistas, autoridades provinciales, regionales y sociedad civil de la región Junín, especialmente en la provincia de Yauli - La Oroya. Por ello, la puesta en operación de la Unidad de Ticlio constituye un altísimo potencial de riesgo social que decantará en la alteración del orden*

*público y pondrá en riesgo la gobernabilidad del país, tal como se ha apreciado en casos similares en los cuales se llegó a una crisis en la que se evidenció actos de violencia (enfrentamiento y heridos).*

*3.2. La instalación de la Unidad de Peaje Ticlio conllevará a que los actores, como ya lo manifestaron en el Acta del 08.02.2018, **realicen un paro regional con bloqueo de la carretera central. Este hecho afectará de manera directa derechos fundamentales de las personas, generando pérdidas materiales, además de daños a los bienes públicos y privados**, dado que el bloqueo se realizará por un tiempo indefinido y será usado como medida recurrente por parte de los actores opositores.*

*3.3. Dada la conflictividad social existente, se concluye que **no existen las condiciones sociales** para garantizar la puesta en operación de la Unidad de Peaje Ticlio por parte de la Concesionaria DEVIANDES S.A. en la Concesión IIRSA Centro Tramo 2. Por lo que se hace necesario se evalúen otras alternativas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Concesionaria”.*

130. El 10 de febrero de 2018, el MTC recibió una carta del Concesionario (2018-10-0170, de fecha 7 de febrero de 2018) en la que este le informaba de que, a raíz de la publicación de la tarifa de la Unidad de Peaje de Ticlio, los medios de comunicación habían empezado a publicar en medios y redes sociales diversos avisos sobre la posibilidad de que se produjeran protestas sociales, por lo que instaba al Concedente a proteger el derecho económico adquirido por el Concesionario (C-064).

#### **4. La decisión de eliminar la Unidad de Peaje de Ticlio**

131. El 15 de febrero de 2018 se anunció que la Viceministra de Comunicaciones, D.<sup>a</sup> Virginia Nakagawa, en representación del titular del sector, D. Bruno Giuffra, había participado en la sesión extraordinaria de la Comisión de Transportes y Comunicaciones ante el Congreso de la República. “*Nakagawa enfatizó que se busca alcanzar una solución dentro de un proceso de diálogo con las partes involucradas y dentro de un marco de absoluta transparencia. En esa medida, solicitó a la empresa Deviandes que presente su propuesta de adenda para eliminar dicho peaje en forma definitiva (...)*” (C-068).
132. El 20 de febrero de 2018, D. Pedro Pablo Kuczynski, Presidente de Perú, declaró públicamente que “*hay una falta de inteligencia en cobrar peaje en esta zona*” y que había solicitado al Ministro de Transportes “*que se cambie tal situación, por lo que anunció que se conversará con el concesionario Deviandes*” (C-072; C-071). La prensa interpretó estas declaraciones como una decisión de “eliminar” o “anular” el peaje de Ticlio (C-071; C-247).

133. El 23 de febrero de 2018 se celebró una reunión entre el Viceministro de Transportes, distintos representantes del Gobierno Regional de Junín, alcaldes de la zona y transportistas de La Oroya, en la que se abordó el asunto de la instalación del peaje de Ticlio. Tanto las autoridades como los transportistas reiteraron su oposición a la instalación de dicho peaje (R-135, ¶ 2.2).
134. El 6 de marzo de 2018 “se llevó a cabo una reunión entre el Ministro de Transportes y Comunicaciones, el Viceministro de Transportes, representantes del Gobierno Regional de Junín, Alcaldes Provinciales de Yauli - La Oroya, Junín, Jauja y Chupaca, Presidente de la Cámara de Comercio de Huancayo, el Presidente del Frente de Transportistas de Yauli - La Oroya y el Presidente de la Asociación de Transportistas de Huancayo, en esta el Ministro anunció que el cuarto peaje (Ticlio) no se instalará de manera definitiva y que se viene realizando las coordinación con DEVIANDES S.A. y OSITRAN a fin de dar solución definitiva dentro del marco legal, sin perjuicio a la población. Asimismo, se hizo de conocimiento que no encarecerán los otros peajes de DEVIANDES S.A” (R-135, ¶ 2.2, énfasis original).
135. El 8 de marzo de 2018 un informe del MTC concluyó (R-135, ¶ 3.4) que:

*“Dada la conflictividad social existente, se concluye que siguen sin existir las condiciones sociales para garantizar la puesta en operación de la Unidad de Peaje Ticlio en el Tramo 2 de IIRSA Centro. Por lo que se hace necesario que se evalúen otras alternativas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Concesionaria”.*

136. En agosto de 2018, el MTC comunicó a OSITRAN (R-130) que:

*“(…) [el MTC] ha llevado a cabo diversas reuniones con los actores opositores a la implementación y cobro del Peaje en la Unidad de Peaje en Ticlio, a fin de continuar con la sensibilización social de dicho entorno. Entre otras acciones adoptadas, viabilizó la reinstalación del Comité Técnico de la Carretera Central a fin de evaluar propuestas técnicas para mejorar la transitabilidad en la Carretera Central.*

*No obstante ello, se debe informar, que en opinión de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (DGASA), (...) no existen condiciones sociales para garantizar la puesta en operación de la citada Unidad de Peaje; es decir, para su instalación, así como tampoco para su reubicación o modificación”.*

#### IV. LOS PETITORIOS DE LAS PARTES

137. La Demandante solicita lo siguiente (Memorial de Réplica, ¶ 674; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 366):

*“674. Por las razones expuestas, DEVIANDES reitera su solicitud al Tribunal Arbitral de dictar un laudo que resuelva lo siguiente:*

*1. Que declare que Perú ha incumplido con sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión, Contrato de Garantía y la ley peruana, en particular:*

*1.1. Su obligación de respetar el procedimiento para constituir el Comité de Aceptación de Obras;*

*1.2. Su obligación de agotar los esfuerzos para restablecer el orden social;*

*1.3. Su obligación de asumir los montos dejados de recaudar por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio.*

*2. Ordene a Perú al pago de una indemnización por el incumplimiento de Perú respecto de su obligación de respetar el procedimiento para constituir el Comité de Aceptación de Obras, conformado por:*

*2.1. Los ingresos no percibidos por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio del 28 de mayo de 2017 al 19 de febrero de 2018, por un monto ascendente a S/ 24,110,582, por el diferimiento de la activación del derecho de explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio debido al retraso en la aceptación de Obras por la ocurrencia del Fenómeno del Niño Costero durante el período en que Perú se encontraba en mora del acreedor por su incumplimiento de conformar el Comité de Aceptación de Obras.*

*2.2. Los mayores costos por la extensión de la vigencia de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras del 28 de abril de 2019 al 28 de febrero de 2020, ascendente a S/ 1,183,311, más los intereses que correspondan.*

*3. Que ordene a Perú al pago de una indemnización equivalente a los ingresos no percibidos por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio del 20 de febrero de 2018 al 20 de agosto de 2018, por un monto ascendente a S/ 16,939,022, por la privación del ejercicio del derecho de explotación en la Unidad de Peaje de Ticlio, derivada del incumplimiento de Perú respecto de su obligación de agotar los esfuerzos para restablecer el orden social y permitir el cobro de la*



*Tarifa de Peaje y/o del abuso del derecho y el quebrantamiento de la buena fe por parte de Perú al utilizar el período de seis meses de restablecimiento del orden social con el propósito de eliminar la Unidad de Peaje en Ticlio.*

*4. Que ordene a Perú al pago de los montos dejados de recaudar por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio desde el 21 de agosto de 2018 en adelante, conformados por:*

*4.1. Los montos dejados de recaudar por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio desde el 21 de agosto de 2018 hasta la fecha de emisión del laudo, importe que al 30 de septiembre de 2021 (fecha de cierre a la presentación del Memorial de Réplica), asciende la suma de S/ 107,037,635, en virtud de la obligación prevista en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión.*

*4.2. Los montos que deje de recaudar DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio desde la fecha de emisión del laudo indicada en el numeral 4.1 precedente hasta (i) que Perú permita y garantice a DEVIANDES el ejercicio del derecho de explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio de forma efectiva, pacífica y continua; o (ii) el término de la Concesión. En cualquier caso, el Tribunal también debe ordenar que estos montos deben ser pagados máximo a los quince (15) días calendario siguientes a que DEVIANDES presente a Perú (a través del MTC) la correspondiente liquidación mensual de los montos, calculados en función de la Tarifa de Peaje aplicada sobre la cantidad de vehículos livianos y sobre la cantidad de ejes de vehículos pesados que circulan por la Unidad de Peaje en Ticlio.*

*5. Que ordene a Perú el pago de una indemnización por los daños sufridos por DEVIANDES por efecto de la pérdida del valor de la Concesión hasta la fecha efectiva de pago por parte de Perú por el diferimiento del ejercicio efectivo del derecho de Explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio, la que consistirá en la aplicación de la tasa de CPPC del proyecto a los montos que resulten de lo reclamado en los numerales 2.1, 3 y 4.1 precedentes, monto que asciende al 28 de octubre de 2021 a S/ 33,211,531, pero que deberá actualizarse a la fecha en la que Perú efectivamente pague el laudo de este arbitraje.*

*5.1. Como pretensión subordinada, esto es, en caso el Tribunal Arbitral desestime la pretensión 5: Que ordene a Perú el pago de una indemnización por los referidos daños consistente en los montos que resulten de lo reclamado en los numerales 2.1, 3 y 4.1. precedentes aplicando la tasa de interés del*

*Endeudamiento Garantizado Permitido aprobado por Perú, equivalente a Libor más 6%.*

*5.2. Como pretensión residual, esto es, en caso el Tribunal Arbitral desestime las pretensiones 5 y 5.1: Que ordene a Perú el pago de los montos dejados de recaudar que resulten de lo reclamado en los numerales 2.1, 3 y 4.1 aplicándoles alguna de las siguientes tasas de interés alternativas:*

- a. La tasa de rendimiento del bono peruano o, en su defecto,*
- b. La tasa de interés legal publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones de Perú.*

*6. Que ordene a Perú el pago de una indemnización equivalente a S/ 9,832,804, por los daños sufridos por DEVIANDES por la pérdida del valor de la Concesión por el mayor riesgo del proyecto.*

*7. Que declare que DEVIANDES no está obligada a recibir los terrenos necesarios para la ejecución de las ONPA faltantes ni a ejecutar las ONPA faltantes, así como que Perú no podrá imputarle incumplimiento alguno ni aplicarle sanción alguna por ello, en tanto Perú:*

*7.1. No haya cumplido previamente con pagar los montos ordenados por el Tribunal Arbitral en el laudo; y,*

*7.2. No haya cumplido previamente con garantizar el ejercicio efectivo, pacífico y continuo del derecho de explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio o no haya cumplido previamente con pagar los montos que deje de recaudar DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio en función de la liquidación mensual correspondiente presentada por DEVIANDES.*

*8. Que ordene a Perú al pago de todos los gastos y costas relacionadas a este arbitraje.*

*9. Se otorgue cualquier otro remedio que el Tribunal Arbitral estime pertinente.*

*10. DEVIANDES se reserva el derecho a ampliar sus argumentos, a reclamar y/o actualizar cualquier otro costo y/o daño asociado a la falta de entrada de operación de la Unidad de Peaje en Ticlio”.*

138. Con fecha 31 de octubre de 2022, la Demandante actualizó sus reclamaciones en su Escrito Posterior a la Audiencia.

139. La Demandada, a su vez, solicitaba lo siguiente (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 844; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 438):

*“844. Por todo lo expuesto, el Perú solicita al Tribunal emitir un laudo que:*

*a.) Declare que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre el Perú ni competencia sobre las reclamaciones en su contra, debido a que la Demandante no cumple el requisito de nacionalidad;*

*b.) Si considera que no hay lugar a la petición anterior, acoja las excepciones jurisdiccionales consignadas en las **Secciones III.A y III.B**, y declare que no tiene competencia para conocer y resolver sobre los reclamos fundados en (i) supuestas violaciones al procedimiento para constituir el Comité de Aceptación de Obras y (ii) en la alegación de no haber agotado esfuerzos para restablecer el orden social;*

*c.) Si decide que tiene jurisdicción sobre los antedichos reclamos, declare que el Perú no ha incumplido el Contrato ni está obligado al pago de compensación alguna motivada en (i) supuestas violaciones al procedimiento para constituir el Comité de Aceptación de Obras y (ii) en la infundada alegación de no haber agotado esfuerzos para restablecer el orden social;*

*d.) Rechace todos los demás reclamos de DEVIANDES con perjuicio;*

*e.) Rechace la totalidad de los daños reclamados por DEVIANDES;*

*f.) Declare que el riesgo asumido por el Concedente de conformidad con las Cláusulas 9.1 del Contrato y 17.4 del Contrato, se limita a los 90 días posteriores a los seis meses contados a partir de la declaración de fuerza mayor;*

*g.) Alternativamente, modere y reduzca la prestación atribuida al Perú por la Cláusula 9.1, de manera tal que (i) se limite la obligación en el tiempo, teniendo en cuenta el plazo de 90 días posteriores a los 6 meses considerado en la Cláusula 17.4 del Contrato; o, si tal parámetro no fuere aceptado por el Tribunal, (ii) se reduzca el monto de la prestación de manera que se mantengan los niveles de rentabilidad de la concesión considerados por las partes al momento de contratar;*

*h.) Ordene a DEVIANDES: (i) ejecutar las Obras de Puesta a Punto de puentes vehiculares no ejecutadas por el Concesionario de acuerdo con la reconvencción presentada en la **Sección VI.A**; o (ii) subsidiariamente, en caso de que DEVIANDES rechace llevar a*

*cabo la ejecución de dichas Obras, a indemnizar al Perú por los perjuicios causados por su incumplimiento contractual;*

*i.) Declare que DEVIANDES está obligada a recibir los terrenos necesarios para la ejecución de las ONPA faltantes y a ejecutar las ONPA faltantes;*

*j.) Declare que DEVIANDES ha incumplido con sus obligaciones contractuales de acuerdo con la reconvencción presentada en la **Sección VI.B**;*

*k.) Ordene a DEVIANDES: (i) ejecutar las ONPA faltantes en la medida en la que los terrenos necesarios para la ejecución de dichas ONPA sean entregados al Concesionario; o (ii) subsidiariamente, en caso de que DEVIANDES rechace llevar a cabo la ejecución de las ONPA faltantes, a indemnizar al Perú por los perjuicios causados por su incumplimiento contractual.*

*l.) Si considera que ni la petición f.) ni la petición g.) son procedentes, declare resuelto el Contrato de Concesión, retrotrayendo los efectos de tal declaración al día 28 de diciembre de 2018 o, subsidiariamente, a la fecha de presentación del Memorial de Contestación y Demanda Reconvenccional, y ordenando que las Partes procedan con la restitución conforme el derecho peruano;*

*m.) Condene a DEVIANDES a pagar todos los gastos y costos del Arbitraje, incluyendo honorarios y gastos de abogados y peritos; y*

*n.) Otorgue cualquier otro remedio que considere que sea justo y apropiado en las circunstancias del caso”.*

140. En relación con las demandas reconvenccionales de la Demandada, la Demandante solicita al Tribunal Arbitral (Memorial de Réplica, ¶ 728; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 368) que:

*“1. Declare que el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones en contra de DEVIANDES formuladas por Perú, debido a que Perú no ha seguido el procedimiento contractual previo de Trato Directo para el planteamiento de sus pretensiones.*

*2. En el supuesto negado en que el Tribunal se declare competente para conocer las reclamaciones en contra de DEVIANDES, las desestime todas.*

*3. Ordene a Perú al pago de todos los gastos y costas relacionadas a este arbitraje.*

4. *DEVIANDES se reserva el derecho a presentar junto con el Memorial de Dúplica a la Jurisdicción, de considerarlo conveniente, el Memorial de Dúplica sobre la Demanda Reconvencional de Perú*”.

## V. LAS OBJECIONES JURISDICCIONALES DE LA DEMANDADA

141. La Demandada ha planteado tres objeciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

### A. *JURISDICCIÓN RATIONE PERSONAE*

#### 1. Postura de la Partes

##### (a) *La Demandada*

142. La Demandada sostiene que la Demandante no satisface el requisito de nacionalidad para acceder a la jurisdicción del CIADI por no “*estar sometida a control extranjero*” en los términos previstos en el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI (Memorial de Contestación, ¶¶ 246-257; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 254-275; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 13-19).

143. La Demandada reconoce que, en relación con las personas jurídicas, el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI establece que se considerará “nacional de otro Estado contratante” a aquella parte a la que el Estado haya acordado atribuir tal carácter y que, en la Cláusula 18.12.b) (i) (tercer párrafo) del Contrato, la Demandada ha acordado que la Demandante será considerada como “nacional de otro Estado contratante”. No obstante “*dicho acuerdo sólo crea una presunción refutable del control extranjero sobre el nacional del Estado anfitrión, y la Demandante igualmente tenía que cumplir con los requisitos de nacionalidad establecidos en el Artículo 25 del Convenio CIADI. Por tanto, en ningún momento, DEVIANDES se liberó de su carga probatoria de establecer el control extranjero real y efectivo, independientemente de lo que habían acordado las Partes*” (Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 15, nota al pie omitida).

144. La Demandada alega que la Demandante “*no ha satisfecho su carga de probar ‘quién tiene el control efectivo de la empresa DEVIANDES’*. Por ende, este Tribunal, quien debe examinar los hechos, debe declararse incompetente para conocer la demanda del Concesionario” (Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 19, énfasis original).

##### (b) *La Demandante*

145. La Demandante rechaza la objeción de la Demandada y sostiene que el “*Tribunal Arbitral tiene jurisdicción racione personae porque: (i) Perú no ha refutado la presunción de control extranjero generada por su consentimiento; (ii) DEVIANDES está sometida a control extranjero; y, (iii) en cualquier caso, Perú se encuentra vinculado al consentimiento otorgado de acuerdo con el principio de estoppel o venire contra factum proprium*” (Memorial de Réplica, ¶ 219). Así, señala que “*Perú expresó su acuerdo de otorgar a DEVIANDES el estatus de*

*nacional de otro Estado Contratante en el (i) Contrato de Concesión y (ii) Contrato de Garantía; además, Perú conocía que DEVIANDES es propiedad de extranjeros porque (iii) era condición para la celebración del contrato que DEVIANDES envíe su testimonio de constitución, (iv) era conocido por Perú desde que el consorcio postuló a la licitación en la etapa de precalificación, y (v) fue consignado en la declaración de Socio Estratégico” (Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶ 261). Concluye que todas las pruebas que ha presentado Perú para fundamentar su objeción son anecdóticas e irrelevantes a efectos de determinar la existencia o ausencia de control extranjero (Memorial de Réplica, ¶¶ 218-279; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 256-287; Escrito Posterior Audiencia de la Demandante, ¶¶ 283-289).*

## **2. Decisión del Tribunal**

146. El artículo 25(1) del Convenio CIADI dispone que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante. El artículo 25(2)(b) dispone que se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

*“Toda persona jurídica que [...] teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.*

147. El artículo 18.12(b)(i) (tercer párrafo) del Contrato de Concesión dispone que:

*“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”.*

148. La Demandada sostiene que el texto del artículo 25(2)(b) establece que el control extranjero es un elemento necesario que debe existir independientemente de los términos del acuerdo expresado en el Contrato (Memorial de Contestación, ¶¶ 250-252), y se remite a Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2009), artículo 25, ¶ 814 (RL-030) y la jurisprudencia del CIADI). A su juicio, lo dispuesto en el artículo 18.12 (b)(ii) del Contrato es una mera “presunción refutable” del control extranjero (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 257) y no libera a la Demandante de la carga de probar este requisito (Memorial de Contestación, ¶¶ 249 y 257; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 14-15). Por su parte, la Demandante alega que “(i) el acuerdo de las partes genera una fuerte

*presunción de que dicho control existe de hecho; y (ii) es Perú quien tiene la carga de refutar la presunción creada por el acuerdo” (Memorial de Réplica, ¶ 226).*

149. Las diferencias entre un Estado y sus propios nacionales quedan fuera del ámbito del Convenio CIADI, excepto cuando el nacional es una persona jurídica sometida a control extranjero. Un tribunal puede asumir que cuando un Estado declara que una persona jurídica será considerada como nacional de otro Estado por estar sometida a control extranjero, es porque previamente ha comprobado que existe tal control extranjero en el momento de la declaración ya que, de lo contrario, el Estado podría estar incumpliendo el Convenio CIADI. No obstante, no puede descartarse la posibilidad de que el Concesionario pase de estar sujeto a control extranjero a estar sometido a control nacional entre la fecha de otorgamiento del contrato, en la que el Estado emitió su declaración, y la fecha de inicio del arbitraje. Por este motivo, el Estado podría plantear de buena fe la cuestión del control extranjero durante el arbitraje, con independencia de su declaración anterior.
150. El término “control extranjero” no está definido en el Convenio CIADI. La Demandante remitió al Tribunal a la conclusión en *Commentary*, del Prof. Schreuer, de acuerdo con la cual la existencia de control extranjero es una cuestión compleja que requiere el examen de varios factores, como la participación en el capital, los derechos de voto y la gestión. Para obtener una imagen fiable, todos estos aspectos deben analizarse conjuntamente (Memorial de Réplica, ¶ 251; CL-036, artículo 25, ¶ 864).
151. Asumiendo que la carga de la prueba recae sobre la Demandante (sin pronunciarse sobre el particular), el Tribunal estima que la Demandante ha estado sometida a control extranjero a los efectos del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, por los motivos que se exponen a continuación:
  - 151.1. Accionariado mayoritariamente extranjero: la Demandante ha presentado el Libro de Matrícula de Acciones de Devianes para demostrar que, tanto en la fecha de suscripción del Contrato de Concesión como en la fecha de la Solicitud del Arbitraje la mayoría de las acciones pertenecían a sociedades colombianas (C-006; Memorial de la Demandante, ¶ 129-131);
  - 151.2. Control extranjero del accionista único peruano: el Libro de Matrícula de Acciones de Devianes identifica una sociedad peruana llamada Viviendas del Perú S.A.C que, a la fecha de la Solicitud de Arbitraje, tenía una participación en Devianes del 34,13%. Mediante la presentación de dicho Libro de Matrícula, la Demandante quiere demostrar que, en la fecha del Contrato de Concesión, el 99,97% de la sociedad estaba en manos de socios colombianos y que, cuando se presentó la Solicitud de Arbitraje, dichos socios eran titulares del 99,65% del capital social (C-132; Memorial de Réplica, ¶ 256; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 285).
  - 151.3. La designación del Directorio por la mayoría de los accionistas: la Demandante ha presentado los estatutos sociales de Devianes para

demostrar que los accionistas tienen la facultad de designar el Directorio, que está compuesto por cinco miembros titulares y cinco suplentes (C-133; C-134; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 285).

151.4. La composición del Directorio: la Declaración testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto (¶ 16) identifica a los miembros del Directorio de Socios y sus suplentes en el momento de su declaración, de los cuales ocho eran de origen colombiano y dos (un titular y su suplente) eran de nacionalidad peruana.

151.5. Las decisiones del Directorio se adoptan por mayoría: las decisiones del Directorio se toman por mayoría absoluta. “*De esto se desprende necesariamente que todas las decisiones que se toman en el Directorio son adoptadas por extranjeros*”. (Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶ 283).

152. Por los motivos expuestos, el Tribunal considera acreditado que la Demandante estaba sometida a control colombiano tanto en el momento de la celebración del Contrato de Concesión como en el de la presentación de la Solicitud de Arbitraje y, en consecuencia, rechaza la objeción de que la Demandante no satisface el requisito de nacionalidad para acceder a la jurisdicción del CIADI.

## **B. JURISDICCIÓN RATIONE VOLUNTATIS**

### **1. Postura de la Partes**

#### **(a) La Demandada**

153. La Demandada se opone a la jurisdicción del Tribunal Arbitral aduciendo que no ha consentido por escrito someter al Centro CIADI las controversias con la Demandante. Mediante la Cláusula 18.12(b) del Contrato, la Demandada únicamente ha otorgado su consentimiento para someter al Centro controversias relativas a importes superiores a 10.000.000 USD y la Demanda del Concesionario se compone de tres controversias, dos de las cuales (la designación de los miembros del Comité de Aceptación y el restablecimiento del orden social en Ticlio) no alcanzan el umbral de los 10.000.000 USD (Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 20-34).

154. La Demandada se remite a la definición de “una controversia” en el derecho internacional y en la jurisprudencia del CIADI como “*un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de tesis jurídicas o de intereses entre las partes*” (Memorial de Contestación, ¶ 269, citando RL-002, pág. 11). La Demandada sostiene que, con la aplicación de esta definición a la demanda, “*no queda otra conclusión más que aceptar que la demanda de DEVIANDES está compuesta por tres controversias*” (Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 30).

155. La Demandada se remite asimismo a la limitación de la jurisdicción del CIADI a aquellas controversias relativas a un monto significativo, definido por un umbral superior a 10.000.000 USD, a la obligatoriedad del cumplimiento de las



condiciones establecidas para otorgar el consentimiento al arbitraje y a la interpretación sistemática de la Cláusula 18.12(b)(ii) del Contrato, así como a las características e importes de las tres controversias presentadas por la Demandante (Memorial de Contestación, ¶¶ 258-295; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 276-296; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 22-34).

**(b) La Demandante**

156. Por su parte, la Demandante alega que ha presentado una única controversia que supera los 10.000.000 USD y que Perú disgrega artificialmente la Demanda pero que, incluso si se llegara a la conclusión de que se trata de tres controversias distintas, la Cláusula 18.12(b) (i) permite agregarlas, y se remite a las reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil peruano, así como a los principios de economía procesal y de eficiencia (Memorial de Réplica, ¶¶ 280-290; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 294-325; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 291-300).

**2. Decisión del Tribunal**

157. La Cláusula 18.12 del Contrato distingue entre el procedimiento de arbitraje CIADI y el arbitraje de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en función del “monto involucrado”:

**“ARBITRAJE**

*18.12 Modalidades de procedimientos arbitrales:*

...

*b) Arbitraje de Derecho. - Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, 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:*

*(i) Cuando las Controversias No-Técnicas tengan un monto involucrado superior a Diez Millones y 00/100 Dólares (US\$ 10,000,000.00) o su equivalente en moneda nacional, las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo (...).*

*En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo referido en el párrafo precedente, las controversias suscitada [sic] serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho, administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siendo aplicables para este caso el reglamento y las reglas CIADI aplicables a los procedimientos de Arbitraje establecidas en el Convenio sobre*

*Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (...).*

(....)

*(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Diez Millones y 00/100 Dólares (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, Ad-Hoc, a través de un procedimiento que se seguirá de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (...)*”.

158. En el Memorial de la Demandante (¶ 413), esta solicita una indemnización que excede de 10.000.000 USD y, por lo tanto, el “monto involucrado” supera el umbral establecido, por lo que, *prima facie*, debería otorgarse el consentimiento a la jurisdicción del CIADI.
159. La objeción de la Demandada se basa en la supuesta acumulación de tres controversias distintas. Sin embargo, la redacción de la Cláusula 18.12 no permite deducir que la Demandante esté obligada a desglosar la reclamación total en tres controversias distintas y a demostrar que cada una de ellas supera el umbral de 10.000.00,00 USD. Ello es así porque la Cláusula 18.12 utiliza la palabra “controversia” tanto en singular como en plural y, en cualquier caso, el singular incluye el plural y viceversa (Cláusula 18.6). Además, de la redacción de la citada cláusula no puede deducirse que el significado de la palabra “controversia” deba limitarse al singular en la Cláusula 18.12(b)(i). En consecuencia, de acuerdo con el tenor de la Cláusula 18.12 y según el principio de buena fe (art. 168 del Código Civil), debe interpretarse que lo único que se exige es que el monto involucrado supere los 10.000.000 USD, con independencia de que dicho importe resulte de una única o de varias controversias entre las partes.
160. Las alegaciones de las Partes sobre la objeción *ratione voluntatis* en este caso confirman sobradamente que las tres reclamaciones pueden presentarse de distintas formas, ya sea como una sola controversia o como tres controversias. Al inicio del arbitraje, cada una de las Partes describe la controversia o las controversias de acuerdo con su propio criterio, y ni la naturaleza y el objeto de la Cláusula 18.12 ni la economía procesal exigen que el Tribunal decida cuál es la definición correcta de la controversia en este momento. La pretensión de la Demandada de que el Tribunal se pronuncie sobre este particular parte de un planteamiento erróneo.
161. Por los motivos expuestos, el Tribunal estima que la Cláusula 18.12 únicamente exige a la Demandante que identifique *bona fide* una controversia o varias controversias, indistintamente, de un importe superior a 10.000.000 USD, para poder acceder a la jurisdicción del CIADI.

162. La Demandante ha alegado que se ha planteado una única controversia, derivada de la imposibilidad de explotar un nuevo peaje en Ticlio (Memorial de Réplica, ¶ 284). A los efectos de la jurisdicción, el Tribunal admite que la Demandante ha identificado una controversia *bona fide* derivada de la frustración del nuevo peaje en Ticlio como consecuencia de la sucesión de distintos incumplimientos contractuales y que el importe asociado a dicha controversia supera los 10.000.00,00 USD, por lo que cabe concluir que existe jurisdicción *ratione voluntatis*.

**C. ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL AGOTAMIENTO DE LOS ESFUERZOS PARA RESTABLECER EL ORDEN SOCIAL**

**1. Postura de la Partes**

**(a) La Demandada**

163. La Demandada alega que la controversia sobre el agotamiento de los esfuerzos para restablecer el orden social no es arbitrable. Así, señala que (Memorial de Contestación, ¶ 297, notas al pie omitidas):

*“Los artículos 62 y 63 de la Constitución Política del Perú (“Constitución”) limitan expresamente las materias que podrán ser resueltas por el medio arbitral. En particular, sólo aquellas controversias derivadas de una relación contractual—o bien, de carácter patrimonial—son arbitrables. Actos de ius imperium del Estado, al contrario, carecen de carácter patrimonial y por ende no pueden ser sujetos al arbitraje. Por ello, la legalidad de los actos soberanos del Estado debe someterse a la jurisdicción contenciosa-administrativa, de acuerdo con el artículo 148 de la Constitución”.*

164. La Demandada sostiene que la Cláusula 9.1 alude al deber jurídico de Perú de mantener la paz y el orden social, deber que se cumple mediante el ejercicio de actos de *ius imperium*. El Estado peruano debe cumplir con dicho deber en favor de la comunidad, y su ejercicio depende necesariamente de consideraciones de orden público como, por ejemplo, la protección de los derechos humanos y la obligación de no agravar la inestabilidad social. No se trata de un deber de Perú hacia el Concesionario, sino hacia la sociedad peruana en su totalidad, y está desprovisto de cualquier carácter patrimonial. El hecho de que este deber se mencione en el Contrato no transforma su naturaleza pública. Se trata de un deber jurídico constitucional del Estado, no de una obligación contractual de carácter patrimonial; por tanto, no es arbitrable (Memorial de Contestación, ¶¶ 296-302; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 297-327, Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 35-47).

**(b) La Demandante**

165. Por su parte, la Demandante sostiene que su reclamación es arbitrable porque “(i) la controversia está fundada en una obligación contractual; (ii) en el supuesto negado de considerarse una cuestión de *ius imperium*, esta sería arbitrable; (iii) en cualquier caso, Perú renunció a su inmunidad soberana al aceptar la sumisión al arbitraje; y, (iv) el intento infructuoso de Perú de ampararse en la inmunidad soberana para incumplir el contrato es contrario al principio de *pacta sunt servanda* y demuestra su mala fe procesal” (Memorial de Réplica, ¶¶ 292). La Demandada responde que ha presentado una excepción a la jurisdicción y que en ningún momento ha invocado su inmunidad soberana (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 323-326).

**2. Decisión del Tribunal**

166. Las Partes presentaron distintos peritajes jurídicos en apoyo de sus respectivas posturas (Primer Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 279-299; Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 64-92; Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 105-178).
167. Como primera medida, cabe citar los artículos 62 y 63 de la Constitución Peruana (C-136), en los que se reconoce el derecho del Estado a someter a arbitraje controversias derivadas de una relación contractual:

*“Artículo 62 Libertad de contratar (...)*

*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...). Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).*

*Artículo 63 Inversión nacional y extranjera (...)*

*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.*

168. La objeción de la Demandada se basa en la distinción entre, de un lado, las controversias contractuales de naturaleza patrimonial, que son arbitrables y, de otro lado, las que “*se derivan de funciones públicas, de autoridad, soberanas o de ius imperium, como los deberes constitucionales del Estado no pueden ser resueltas mediante arbitraje pues dichas funciones no tienen carácter patrimonial ni versan sobre derechos disponibles*” (Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶ 156). No obstante, la aplicación del concepto de arbitrabilidad a los actos de la

Administración es compleja y exige particular atención al asunto sobre el que los árbitros tienen que pronunciarse (Anexo A-58, pp. 629-631, 650, 662).

169. El objeto de la reclamación de la Demandante es una obligación de naturaleza patrimonial descrita en el último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato. En efecto, dicha obligación es de naturaleza patrimonial porque deriva de un contrato con un particular (el Concesionario) y afecta a los intereses económicos de este último (concretamente, el derecho a explotar las unidades de peaje). El Estado puede asumir una obligación de dicha naturaleza incluso en el caso de que exista un deber público de actuar (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 64-92).
170. El poder del Estado de actuar en beneficio del interés público no se ve limitado por la creación de una obligación concurrente de indemnizar a las personas perjudicadas por las circunstancias que han dado lugar al ejercicio del poder público. Un ejemplo análogo de sobra conocido es el del reconocimiento por el Estado de su obligación de indemnizar a las personas afectadas por el ejercicio de la facultad de expropiar bienes en beneficio del interés público. El argumento de que los poderes públicos y las obligaciones privadas se excluyen mutuamente es una falsa dicotomía, como bien explicó la perita jurídica de la Demandante (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶ 75):

*“La dicotomía que plantea el Sr. Ferrando, según la cual un deber jurídico o una función de imperio no puede ser una obligación contractual, es insostenible en el Derecho Administrativo, donde los contratos de concesión, precisamente, tienen por objeto regular la delegación de funciones públicas a los privados, así como las obligaciones que asume la Administración para colaborar y asegurar la consecución de dichos cometidos públicos”.*

171. La reclamación de la Demandante no cuestiona las facultades del Estado ni los deberes constitucionales de mantener la paz y el orden social. Tampoco impugna las decisiones adoptadas por Perú en el ejercicio de su *ius imperium*. Lo que la Demandante solicita al Tribunal es que evalúe las consecuencias contractuales y patrimoniales de las decisiones y actos del Estado. El artículo 63 de la Constitución autoriza al Estado a someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje internacional y, por este motivo, las pretensiones de la Demandante sobre el incumplimiento de la Cláusula 9.1 (último párrafo) son arbitrables.

## VI. FONDO DEL ASUNTO

### A. LA CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ DE ACEPTACIÓN DE OBRAS

#### 1. Postura de la Partes

##### (a) La Demandante

172. La Demandante alega que, del 28 de mayo de 2017 al 19 de febrero de 2018, el Estado no cumplió con “*el procedimiento contractual de aceptación de las Obras que generó un indebido retraso en la conformación del Comité de Aceptación de Obras y el diferimiento de la activación del derecho de explotación de la Unidad de Peaje en Ticlio, derivado de aquel retraso*” (Memorial de la Demandante, ¶¶ 153(i); Memorial de Réplica, ¶ 88).
173. La Demandante sostiene que culminó las OPA el 30 de noviembre de 2016 y las ONPA susceptibles de ser ejecutadas el 29 de enero de 2017 (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 37; C-040).
174. La Demandante alega que OSITRAN certificó la recepción previa el 21 de febrero de 2017 mediante la Recepción Previa OSITRAN y solicitó la aceptación del Estado el 22 de febrero de 2017 (Memorial de la Demandante, ¶¶ 160-161). A continuación, se solicitó al Estado que constituyese el Comité de Aceptación en el plazo de 5 días hábiles, tal como prevé la Cláusula 6.21 del Contrato de Concesión, esto es, no más tarde del 1 de marzo de 2017 (Memorial de la Demandante, ¶¶ 161-162, 169; Memorial de Réplica, ¶¶ 91; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 40-41; Declaración testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto, ¶ 48).
175. La Demandante sostiene que, si Perú hubiese cumplido con sus obligaciones, la explotación del peaje de Ticlio habría comenzado el 28 de mayo de 2017 (en lugar del 20 de febrero de 2018), de acuerdo con la siguiente secuencia (Memorial de la Demandante, ¶¶ 187; Memorial de Réplica, ¶¶ 117-127):
- 175.1. Recepción previa a cargo de OSITRAN: 21 de febrero de 2017, como efectivamente ocurrió.
- 175.2. Solicitud de aceptación de Obras de DEVIANDES: 22 de febrero de 2017, como efectivamente ocurrió.
- 175.3. Constitución del Comité de Aceptación de Obras a cargo de Perú: 1 de marzo de 2017.
- 175.4. Aceptación de las obras en un plazo máximo de 40 días hábiles (con o sin observaciones): 28 de abril de 2017.
- 175.5. Inicio de la explotación de la Unidad de Peaje en Ticlio transcurrido un mes: 28 de mayo de 2017.

176. La Demandante también hace referencia a las demoras en la aceptación de las obras tras la constitución de los Comités de Aceptación (Declaración testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶¶ 61-86).
177. En respuesta a las alegaciones de la Demandada, la Demandante sostiene lo siguiente:
- 177.1. Que la posición del Supervisor estaba subordinada al Regulador (conforme a la Cláusula 6.2 del Contrato), que las observaciones del Informe Supervisor no resultaron ser relevantes para el Regulador y que, además, no había ninguna observación vigente sobre las OPA y ONPA que hubiese impedido la constitución del Comité de Aceptación de las Obras (Memorial de Réplica, ¶¶ 93-106; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 37, 45-47, 60-72; Declaración testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶¶ 47-60).
- 177.2. Que las alegaciones de Perú relativas a la falta de ejecución de las Obras quedan desvirtuadas por los actos propios de Perú. Mediante la aceptación de los Comités de Aceptación OPA y ONPA, Perú había certificado que las obras realizadas por DEVIANDES cumplían con todas las Especificaciones Técnicas del Contrato y del EDI, así como con los índices de servicio del Contrato. El informe pericial de Exponent no es un informe contemporáneo ni autónomo, ya que fue elaborado cuatro años después a partir de determinada información preparada y facilitada por el Concedente (Memorial de Réplica, ¶ 5, ¶¶ 107-110; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 73-86; ¶¶ 111-115);
- 177.3. Que Perú se encontraba en mora cuando se produjo el fenómeno del Niño Costero y está obligado a asumir las consecuencias jurídicas derivadas de la imposibilidad sobrevenida durante la mora, lo que incluye el pago de los importes dejados de cobrar por la falta de explotación de la Unidad de Peaje en Ticlio (Memorial de la Demandante, ¶¶ 196-205; Memorial de Réplica, ¶¶ 128-137; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 92-110).

*(b) La Demandada*

178. La Demandada alega que la Demandante no cumplió con los requisitos para la aceptación final de las obras hasta el 28 de febrero de 2018, tal como se expone a continuación (Memorial de Contestación, ¶¶ 89):
- 178.1. DEVIANDES solicitó la aceptación de la totalidad de las obras y la constitución del Comité de Aceptación el 22 de febrero de 2017 sin que hubiesen finalizado todas las obras (Memorial de Contestación, ¶¶ 90-97; R-138; R-140; R-155).
- 178.2. DEVIANDES solicitó la aceptación de la totalidad de las obras y la constitución del Comité de Aceptación el 22 de febrero de 2017 sin haber

cumplido con las condiciones establecidas en la Cláusula 6.20 del Contrato de Concesión que se indican a continuación:

- 178.2.1. El levantamiento de observaciones por parte del Supervisor (Memorial de Contestación, ¶¶ 102-107; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 150-161; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 64-83; Primera declaración de D. Luis Navarro, ¶¶ 9-10);
  - 178.2.2. La recepción previa del Supervisor (Memorial de Contestación, ¶¶ 108-112; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 75-95; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada ¶¶ 84-85; C-018; Primera declaración de D. Luis Navarro, ¶ 10; Segunda declaración de D. Luis Navarro, ¶¶ 5-10);
  - 178.2.3. La finalización de las obras de acuerdo con las especificaciones técnicas y los índices de servicio del Contrato de Concesión (Memorial de Contestación, ¶¶ 113-121; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 100-161; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 53-63; Primera declaración de D. Luis Navarro, ¶ 12; Primer Informe Exponent, ¶¶ 60-126, 140-149; R-138; R-140; R-155).
179. La Demandada no incumplió su obligación de constituir el Comité de Aceptación de Obras porque la decisión del MTC de no constituir los Comités de Aceptación tras recibir la solicitud del Concesionario fue correcta (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 86-108).
  180. El procedimiento de recepción de las obras no finalizó hasta el 28 de febrero de 2018, fecha en que el Comité de Aceptación de Obras certificó el levantamiento de observaciones por parte de DEVIANDES en relación con el último tramo de las obras (Subtramo 1 de las OPA) (Memorial de Contestación, ¶¶ 149-155).
  181. Aun en el supuesto de que se estimase que la Demandada incumplió su obligación de constituir el Comité de Aceptación, no se dan las condiciones legales necesarias para exigir responsabilidad a Perú por la demora en la puesta en servicio del peaje de Ticlio ya que: (i) el Concesionario había incumplido sus propias obligaciones (al no haber finalizado las obras); (ii) el Concesionario había tolerado todo tipo de retrasos en la aceptación de las obras; y (iii) el alegado diferimiento del inicio de la explotación de Ticlio no fue consecuencia directa e inmediata del retraso en la constitución del Comité de Aceptación (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 109-123)
  182. Debido a los efectos del fenómeno del Niño Costero, las Obras en ningún caso podrían haber sido aceptadas antes del 28 de abril de 2017 ya que, según la propia solicitud de la Demandante, a partir del 19 de abril de 2017 el Concesionario habría necesitado un plazo mínimo de 180 días naturales (esto es, hasta el 16 de octubre



de 2017) para subsanar los daños causados por el fenómeno del Niño en el Subtramo 1 (Memorial de Contestación, ¶¶ 164-168).

## **2. Decisión del Tribunal**

### **(a) El Nombramiento de los Comités de Aceptación**

183. El procedimiento para iniciar la aceptación de las obras se define en la Cláusula 6.20:

*“Cuando el CONCESIONARIO cuente con la recepción previa por parte del REGULADOR y supervisor luego de levantadas las observaciones, de determinadas obras parciales o totales, podrá solicitar al CONCEDENTE la aceptación total o parcial de dichas obras, cursando copia de la solicitud al REGULADOR. Para ello, la Obra deberá cumplir con todas las Especificaciones Técnicas indicadas en el Anexo XII del Contrato, en el Estudio Definitivo de Ingeniería aprobado y con todos los índices de servicio especificados en el Anexo 1 del Contrato”.*

184. Una vez recibida la solicitud de aceptación por el Concedente, de acuerdo con la Cláusula 6.21 (primera frase):

*“En el plazo de cinco (5) Días de solicitada la comprobación de la correcta ejecución de las Obras, el CONCEDENTE nombrará un Comité de Aceptación de Obras, el que deberá contar con por lo menos un representante del REGULADOR en calidad de veedor (...)”.*

185. La Demandante sostiene que obtuvo la Recepción Previa OSITRAN el 21 de febrero de 2017 (C-014) y que el 22 de febrero envió dicho documento a la Demandada y solicitó el nombramiento del Comité de Aceptación de Obras (C-015; ver arriba sección III.D.1). La Demandada impugna la Recepción Previa OSITRAN por varios motivos. El Tribunal desestima las objeciones de la Demandada y estima que la Recepción Previa OSITRAN cumplió con lo establecido en la Cláusula 6.20 y que fue correctamente entregada a la Demandada el 22 de febrero de 2017.

186. En relación con las objeciones de la Demandada basadas en el Informe Supervisor, cabe concluir que:

186.1. Una de las competencias del Regulador es la función de supervisión (Cláusula 15.5 del Contrato). El Regulador está facultado para designar un supervisor de obras, pero “[l]a titularidad de la función se mantiene en el Regulador” (Cláusula 15.6);

186.2. El Supervisor no tiene funciones contractuales independientes de las del Regulador;

- 186.3. Las opiniones del Supervisor eran revisadas por funcionarios del Regulador y el Supervisor puede estar de acuerdo o no con dicha revisión (Trascripción, Día 2, 586);
- 186.4. La referencia en la Cláusula 6.20 a “*la recepción previa por parte del REGULADOR y supervisor*” alude a una única recepción previa emitida por el Regulador ya que, de acuerdo con la Cláusula 15.6, el Regulador sigue siendo el titular de la función de supervisión;
- 186.5. El Informe Supervisor fue emitido por el Supervisor con el fin de cumplir sus obligaciones hacia el Regulador. Las recomendaciones del Supervisor, incluida la de no recibir el Subtramo 1 de las Obras OPA debido a las observaciones pendientes, estaban sujetas a la revisión del Regulador y no tenían consecuencias independientes para las Partes de acuerdo con el Contrato de Concesión;
- 186.6. La frase “*luego de levantadas las observaciones*” en la Cláusula 6.20 hace referencia a las observaciones que el Regulador solicita sean levantadas antes de emitir la recepción previa. La emisión de la Recepción Previa OSITRAN el 21 de febrero de 2017 significa, *ipso facto*, que el Regulador estimó que no había observaciones de entidad suficiente para justificar el retraso de la recepción previa. En efecto, el Regulador decidió que las observaciones especificadas en el Informe Supervisor no justificaban la denegación de la recepción previa solicitada por el Concesionario.
- 186.7. La única comunicación real a efectos de lo previsto en la Cláusula 6.20 fue la Recepción Previa OSITRAN.
187. En respuesta a las cuestiones planteadas por el MTC, tanto el Supervisor como el Regulador confirmaron posteriormente que las observaciones formuladas por el Supervisor no impedían proceder a la recepción parcial (LN-06; C-017; R-077).
188. La Demandada alega asimismo que la Demandante obtuvo la Recepción Previa OSITRAN sin haber finalizado las Obras de acuerdo con las especificaciones técnicas y los índices de servicio del Contrato de Concesión. El Tribunal desestima esta alegación, ya que introduce un elemento de confusión sobre el inicio y el objeto del procedimiento contractual de aceptación:
- 188.1. OSITRAN, como Regulador competente para la supervisión, estaba facultado para decidir si las Obras cumplían con las especificaciones técnicas y los índices de servicio a efectos de la Cláusula 6.20, extremo que fue confirmado por OSITRAN;
- 188.2. El Concedente (a través del MTC) debía nombrar el Comité de Aceptación en un plazo de cinco días con el fin de constituir el órgano que, de acuerdo con el Contrato, estaba facultado para proceder a la comprobación de la correcta ejecución de las Obras (Cláusula 6.21);

- 188.3. El Comité de Aceptación de Obras determinaría si la ejecución de las Obras cumplía con lo exigido en el Contrato y procedería a aceptar o rechazar las Obras (Cláusula 6.21). El Comité de Aceptación actuaba en representación del Concedente para la aceptación de las Obras (Cláusula 1.8.20);
- 188.4. Una vez subsanadas las observaciones, y tras un período de suspensión de obligaciones como consecuencia del fenómeno del Niño Costero, los Comités de Aceptación determinaron que el Concesionario había finalizado las Obras de acuerdo con las especificaciones técnicas y los índices de servicio.
189. Por los motivos expuestos, cabe concluir que el Contrato no facultaba al MTC para revisar o cuestionar el Informe Supervisor o la Recepción Previa OSITRAN, ni para retrasar en modo alguno la constitución del Comité de Aceptación. El MTC recibió la Recepción Previa OSITRAN el 22 de febrero de 2017 y, por lo tanto, estaba obligado a constituir el Comité de Aceptación de Obras, a más tardar, el 1 de marzo de 2017.
190. De hecho, el Concedente decidió nombrar dos Comités de Aceptación, uno para las OPA y otro para las ONPA. Las Cláusulas 6.21 a 6.26 del Contrato se refieren al Comité de Aceptación en singular, si bien el Contrato no establece ninguna prohibición de constituir varios comités para evaluar distintos aspectos de las obras. Dado que los términos en singular en el Contrato incluyen los mismos términos en plural (Cláusula 18.6), la decisión de nombrar dos Comités de Aceptación era válida. Sin embargo, la Cláusula 6.21 exigía el cumplimiento de la obligación de nombrar el comité en un plazo de cinco días, y cuando el Concedente decidió nombrar dos comités, el cumplimiento de dicha obligación exigía que ambos Comités se constituyesen en un plazo de cinco días.
191. El 3 de abril de 2017 el Concedente nombró el Comité de Aceptación de las OPA (C-044). El 11 de mayo de 2017 el Concedente nombró el Comité de Aceptación de las ONPA (C-045). Por lo tanto, el Concedente no constituyó los Comités de Aceptación dentro del plazo contractual de cinco días y, en consecuencia, incumplió su obligación contractual establecida en la Cláusula 6.21 (primera frase) desde el 2 de marzo hasta el 11 de mayo de 2017, esto es, durante un total de 71 días naturales.
192. Dicho período de retraso coincidió con los efectos del Niño Costero y la suspensión de determinadas obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 17 del Contrato. Sin embargo, el Concesionario fue el único que solicitó la suspensión de sus obligaciones de acuerdo con el procedimiento establecido en la Cláusula 17.2 y, en cualquier caso, de acuerdo con la Cláusula 17.3, a tenor de la cual “[l]a fuerza mayor o caso fortuito no liberará a las Partes del cumplimiento de las obligaciones que no sean suspendidas por dichos eventos”. En cambio, la obligación de la Demandada de nombrar el Comité de Aceptación no se suspendió y, en consecuencia, la Demandada es responsable de un retraso de 71 días naturales en el nombramiento de los Comités de Aceptación.

**(b) El impacto del retraso en el nombramiento de los Comités de Aceptación**

193. La Demandante (Memorial de la Demandante, ¶ 187; Memorial de Réplica, ¶¶ 117-127) alega que, si no se hubiera incumplido la obligación de constituir los Comités de Aceptación, la aceptación de las Obras habría tenido lugar el 28 de abril de 2017 y la explotación de la Unidad de Peaje en Ticlio habría comenzado un mes más tarde, es decir, el 28 de mayo de 2017 (de acuerdo con la Cláusula 9.4.c) del Contrato).
194. La Demandante sostiene que la aceptación tuvo lugar a todos los efectos el 19 de enero de 2018, por lo que la explotación del peaje de Ticlio no pudo comenzar antes del 19 de febrero de 2018. En consecuencia, Deviandes reclama una indemnización por daños y perjuicios en relación con el período del 28 de mayo de 2017 al 19 de febrero de 2018 (268 días, esto es, 8 meses y 23 días).
195. La Demandante se ampara en los efectos del fenómeno del “Niño Costero” y alega que Perú es responsable y debe indemnizar a Deviandes por 268 días de retraso, a pesar de que el retraso en el nombramiento de los Comités de Aceptación fue solo de 71 días (Memorial de la Demandante, ¶ 205):

*“(…) pesar de contar con la Recepción Previa de OSITRAN desde el 21 de febrero de 2017, la aceptación de las Obras fue postergada hasta el 19 de enero de 2018, casi un año después de haber sido concluidas, debido a la demora de Perú en la conformación del Comité de Aceptación de Obras y al sobreviniente evento de fuerza mayor que imposibilitó la entrega de la Obra, pero cuya responsabilidad debe ser asumida por Perú, conforme a las Leyes Aplicables”.*

196. La Demandante señala que, mediante su carta de 9 de marzo de 2017 (C-043), Perú quedó constituido en mora y que, en consecuencia, es responsable de la imposibilidad sobrevenida de acuerdo con el Código Civil peruano (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 95, nota al pie omitida):

*“(…) si bien en principio el daño derivado de la imposibilidad sobreviniente no debería ser atribuible a las partes, ello cambia en este caso pues Perú ya había sido constituido en mora y debe soportar las consecuencias de la fuerza mayor. Por este motivo, Perú debe asumir el perjuicio económico derivado del aplazamiento de la entrada en operación de Unidad de Peaje en Ticlio entre el 28 de mayo de 2017 y el 19 de febrero de 2018”.*

197. Los efectos del Niño Costero en las Obras fueron inevitables, pero la Demandante alega que, de no haberse incumplido la obligación de constituir los Comités, el peaje de Ticlio se habría puesto en marcha el 28 de mayo de 2017 (Memorial de la Demandante, ¶¶ 202-203):

*“Si Perú hubiese conformado oportunamente el referido Comité y este hubiera aceptado las Obras, ellas igual podrían haber sido afectadas por el evento de Fuerza Mayor y DEVIANDES igualmente habría tenido que realizar la respectiva reconstrucción de los trabajos. Sin embargo, además de que ello habría ocurrido en un escenario completamente distinto, pues DEVIANDES ya habría activado el ejercicio del derecho de explotación de la Unidad de Peaje en Ticlio”.*

198. Para probar los efectos del Niño Costero, la Demandante se basa en las suspensiones por fuerza mayor declaradas por OSITRAN en virtud de la Cláusula 17.2 del Contrato y, en particular, en la suspensión solicitada el 19 de abril de 2017 y concedida el 15 de junio del mismo año (C-049). Dicha suspensión se refería únicamente a una parte del Subtramo 1 (km 38+306 al km 98+720) durante un período de cuatro meses que comenzó el 1 de junio de 2017, y al parecer afectaba a las OPA y no a las ONPA (Memorial de Contestación, ¶ 161; Declaración testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto, ¶¶ 71-73).
199. La Demandante había constituido en mora a la Demandada el 9 de marzo de 2017 (C-043) y, aunque el 1 de junio de 2017, fecha en la que se inició la suspensión, la Demandada ya no se encontraba en mora (dado que la obligación de nombrar los Comités se cumplió finalmente el 11 de mayo de 2017), la Demandada, no obstante, debería responder *“de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable”*, de acuerdo con el artículo 1336 del Código Civil peruano.
200. Sin embargo, la Demandada alega que, aun en el supuesto de que el Comité de Aceptación hubiera sido designado dentro del plazo de cinco días exigido en el Contrato, la aceptación de las Obras no podría haber tenido lugar antes de que se produjeran los daños derivados del Niño Costero (Memorial de Contestación, ¶¶ 164-168). Además, la imposibilidad sobrevinida no afectó a la obligación incumplida, sino a una obligación futura (la de aceptar las Obras una vez obtenida la aprobación de los Comités y levantadas las observaciones).
201. El 19 de abril de 2017 la Demandante solicitó la suspensión de sus obligaciones como consecuencia de los efectos del Niño Costero. En su solicitud, entre otras cuestiones, la Demandante afirma:
  - 201.1. Que el Estado de Emergencia en Perú por el Niño Costero se declaró el 27 de enero de 2017 (C-046, ¶ 1);
  - 201.2. Que Deviandes ya había pedido la suspensión de ciertas obligaciones mediante cartas de 7 de febrero y 23 de marzo de 2017 (C-046, ¶¶ 2-3);
  - 201.3. Que *“(…) desde enero de 2017 las quebradas de diversos sectores del Sub Tramo Puente Ricardo Palma - La Oroya se han activado y vienen generando de manera continua la caída de huacos, lodo, desprendimiento*

*de piedras y rocas de gran magnitud, así como el desbordamiento del río, los cuales indiscutiblemente han afectado la infraestructura vial (...)*” (C-046, ¶ 16: énfasis añadido);

- 201.4. En las fotografías del Anexo 2 del C-046 se puede apreciar que estas fueron tomadas en marzo de 2017 y, por ende, que los daños se produjeron en dicha fecha.
202. El 15 de junio de 2017 OSITRAN declaró la suspensión de la obligación de entregar el Subtramo 1 km 38+306 al km 98+720 por los desperfectos causados por el Niño Costero y concedió un plazo adicional de 4 meses (C-049).
203. De lo anterior cabe deducir que:
  - 203.1. El Niño Costero afectaba a la obra desde enero de 2017;
  - 203.2. Los efectos del Niño Costero que dieron lugar a la solicitud de 19 de abril se mostraban en distintas fotografías de marzo de 2017 (C-046, Anexo 2). Se desconoce si dichos efectos se habían producido con anterioridad;
  - 203.3. Por lo tanto, aunque el Comité se hubiera constituido el 1 de marzo de 2017, el plazo de aceptación (hasta el 28 de abril de 2017) se habría visto afectado igualmente por los daños causados por el Niño Costero entre enero y marzo de 2017.
204. Además, al defender la Demandante que la aceptación de las Obras podría haberse obtenido el 28 de abril de 2017, está asumiendo que la aceptación habría sido inmediata. Esta asunción no es cierta.
205. La realidad es que la aceptación de cada tramo de las Obras OPA y de las Obras ONPA estuvo precedida de una aceptación con observaciones. De acuerdo con lo previsto en la Cláusula 6.22 del Contrato, la aceptación solo se produjo *después* de verificar que las observaciones habían sido subsanadas (“(...) *quedando concedida la autorización para la puesta en servicio de la Obra una vez verificado el levantamiento de las observaciones*”). Por ejemplo, en relación con la parte del Subtramo 1 no afectada por el Niño Costero, el Comité otorgó al Concesionario un plazo de 60 días para levantar las observaciones (C-051). En un hipotético escenario de cumplimiento, el levantamiento de las observaciones (y, por ende, la aceptación de este tramo de las Obras) no habría tenido lugar hasta finales de julio de 2017.
206. Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que la aceptación de las Obras se habría retrasado como consecuencia de los efectos del Niño Costero, con independencia del retraso en el nombramiento de los Comités de Aceptación. Por lo tanto, el diferimiento del inicio de la explotación del Peaje de Ticlio de 268 días no fue consecuencia inmediata y directa del retraso en la constitución del Comité de Aceptación en términos del artículo 1321 del Código Civil peruano.

207. Tampoco cabe apreciar responsabilidad por daños en relación con el retraso originado por la inactividad en la constitución del Comité de Aceptación de Obras equivalente a 71 días (entre el 1 de marzo y el 11 de mayo de 2017), aun siendo la inactividad en dicho período directamente imputable al incumplimiento de Perú.
208. A efectos de resarcir los daños reclamados (la pérdida de ingresos de la explotación del peaje de Ticlio), debe admitirse que, como consecuencia inmediata y directa del mencionado retraso de 71 días (33 en el caso de las OPA), se produjo un diferimiento de la puesta en marcha del peaje de Ticlio. Sin embargo, es indudable que el fenómeno del Niño Costero habría afectado al trabajo de dicho Comité de la misma forma. Por tanto, nada permite concluir que, si se hubieran constituido los Comités de Aceptación el 1 de marzo de 2017 (escenario contrafáctico de cumplimiento), la emisión del Acta de Aceptación de las OPA se habría adelantado en el mismo número de días, o en cualquier otro.
209. Por los motivos expuestos, el Tribunal concluye que el diferimiento en la constitución de los Comités de Aceptación no retrasó el inicio de la explotación del peaje de Ticlio y, en consecuencia, desestima la reclamación de la Demandante en relación con los ingresos no percibidos en dicha unidad de peaje entre el 28 de mayo de 2017 y el 19 de febrero de 2018.

**B. LA OBLIGACIÓN DE AGOTAR ESFUERZOS PARA PERMITIR LA EXPLOTACIÓN DE LA NUEVA UNIDAD DE PEAJE EN TICLIO**

**1. Postura de las Partes**

**(a) La Demandante**

210. La Demandante alega que Perú no cumplió con su obligación establecida en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, ya que no adoptó todas las medidas dentro del ámbito de sus competencias para, efectivamente, agotar sus esfuerzos encaminados a restablecer el orden social. Antes bien, actuó en contra de su obligación, al promover la eliminación de la Unidad de Peaje en Ticlio (Memorial de la Demandante ¶¶ 76-98; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 156-173).
211. La Demandante señala que Perú tiene la obligación de garantizar el derecho de explotación del Concesionario y que, en un escenario de oposición social, cumplirá con dicha obligación “*mediante el despliegue permanente de esfuerzos para restablecer el cobro de la tarifa de peaje así como mediante el pago directo de los montos dejados de recaudar, si el despliegue de todos sus esfuerzos no permitió la recaudación efectiva del peaje*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 144).
212. La Demandante califica la decisión de Perú de no agotar esfuerzos y de eliminar el peaje como “*intencional y premeditada*”, “*dolos[a] y probad[a]*” y contra el principio de buena fe del Código Civil peruano (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 166-168). Y añade que, en estas circunstancias, no debe

permitirse que la Demandada se beneficie de su propio incumplimiento: “[s]i se sostuviera que Perú no está obligado a indemnizar a DEVIANDES por sus incumplimientos durante los seis primeros meses se llegaría a una situación en la que Perú se beneficiaría con su propio incumplimiento, pues a pesar de no desplegar ninguna acción orientada a restituir o permitir el cobro de peaje, accedería a un resultado idéntico a aquel en que hubiese agotado todos los esfuerzos necesarios para el cobro de peaje por parte de DEVIANDES” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 169).

213. La Demandante rechaza el argumento aducido por Perú de que el Concesionario no puede ser acreedor de una obligación que se enmarca dentro del ejercicio del *ius imperium* del Estado Peruano como es el mantenimiento de la paz social, dado que (i) las materias contractuales pueden implicar eventualmente el ejercicio del *ius imperium*; y (ii) el Contrato de Garantía garantiza que Perú cumplirá todas sus obligaciones contractuales, con independencia de si para ejecutarlas debe valerse o no de sus potestades de *ius imperium* (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 148-155).

**(b) La Demandada**

214. La Demandada alega que la Demandante no ha probado que Perú tenga una obligación contractual patrimonial en cuanto al restablecimiento del orden social. El hecho de que el Contrato de Concesión haga referencia a una función de *ius imperium* no significa que esa función haya perdido su naturaleza pública y haya pasado a ser una obligación contractual exigible como cualquier otra (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 126; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 381-397). En cualquier caso “*su eventual incumplimiento por parte del Perú no generaría responsabilidad, puesto que se trata de un caso de fuerza mayor. El propio Contrato de Concesión, en su Cláusula 17.1 como las propias partes, calificaron a las protestas sociales como una situación de Fuerza Mayor*” (Memorial de Contestación, ¶ 590; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 127).
215. La Demandada sostiene, además, que si el Tribunal estimase que la Cláusula 9.1 del Contrato establece una obligación contractual, no habría incumplido dicha obligación, por tres razones. En primer lugar, la Cláusula 9.1 excluye expresamente cualquier responsabilidad por los seis primeros meses desde la declaración de fuerza mayor. En segundo lugar, la obligación establecida en la Cláusula 9.1 es una obligación de medios y Perú actuó con la diligencia ordinaria requerida (de acuerdo con el artículo 1314 del Código civil) para restablecer el orden. Por último, las circunstancias sociales han hecho que la instalación de un peaje en Ticlio sea imposible, imposibilidad que exime a la República de cualquier responsabilidad (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 129-158; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 398-465).
216. La Demandada sostiene que las pruebas que obran en el expediente demuestran que adoptó numerosas medidas tanto para prevenir una crisis social como para restablecer el orden, una vez publicadas las tarifas por el Concesionario. “*Esto*



*incluyó: el envío inmediato de efectivos policiales a la zona para mitigar los enfrentamientos y representantes del Ministerio del Interior, (...) monitoreo de la zona de la DGASA y la Oficina del Diálogo, y un continuo contacto con la comunidad opuesta al Peaje en Ticlio, creando mesas de diálogo y trabajo con los distintos representantes comunitarios, continuando las negociaciones con DEVIANDES y ofreciendo la firma de una nueva adenda, entre otras”* (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 146, notas al pie omitidas; Memorial de Contestación, ¶¶ 209-220). La Demandada sostiene que, aun estando obligada a mitigar los efectos de un evento de caso fortuito o fuerza mayor conforme a lo previsto en la Cláusula 17.6 del Contrato, la Demandante mantuvo una actitud completamente pasiva a la hora de gestionar el descontento de la comunidad y no mostró atisbos de cooperación (Memorial de Contestación, ¶¶ 221-225).

217. Por último, la Demandada impugna la conducta de la Demandante en varios sentidos. Así, sostiene que la Demandante incumplió con sus obligaciones de servicio y mantenimiento, lo que generó un descontento social en la región de Junín, que se negó a negociar una adenda de buena fe y eligió la vía del arbitraje y que, por añadidura, no cumplió con sus obligaciones de mitigación (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 159-185; Memorial de Contestación, ¶¶ 432-456).

## **2. Decisión del Tribunal**

### **(a) Fundamentos de Derecho**

218. El Capítulo IX del Contrato lleva por título “El Peaje y la Tarifa”. La Cláusula 9.1 establece cuatro unidades de peaje. Tres de ellas ya existían en la fecha del Contrato y fueron transferidas al Concesionario al inicio de la Explotación de la Concesión, con un derecho inmediato al cobro de las tarifas (Cláusula 9.1, tercer párrafo; véase también la Cláusula 8.10).
219. La Adenda N.º 2 fijó la ubicación de la cuarta unidad de peaje en Ticlio. La Cláusula 9.1 (Cuadro 9-2; cuarto párrafo, tal como fue modificada por la Cláusula 3.6 de la Adenda N.º 2) establece lo siguiente:

*“Esta Nueva Unidad de Peaje entrará en operación una vez que las Obras a cargo del CONCESIONARIO, detalladas en el Apéndice 6 del Anexo XII del Contrato de Concesión hayan sido concluidas y recepcionadas por el CONCEDENTE”.*

220. De acuerdo con la Cláusula 9.2:

*“Corresponde al CONCESIONARIO el cobro de la Tarifa.*

*Se exigirá el pago de la Tarifa a cada Usuario que utilice los Sub Tramos de la Concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con lo especificado en la Cláusula 9.4”.*

221. La Cláusula 9.4 regula el régimen tarifario aplicable a la tarifa que el Concesionario estaría autorizado a cobrar durante la explotación de la Concesión.
222. Los tres últimos párrafos de la Cláusula 9.1 hacen referencia a posibles protestas sociales:

*“En caso el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un evento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17.1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.*

*Sin perjuicio de lo anterior, luego de la verificación por parte del CONCEDENTE, éste procederá a restablecer el orden social con el objetivo de permitir al CONCESIONARIO el cumplimiento de la obligación indicada.*

*El CONCEDENTE deberá agotar esfuerzos para que el CONCESIONARIO pueda cumplir con la obligación antes mencionada y en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses, el CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO”.*

223. El Capítulo XVII lleva por título “Suspensión de las obligaciones contempladas en el presente contrato”. En él se definen los eventos de “fuerza mayor o caso fortuito”, que incluyen, entre otros, “(...) protestas, actos de violencia o de fuerza realizadas por organizaciones comunales, sociales o políticas, o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al CONCESIONARIO por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable” (Cláusula 17.1 (a)(ii)).
224. La Cláusula 17.2 establece el procedimiento para la declaración de la suspensión y, entre otros aspectos, señala que: “Corresponderá al REGULADOR declarar la suspensión de la Concesión, (...). Las obligaciones afectadas por un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, así como el Plazo de la Concesión, quedarán automáticamente suspendidos desde la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito y mientras dure dicho evento”.
225. Las Cláusulas 17.3 a 17.6 abordan los efectos de la declaración de suspensión y la mitigación. De acuerdo con los párrafos primero y cuarto de la Cláusula 17.3:

*“El deber de una Parte de cumplir las obligaciones que aquí se le imponen, será temporalmente suspendido durante el período en que tal Parte esté imposibilitada de cumplir, por cualquiera de las*

*causales indicadas en la Cláusula 17.1, pero sólo mientras exista esa imposibilidad.*

(...)

*La fuerza mayor o caso fortuito no liberará a las Partes del cumplimiento de las obligaciones que no sean suspendidas por dichos eventos”.*

226. De acuerdo con el artículo 17.6:

*“17.6 La Parte que haya notificado un evento de caso fortuito o fuerza mayor deberá hacer esfuerzos razonables para mitigar los efectos de tales eventos en el cumplimiento de sus obligaciones”.*

**(b) El incumplimiento de la obligación de agotar esfuerzos**

227. El último párrafo de la Cláusula 9.1 exige al Concedente que agote esfuerzos para que el Concesionario pueda cumplir “*con la obligación antes mencionada*”, en referencia a la obligación de explotar las unidades de peaje (Cláusula 9.1, antepenúltimo párrafo; Transcripción, Día 3, págs. 818, 924-925 (Quiñones)). El Tribunal señala que la contrapartida implícita en la obligación de agotar esfuerzos es que el Concesionario no tiene derecho a ninguna indemnización por no poder explotar las unidades de peaje durante seis meses. Sin embargo, una vez transcurridos estos seis meses “*el Concedente asumirá los montos que deje de recaudar el Concesionario*”.
228. El Tribunal señala asimismo que los argumentos de las Partes en ocasiones confunden el objetivo de la obligación de agotar esfuerzos, que no es el restablecimiento del orden social (siendo este objeto de una obligación diferente establecida en el párrafo anterior), sino que el Concesionario pueda cumplir con la obligación de explotar las unidades de peaje (p.ej., Memorial de la Demandante, ¶¶ 206-235).
229. El último párrafo de la Cláusula 9.1 también alude a la persistencia de “*la referida resistencia social*”, entendida como los “*actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las [unidades de peaje]*” calificados anteriormente como la causa de la imposibilidad de explotar las unidades de peaje. La Cláusula 9.1 impone al Concedente, en primer lugar, una obligación de “*restablecer el orden social*” (penúltimo párrafo) y, en segundo lugar, una obligación más amplia, la de agotar esfuerzos durante un período de seis meses para vencer la resistencia social y permitir al Concesionario explotar las unidades de peaje (último párrafo).
230. La Demandada sostiene que el Concesionario no puede ser acreedor de una obligación que corresponde al ejercicio del *ius imperium* del Estado peruano como es el mantenimiento de la paz social. Sin embargo, la obligación en la que se ampara el Concesionario es la de agotar esfuerzos y no la de restablecer el orden social. Además, la reclamación de la Demandante, como ya ha explicado el Tribunal al

abordar la cuestión de la arbitrabilidad de esta obligación (ver sección V.C arriba), se basa en el incumplimiento de una obligación contractual de naturaleza patrimonial y no en la falta de ejercicio por parte de Perú de sus potestades derivadas del *ius imperium*.

231. La publicación del tarifario el 6 de febrero provocó una inmediata y contundente respuesta social, con amenazas a los trabajadores del Concesionario y el bloqueo del tránsito vehicular, entre otros altercados. El Tribunal acepta que, entre el 6 de febrero y el 6 de marzo de 2018, la Demandada adoptó una serie de medidas para hacer frente a este conflicto: envió efectivos policiales a la zona para mitigar los enfrentamientos, restableció la circulación de la vía interrumpida por las manifestaciones y convocó reuniones a distintos niveles entre el Ministerio del Interior, funcionarios locales de la zona de Ticlio, transportistas y los distintos representantes comunitarios. El Viceministro de Transportes se reunió con distintos representantes del Gobierno Regional de Junín, alcaldes de la zona y transportistas de La Oroya. Se mantuvo informado a OSITRAN y se instó al Concesionario a reanudar las negociaciones relativas a una nueva adenda al Contrato (C-021; C-022, C-065; R-135; AR-01; Transcripción, Día 3, pág. 819 (Quiñones)). El Presidente y el Viceministro de Comunicaciones hicieron varias declaraciones públicas (C-068, C-071; C-072; C-247). Se mantuvieron reuniones a los más altos niveles de la Administración con el fin de evaluar el riesgo de instalar la Unidad de Peaje en Ticlio (Declaración Testimonial de D.<sup>a</sup> Amalia Ruiz Seminario, ¶¶ 5-6).
232. El Tribunal señala asimismo que:
  - 232.1. *“El Consejo de Ministros y el mismo Presidente de la República, hizo incidencia, en diversas reuniones del llamado Núcleo de Inteligencia (conformado por el Presidente de la República, el Consejo de Ministros y varios Ministerios), que era esencial para el Perú hacer que la Carretera Central funcione, dada su vital importancia para el país”*. (Declaración Testimonial de D.<sup>a</sup> Amalia Ruiz Seminario, ¶ 5). *“[L]a Carretera Central es el núcleo que une a Lima con el centro del país, que le da alimentación a todo Lima”* (Transcripción, Día 4, págs. 1266-1267 (Ruiz));
  - 232.2. El Ministerio del Interior consideró que la instalación del peaje en Ticlio conllevaba un *“alto riesgo” “incluyendo la clara posibilidad de estallidos de violencia con pérdidas de vidas humanas y daños materiales, además de la interrupción de la circulación por la vía”*. (Declaración Testimonial de D.<sup>a</sup> Amalia Ruiz Seminario, ¶ 7);
  - 232.3. El Ministerio del Interior también consideró que la situación era demasiado delicada para contemplar la instalación del peaje en Ticlio debido a la intervención policial con uso de la fuerza y que los riesgos de un enfrentamiento en la zona eran inadmisibles (Declaración Testimonial de D.<sup>a</sup> Amalia Ruiz Seminario, ¶¶ 9-11; Transcripción, Día 4, págs. 1270-1271; 1273-1274; 1309-1310; 1321 (Ruiz));

- 232.4. D. Pedro Pablo Kuczynski, Presidente de Perú hasta el 23 de marzo de 2023, *“fue bastante específico en pedirnos en el Núcleo de Inteligencia que procedamos a que se dé el peaje, porque era una inversión privada importante para el país”* (Transcripción, Día 4, pág. 1267 (Ruiz));
- 232.5. Sin embargo, el Presidente fue más ambiguo a la hora de apoyar públicamente la instalación del peaje en Ticlio tras las protestas del 8 de febrero de 2018, y sus comentarios fueron interpretados por la prensa como una decisión de “eliminar” o “anular” el peaje de Ticlio (C-071; C-247).
233. El 6 de marzo de 2018 la Demandada anunció que, finalmente, el cuarto peaje (Ticlio) no se instalaría y, a partir de dicha fecha, no se realizaron más esfuerzos para permitir al Concesionario explotar las cuatro unidades de peaje. Aunque los contactos con los grupos opositores continuaron, no hay ningún indicio de que hubiera una intención más allá de la de mantener un *statu quo* pacífico. Después de un mes, la Demandada decidió unilateralmente desistir del ulterior cumplimiento de la obligación establecida en el último párrafo de la Cláusula 9.1.
234. La Demandada sostiene que la obligación de agotar esfuerzos es una obligación de medios regulada en el artículo 1314 del Código Civil, que exige actuar con una diligencia ordinaria. El Tribunal acepta que, hasta el 6 de marzo de 2018, la Demandada actuó con una diligencia ordinaria en sus esfuerzos por restablecer el orden social y estudiar posibles soluciones al conflicto. El Tribunal acepta también que la decisión de desistir del cumplimiento a partir de dicha fecha se basó en una valoración *bona fide* por parte del Estado de que la imposición del peaje en Ticlio era imposible, dada la oposición social generada y que, por tanto, cualquier intento de seguir cumpliendo con dicha obligación sería inútil.
235. Dado el escenario descrito, la Demandada alega que la obligación establecida en la Cláusula 9.1 no es *“exigible a la República, puesto que las protestas sociales están definidas en el propio Contrato como situaciones de fuerza mayor (Cláusula 17.1)”* (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 127). Como explicó el perito jurídico de la Demandada (Primer informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶ 351):
- “(…) por definición, la fuerza mayor es irresistible. En ese sentido, independientemente de lo que el Estado Peruano hubiera podido hacer, nunca hubiera podido resistir dicha situación (...) En tal sentido, resulta contradictorio que DEVIANDES sostenga, por un lado, que las protestas sociales constituyeran un evento de fuerza mayor y, por otro lado, asevere que el Estado incumplió su obligación de realizar sus mejores esfuerzos para restablecer el orden social. Si tal orden social fue quebrado por una situación de fuerza mayor, no puede haber responsabilidad del Estado precisamente porque el evento que originó el conflicto tenía la condición de imprevisible, irresistible y extraordinario”.*
236. Sin embargo, la Parte afectada por la declaración de fuerza mayor fue el Concesionario. La resolución de OSITRAN y el informe en el que esta se apoyaba

hacían referencia a la causa de fuerza mayor invocada por el Concesionario (C-066). Los actos de protesta social impidieron el cumplimiento de la obligación del Concesionario de explotar la Unidad de Peaje de Ticlio y de las obligaciones relativas al inicio de la explotación de la nueva Unidad de Peaje de Ticlio (C-066, Informe, ¶ 5.4).

237. Sin embargo, las protestas sociales no impedían el cumplimiento de las obligaciones del Concedente de acuerdo con los últimos dos párrafos de la Cláusula 9.1 de “*agotar esfuerzos*” para que el Concesionario pudiera cumplir con su obligación o asumir los montos que el Concesionario dejase de recaudar. De hecho, OSITRAN reconoció expresamente que las obligaciones del Concedente de facilitar la explotación del peaje de Ticlio no se vieron afectadas (C-066, Informe, ¶ 5.3). Es más, una declaración de fuerza mayor solo podía suspender las obligaciones “*afectadas por un hecho de fuerza mayor*” (Cláusula 17.2), por lo que el Concedente no quedó liberado “*del cumplimiento de las obligaciones que no sean suspendidas por dichos eventos*” (Cláusula 17.3, último párrafo; Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 183-195).
238. Una interpretación sistemática de la Cláusula 9.1 no lleva sino a confirmar que las obligaciones del Concedente no se vieron afectadas por la declaración de fuerza mayor. La Cláusula 9.1 (párrafo antepenúltimo) reconoce expresamente que, como consecuencia de los actos de protesta social, el Concesionario podría verse imposibilitado para explotar las unidades de peaje y que ello podría considerarse como un evento de fuerza mayor de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 17.1(a). Los dos últimos párrafos de la Cláusula 9.1 establecen las obligaciones del Concedente precedidas de la expresión “*sin perjuicio de lo anterior*”, lo que confirma que dichas obligaciones continúan vigentes con independencia de que los actos de protesta social puedan calificarse como un evento de fuerza mayor.
239. El Tribunal acepta sin reservas el criterio del Ministerio de Interior de que el uso de la fuerza para establecer el peaje en Ticlio no era una opción viable. Sin embargo, una vez descartado el uso de la fuerza, la obligación de agotar esfuerzos exigía al Concedente estudiar otros medios que permitieran al Concesionario explotar las cuatro unidades de peaje. El Concedente también valoró y descartó la reubicación o modificación del peaje (R-130). Otras posibilidades que el MTC había propuesto con anterioridad y que podían haber continuado estudiándose después del 6 de marzo de 2018 eran el establecimiento de tarifas diferenciadas para los transportistas dentro la provincia de Yauli y una mayor fiscalización de las rutas interprovinciales y del pesaje de las unidades de transporte que circulan por la Carretera Central, a fin de que se aplicase la normativa vigente (R-068, ¶ 5.1.12; Transcripción, Día 4, págs. 1295-1298 (Ruiz)). La Demandada insistió en la idea de que el peaje debía contar con una “*licencia social*” otorgada por la población local y que esta no podía obtenerse sin el compromiso y la participación del Concesionario (Transcripción, Día 4, pág.1276). Si ese fuera el caso, el Concedente podía haber propuesto una estrategia conjunta para tratar de obtener la mencionada licencia social, aun siendo consciente de que las expectativas de éxito eran escasas.

240. Las Partes y sus peritos jurídicos examinaron el alcance de la obligación de agotar esfuerzos y, en particular, abordaron la cuestión de si el cumplimiento de dicha obligación requería un nivel de diligencia ordinario (tal como se define en el artículo 1314 del Código Civil) o un nivel de diligencia superior (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 93-115; Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 197-204). El Tribunal considera que una característica esencial de la obligación de agotar esfuerzos es la persistencia en la búsqueda de posibles opciones durante los seis meses de vigencia de la obligación. El componente de la persistencia está implícito en la acepción ordinaria del término “agotar”, así como en la contraprestación de la suspensión, esto es, el derecho del Concesionario a una indemnización por un período de seis meses. El factor decisivo no es el nivel de diligencia exigido, y el Tribunal acepta que un nivel ordinario de diligencia durante el mencionado período de seis meses podría haber sido suficiente para cumplir con la obligación. Sin embargo, lo que no es admisible es que la Demandada dejase de hacer esfuerzos encaminados a instalar el cuarto peaje en Ticlio antes de que venciera el plazo de seis meses, y esto es precisamente lo que hizo la Demandada a partir del 6 de marzo de 2018. En breve, no es admisible el abandono de la obligación.
241. La Demandada impugna la conducta del Concesionario en varios sentidos, pero no demuestra que la Demandante haya incurrido en ningún incumplimiento del Contrato que pueda liberar a la Demandada de su obligación de agotar esfuerzos. En particular, la Demandante no creó la situación de oposición social al peaje de Ticlio, situación que las Partes habían previsto mucho antes de las protestas de febrero de 2018. Si bien es cierto que el estado de la Carretera podría haber contribuido a la oposición a los peajes, el Concesionario no es responsable de dicho estado en virtud del Contrato, dado que los Comités de Aceptación habían aceptado las obras inmediatamente antes del anuncio de los nuevos peajes.
242. Las pruebas demuestran que la explotación del peaje de Ticlio requería una “licencia social” para poder vencer la resistencia social. Durante el mes de febrero de 2018, el Estado restableció la paz y orden social, pero, a partir del 6 de marzo de ese mismo año, no adoptó ninguna medida significativa para facilitar la obtención de la licencia social necesaria para la explotación de una cuarta unidad de peaje. Así pues, el Estado cumplió con sus obligaciones constitucionales de mantener el orden, pero incumplió su obligación contractual hacia el Concesionario de agotar esfuerzos para que este pudiera cumplir con su obligación de explotar las unidades de peaje.
243. Por los motivos expuestos, el Tribunal considera que, desde el 6 de marzo de 2018, la Demandada ha incumplido la obligación establecida en la Cláusula 9.1, último párrafo, al no haber agotado esfuerzos para que el Concesionario pueda cumplir con la obligación de explotar las unidades de peaje.

***(c) Los efectos contractuales del incumplimiento***

244. La Demandante alega que el abandono por la Demandada de su obligación de agotar esfuerzos impidió que Deviandes tuviera acceso a los recursos que podrían haberse

generado en Ticlio del 20 de febrero al 20 de agosto de 2018. “*Por ello, DEVIANDES solicita que, respecto de este (...) período, Perú indemnice a DEVIANDES con los ingresos frustrados durante ese intervalo de tiempo*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 218).

245. La Demandante explica que dicha reclamación tiene naturaleza indemnizatoria, por lo que el Tribunal debe otorgarle una indemnización que la coloque en la misma situación en la que se encontraría si Perú no hubiera incurrido en el incumplimiento de su obligación de agotar esfuerzos (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 220).
246. La Demandante afirma que “*existe una conexión directa e inmediata entre la decisión (intencional y premeditada) de Perú de no agotar esfuerzos y de eliminar el peaje con la privación de la recaudación que sufrió DEVIANDES*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 166). La Demandante invoca la obligación de buena fe (art. 1362 Código Civil) y la doctrina del abuso de derecho, en virtud de las cuales no cabe admitir interpretaciones o conductas que vacíen de contenido las obligaciones y los derechos de las Partes. Señala asimismo que no es jurídicamente aceptable premiar a Perú por su incumplimiento, y solicita que el Tribunal condene al Concedente a indemnizar a Deviandes por la privación de su derecho de explotación derivada de la falta de agotamiento de esfuerzos para permitir el cobro del peaje (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 167-173).
247. La Demandada alega que Deviandes no ha probado que haya sufrido un daño resarcible “*toda vez que el Contrato pone en cabeza de Deviandes la obligación de asumir los montos dejados de recaudo durante los primeros seis meses tras declarada la fuerza mayor*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 292). Alega también la ausencia de un nexo causal entre el incumplimiento de Perú y el supuesto daño sufrido por Deviandes (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 293), dado que esta no ha demostrado en qué medida el agotamiento de esfuerzos por parte de Perú hubiera culminado en la instalación del peaje (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 293).
248. A fin de esclarecer cuáles son los efectos contractuales del incumplimiento de la obligación de agotar esfuerzos, es preciso hacer una interpretación integral del último párrafo de la Cláusula 9.1 del Contrato. Dicho párrafo impone al Concedente dos obligaciones distintas y, al mismo tiempo, estrechamente vinculadas. La relación entre ambas es la clave para determinar los efectos contractuales del incumplimiento:
  - 248.1. La primera obligación (agotar esfuerzos) precede a la segunda (asumir los montos dejados de recaudar), puesto que aquella entra en vigor de forma inmediata una vez declarado un evento de fuerza mayor como consecuencia de las protestas sociales, mientras que la segunda obligación entra en vigor en el caso de que las protestas persistan durante más de seis meses.



- 248.2. La segunda obligación viene a demostrar que las Partes consideraban que la falta de explotación del peaje causaría *ipso facto* un perjuicio al Concesionario y que dicha pérdida sería equivalente a los montos dejados de recaudar.
- 248.3. La obligación de asumir los montos dejados de recaudar es independiente del cumplimiento o la falta de cumplimiento por el Concedente de su obligación de agotar esfuerzos para superar los efectos de la fuerza mayor durante seis meses. En efecto, la segunda obligación no entra en vigor porque el Concedente no haya cumplido con la primera obligación, sino en el momento en que sea evidente que los esfuerzos son infructuosos, lo que queda patente una vez transcurrido un período de seis meses sin éxito.
- 248.4. La frase “*en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses*” opera en favor del Concedente como una exoneración o limitación temporal de la obligación de pagar los montos dejados de recaudar por el Concesionario.
- 248.5. La limitación temporal establecida para la activación de la segunda obligación requiere, como contrapartida, que se haya cumplido la primera obligación.
249. Con su decisión del 6 de marzo de 2018 de eliminar el peaje de Ticlio, el Concedente estaba reconociendo implícitamente que los esfuerzos que pudiera realizar en adelante serían infructuosos. Por tanto, dicha decisión entrañaba un abandono deliberado y unilateral de la primera obligación en la fecha mencionada. Como ya se ha explicado, la primera obligación no existe de manera aislada, sino que está vinculada secuencialmente a la segunda, y no puede haber ninguna interrupción temporal entre el cumplimiento de sendas obligaciones. Dicho de otra forma, la correcta interpretación del Contrato no permite a la Demandada reclamar el beneficio de una limitación temporal cuya aplicación depende precisamente del cumplimiento de una obligación que, en este caso, la Demandada ha abandonado. Al contrario, el efecto del abandono de la primera obligación es el adelantamiento de la entrada en vigor de la segunda obligación.
250. Por los motivos expuestos, cabe concluir que la obligación del Concedente de asumir los montos que dejó de recaudar el Concesionario entró en vigor el 7 de marzo de 2018. El Tribunal subraya que esta interpretación es coherente con el principio de buena fe y con el artículo 1328 del Código Civil, en virtud del cual “[e]s nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor...”
251. Ahora bien, aún debe dilucidarse la cuestión relativa a la indemnización a la que la Demandante tiene derecho por el período del 7 de marzo al 20 de agosto de 2018. En igualdad de circunstancias, el adelantamiento de la entrada en vigor de la segunda obligación significaría que el cálculo de los montos dejados de recaudar comenzaría el 7 de marzo de 2018. Sin embargo, la Demandante solo ha solicitado que la Demandada asuma los montos dejados de recaudar desde el 21 de agosto de

2018, mientras que, por el período anterior a dicha fecha, ha solicitado el pago de una indemnización equivalente a los daños sufridos (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 210, 220). Existe una diferencia conceptual entre una indemnización por el incumplimiento de la obligación de agotar recursos y la obligación de pagar los montos dejados de recaudar.

252. La pérdida sufrida por el Concesionario desde el 7 de marzo hasta el 20 de agosto de 2018 es, sin embargo, equivalente a los montos dejados de recaudar durante dicho período dado que, una vez que el Concedente hubo reconocido que sus posteriores esfuerzos serían inútiles, la única manera de cumplir con su obligación de buena fe habría sido admitir abiertamente que no seguiría adelante.
253. Como ya se ha explicado, la intención común de las Partes, tal como se expresa en la Cláusula 9.1, era que, una vez fuera evidente que sus posteriores esfuerzos serían infructuosos, la Demandada asumiría los montos dejados de recaudar. El 6 de marzo de 2018, fecha en la que el Concedente decidió eliminar el cuarto peaje y abandonar su obligación, el principio de buena fe exigía la comunicación de dicha decisión al Concesionario y la aceptación de las consecuencias contractuales.

**C. LA OBLIGACIÓN DE ASUMIR LOS MONTOS QUE DEJE DE RECAUDAR EL CONCESIONARIO**

**1. Postura de las Partes**

**(a) La Demandante**

254. La Demandante sostiene (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 177, nota al pie omitida) que:

*“No existe controversia que, en virtud de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, si transcurrieran más de seis meses desde el inicio de la suspensión de obligaciones por fuerza mayor debido a la oposición social, Perú debía asumir el riesgo por la falta de recaudación, tal como ha sido admitido y explicado por el propio experto legal de Perú”.*

255. La Demandante hace referencia a las admisiones de la Demandada y al reconocimiento, tanto en los escritos como por el perito jurídico de la Demandada, de la obligación de pagar los montos dejados de recaudar, y alega que el compromiso contingente previsto en la Cláusula 9.1 es “habitual” en los contratos de concesión firmados por el Estado peruano (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 178-187; Memorial de Réplica, ¶ 404).
256. La Demandante rechaza las siguientes alegaciones de la Demandada:
- 256.1. Que el mecanismo de compensación por los montos dejados de recaudar implica la desnaturalización del carácter autosostenible del Contrato de Concesión (Memorial de Réplica, ¶¶ 406-436).

- 256.2. Que el hecho de que los ingresos del Concesionario, aun sin la explotación de la unidad de peaje de Ticlio, hayan sido superiores a las proyecciones de las Partes en el momento de celebrar el contrato, extingue los derechos de la Demandante a la explotación y el cobro en la unidad de peaje de Ticlio (Memorial de Réplica, ¶¶ 437-446).
- 256.3. Que la única garantía contingente contemplada en el Contrato es el Ingreso Mínimo Anual Garantizado (el “*IMAG*”) (Memorial de Réplica, ¶¶ 447-454).
- 256.4. Que la Cláusula 17.4 del Contrato de Concesión establece una limitación temporal al alcance de la obligación de asumir los montos dejados de recaudar, puesto que en caso de fuerza mayor se puede solicitar la caducidad de la Concesión cuando la causa del evento persista durante más de 90 días naturales (Memorial de Réplica, ¶¶ 455-467, 721-722; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 223-227; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 188-199).
- 256.5. Que la obligación de pagar los montos dejados de recaudar se ha tornado excesivamente onerosa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1440 del Código Civil (Memorial de Réplica, ¶¶ 468-485, 724; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 200-207).
- 256.6. Que la obligación de pagar los montos dejados de recaudar puede extinguirse como consecuencia de la fuerza mayor (Memorial de Réplica, ¶¶ 486-491).

**(b) La Demandada**

257. Por su parte, la Demandada sostiene que si, tal como pretende Deviandes, no existiese ninguna limitación temporal a la obligación de pagar los montos dejados de recaudar, “*se desnaturalizaría el carácter autofinanciado de la Concesión, puesto que el Perú tendría que pagar de manera permanente, un subsidio de millones de dólares al Concesionario hasta el fenecimiento del plazo*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 187).
258. La Demandada señala que la pretensión del Concesionario de que el Estado asuma los montos dejados de recaudar “*es incompatible con las características de una concesión autofinanciada y con la estructura y asignación de riesgos del Contrato, además de no tener asidero en las disposiciones contractuales ni en la ley*”. “*Esto alteraría fundamentalmente la razón de ser de la Concesión, (...) [d]e manera que, de los 25 años de duración de la Concesión, DEVIANDES pretende que el Estado contribuya al financiamiento y le pague durante 14 años montos dinerarios que derivan de hechos que no le son imputables al Concedente y más aún, cuando han transcurrido tan solo 10 años desde la firma del Contrato*”. La naturaleza autofinanciada de la Concesión constituye, por tanto, un límite objetivo que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la Cláusula 9.1 del Contrato (Memorial de Contestación, ¶¶ 457, 459, 478-482; Memorial de Dúplica de la

Demandada, ¶¶ 499-501; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 197, 237-241).

259. La Demandada sostiene que la única garantía no financiera del Contrato era el IMAG. Dado que los ingresos de Deviandes superaban las proyecciones calculadas por Proinversión y que dichos ingresos también estaban por encima del IMAG, aun sin el funcionamiento del peaje en Ticlio, no procedía activar el IMAG. Señala que lo que está reclamando el Concesionario no es una cantidad necesaria para asegurar la explotación de la Concesión, ya que los ingresos recaudados por el Concesionario en las tres unidades de peaje operativas han sido superiores a las proyecciones de las cuatro unidades de peaje, y también superiores al IMAG hasta el año 2019 (Memorial de Contestación, ¶¶ 235-245, 461; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 195-196, 207).
260. La Demandada señala que la Cláusula 9.1 del Contrato no puede interpretarse aislándola del contexto e ignorando el claro tenor de la Cláusula 17.4, que establece un límite temporal al riesgo asumido por el Concedente. Sostiene que es una “*Parte afectada*” en el sentido de la Cláusula 17.4 y que la fuerza mayor es siempre un evento temporal. “*Así, la Cláusula 9.1 establece en su párrafo final la extensión que le corresponde al Concesionario (seis meses desde que se declara la fuerza mayor) y la Cláusula 17.4 establece un límite temporal para la asunción de riesgo del Concedente, fijando una extensión de 90 días desde que culmina el plazo de seis meses recién señalado*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 200-233; Memorial de Contestación, ¶¶ 491-498; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 528-568).
261. La Demandada alega que existen razones independientes que justificarían limitar el alcance temporal de la Cláusula 9.1, incluso si se ignora la Cláusula 17.4 (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 234-259; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 540, 542-548, 554-557), a saber:
  - 261.1. Que no es jurídicamente posible que la suspensión de las obligaciones se mantenga durante toda la vigencia del Contrato. La Demandada se apoya en el artículo 1431 del Código Civil (resolución por imposibilidad de la prestación). “[*A*]nte la imposibilidad de cumplir con su obligación de operar el peaje en Ticlio, *DEVIANDES* queda liberado de hacerlo, pierde derecho a la contraprestación, y el contrato debe resolverse de pleno derecho” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 236).
  - 261.2. Que un evento de fuerza mayor que se prolongue más allá del límite de la Cláusula 17.4 es un acontecimiento no previsto cuya inusitada duración hace que la prestación se torne excesivamente onerosa. La Demandada invoca, *inter alia*, el artículo 1440 del Código Civil (excesiva onerosidad de la prestación).
  - 261.3. Que la extinción de la obligación es un efecto de la excesiva duración del caso fortuito prevista por el artículo 1316 del Código Civil.

261.4. Que si la obligación de asumir el riesgo establecida en la Cláusula 9.1 subsistiese durante toda la vigencia de la Concesión, ello resultaría incompatible con la naturaleza autofinanciada de esta.

262. Cada una de las Partes ha presentado pruebas periciales en relación con las cuestiones jurídicas suscitadas por las posturas expuestas (Informes de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza; Informes de D. Enrique Ferrando Gamarra) y ha interrogado a los peritos sobre dichas cuestiones en la audiencia.

## 2. Decisión del Tribunal

263. El punto de partida del análisis del Tribunal es la redacción utilizada en la frase final del último párrafo de la Cláusula 9.1 para establecer la obligación de asumir los montos que deje de recaudar el Concesionario:

*“(…) y en caso persista la referida resistencia social por más de seis (6) meses, el CONCEDENTE asumirá los montos que deje de recaudar el CONCESIONARIO”.*

264. Es una cuestión pacífica que el peaje de Ticlio ha sido abandonado a causa de la resistencia social. El Concesionario propuso iniciar la explotación del peaje el 20 de febrero de 2018, lo que implica que el plazo de seis meses venció el 20 de agosto de 2018.

265. La redacción del último párrafo de la Cláusula 9.1 no deja lugar a la ambigüedad. La Cláusula establece, de forma imperativa, que el Concedente “*asumirá*” los montos que deje de recaudar el Concesionario. El cálculo correcto de “los *montos dejados de recaudar*” puede plantear dudas (que el Tribunal aborda en detalle más adelante, en el apartado dedicado a los daños), pero la naturaleza jurídica de la obligación es inequívoca: el Concedente asumirá los montos.

266. Las Partes se remiten a las sucesivas redacciones del último párrafo de la Cláusula 9.1, pero esto no merece mayor consideración. El Contrato “*debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*” (tal como dispone el artículo 168 del Código Civil) y, partiendo de esta premisa, la obligación del Concedente no es otra que la de asumir los montos dejados de recaudar.

267. La Demandada sostiene que la obligación de asumir los montos está sujeta a un límite temporal de 90 días a contar desde la fecha de vencimiento del plazo de seis meses, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 17.4, a tenor de la cual:

*“En caso la suspensión se extienda por más de noventa (90) Días Calendario contados desde la respectiva declaración, la Parte afectada por dicha suspensión podrá invocar la Caducidad del Contrato”.*

268. El Tribunal subraya lo siguiente:

- 268.1. Que la Cláusula 17.4 no se refiere a las obligaciones contempladas en la Cláusula 9.1 ni establece expresamente que la obligación de asumir los montos dejados de recaudar caduque una vez transcurridos 90 días.
- 268.2. Que la obligación de asumir los montos dejados de recaudar entra en vigor como consecuencia de un evento de fuerza mayor. Dicha obligación no se suspende, sino que se activa en el momento en que se declara un evento de fuerza mayor. En este sentido, el último párrafo de la Cláusula 17.3 deja claro que:
- “La fuerza mayor o caso fortuito no liberará a las Partes del cumplimiento de las obligaciones que no sean suspendidas por dichos eventos”.*
- 268.3. Que el plazo de 90 días comienza en la fecha en que se suspende la obligación, no en la fecha en que esta entra en vigor, como asume la Demandada. Como consecuencia del evento de fuerza mayor, el Regulador suspendió los niveles de servicio vinculados a la explotación del peaje de Ticlio por primera vez el 15 de febrero de 2018, lo que significa que el plazo de 90 días pudiera haber vencido antes de que entrara en vigor la obligación de asumir los montos dejados de recaudar;
- 268.4. Que la Cláusula 17.4 autoriza a “la Parte afectada” a “invocar la Caducidad del Contrato”. El procedimiento aplicable a la caducidad del Contrato se establece en el capítulo XVI. El “vencimiento del plazo establecido en la Cláusula 17.4” se define en la Cláusula 16.12.i) como el plazo transcurrido el cual el Concesionario tendrá la opción de resolver el Contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito. Nada de lo previsto en el capítulo XVI permite concluir que el Concedente tiene la facultad de invocar la Caducidad del Contrato por motivos de fuerza mayor.
269. Por los motivos expuestos, queda patente que la Cláusula 17.4 no establece ningún límite temporal a la obligación de asumir los montos dejados de recaudar.
270. La Demandada alega que el cumplimiento de la obligación del Concesionario de explotar las cuatro unidades de peaje ha devenido imposible y que el Contrato está resuelto de acuerdo con el artículo 1431 del Código Civil. El perito D. Enrique Ferrando Gamarra resumió este argumento en los siguientes términos (Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶ 255):
- “Es evidente que una obligación no puede quedar temporalmente suspendida durante todo el plazo del Contrato, pues en ese caso, la obligación habría sido absolutamente imposible desde que se produjo el evento que impidió su ejecución, lo cual habría acarreado la resolución de pleno derecho del Contrato. Así lo establece el artículo 1431º del Código Civil, cuando se señala que “en los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes,*

el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, (...) el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido”. *Por lo tanto, ante una situación de imposibilidad absoluta, el Contrato habría quedado resuelto de pleno derecho, sin necesidad de que alguna de las partes lo declarase”.*

271. El Tribunal advierte que el argumento transcrito en el párrafo anterior no hace referencia a la excepción contemplada en el segundo párrafo del artículo 1431, a cuyo tenor:

*“Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor”.*

272. Esta reserva es aplicable en el caso que nos ocupa. En el último párrafo de la Cláusula 9.1, las Partes acordaron que el riesgo de la imposibilidad de explotar la unidad del peaje de Ticlio a causa de una resistencia social de una duración superior a seis meses sería asumido por el Concedente (el acreedor de la obligación de explotar las unidades de peaje). La imposibilidad solo daría lugar a la resolución cuando los términos contractuales no permitieran extraer una conclusión distinta, de manera expresa o implícita. *“Perú otorgó al Concesionario una garantía ante un evento de imposibilidad; no puede ahora liberarse de ella”* (Segundo Informe de D.ª María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 135-137; MQ-081, págs. 202-203).

273. La Demandada invoca también el artículo 1440 del Código Civil:

***“Título VIII  
Excesiva Onerosidad de la Prestación***

***Definición***

***Artículo 1440º.-*** *En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.*

*Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.*

274. En opinión del perito jurídico de la Demandada, cabe afirmar lo siguiente: (i) que las protestas sociales fueron imprevisibles porque la imprevisibilidad es un requisito para la calificación de las protestas como un evento de fuerza mayor de acuerdo con la Cláusula 17.1 del Contrato, y (ii) que, puesto que la modalidad utilizada para esta Concesión es la de concesión autofinanciada, el hecho de que el Estado se vea obligado a subvencionar, durante los años restantes de la Concesión,

la falta de ingresos derivada de una situación de fuerza mayor, configura claramente un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación (Primer Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 370-372; Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 266-271).

275. En opinión de la perita jurídica de la Demandante, no cabe invocar la excesiva onerosidad de la prestación, dado que las protestas sociales que impiden la explotación por Deviandes del Peaje de Ticlio no constituyen un evento imprevisible, sino, antes bien, el supuesto expresamente previsto en la Cláusula 9.1. No es suficiente que las protestas sociales hayan sido calificadas como un evento de fuerza mayor en la Cláusula 17.1 y, en cualquier caso, esta cláusula solo reconoce como evento de fuerza mayor aquellas protestas sociales que afecten al Concesionario. Por último, la Cláusula 10.8 del Contrato y la normativa en materia de Asociaciones Público-Privadas no admiten que se pueda recurrir al ajuste de las prestaciones por eventos imprevisibles y extraordinarios, distintos al cambio en las normas aplicables (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 201-215; Segundo Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 154-167).
276. El Tribunal desestima las pretensiones de la Demandada. La aplicación del artículo 1440 a las consecuencias económicas de las protestas sociales queda descartada por las disposiciones expresas del Contrato relativas a la imprevisión, el equilibrio económico-financiero y las consecuencias económicas de la imposibilidad de explotar la cuarta unidad de peaje:
- 276.1. El riesgo de que deviniera imposible explotar la cuarta unidad de peaje a causa de las protestas sociales estaba previsto y contemplado en la Cláusula 9.1 del Contrato. El Concedente aceptó expresamente asumir dicho riesgo e indemnizar al Concesionario por las consecuencias económicas derivadas del mismo.
- 276.2. En el momento en que las Partes firmaron el Contrato, declararon que “*el presente Contrato se encuentra en una situación de equilibrio económico-financiero en términos de derechos, responsabilidades y riesgos asignados a las Partes*” (Cláusula 10.7), lo que constituye una aceptación implícita por parte del Concedente de que la asunción del riesgo económico asociado a una eventual oposición al peaje de Ticlio no era excesivamente onerosa.
- 276.3. El Contrato establecía su propio mecanismo para restablecer el equilibrio económico-financiero en determinadas circunstancias y con sujeción a un procedimiento detallado (Cláusulas 10.7 a 10.10).
- 276.4. El Contrato definía expresamente las consecuencias de la fuerza mayor o el caso fortuito y establecía un procedimiento para la suspensión de las obligaciones. Este procedimiento se ha seguido y OSITRAN ha ordenado la suspensión. En relación con los eventos imprevistos, tal como estos se definen en el Contrato, las Partes habían acordado que la fuerza mayor “*no liberará a las Partes del cumplimiento de las obligaciones que no sean*



*suspendidas por dichos eventos” (Cláusula 17.3), lo que excluye la modificación de los términos del Contrato por parte del Tribunal.*

277. A lo anterior cabe añadir que, de hecho, las protestas sociales no pueden ser calificadas como un acontecimiento extraordinario e imprevisible, puesto que estaban previstas en el propio Contrato (firmado en 2010) y las Partes ya habían tratado este asunto en los meses anteriores a la publicación del tarifario. La oposición social era algo esperado tan pronto como el peaje se anunciase y, por este motivo, se había previsto incluso la duración del período en el que el Concesionario debería eventualmente asumir las consecuencias económicas de dicho riesgo.
278. La Demandada se apoya también en el artículo 1316 del Código Civil (que establece que una obligación se extingue si la prestación no se lleva a cabo por causa no imputable al deudor) para defender que existe una limitación temporal a la asunción del riesgo por parte del Concedente (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 540). Sin embargo, el artículo 1316 no puede aplicarse en este contexto, dado que nada impide al Concedente cumplir con su obligación de asumir los montos dejados de cobrar.
279. Por último, el Tribunal aborda la cuestión de la naturaleza autofinanciada de la Concesión que, a juicio de la Demandada, constituye un límite objetivo que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la Cláusula 9.1 del Contrato. El fundamento jurídico de este alegato es el siguiente (Memorial de Contestación, ¶¶ 480-481, notas al pie omitidas):

*“480. (...) No puede invocarse el tenor literal de la cláusula, sin considerar la naturaleza y las características del Contrato, así como el contenido de las demás cláusulas, conforme lo exigen los artículos 169 y 170 del Código Civil.*

*481. Esto quiere decir que ninguna de las cláusulas del Contrato admite una interpretación que resulte incompatible con la naturaleza autofinanciada de la concesión, que es la característica fundamental del Contrato”.*

280. El argumento de la Demandada asume que los artículos 169 y 170 del Código Civil (que tratan de la interpretación sistemática e integral) permitirían hacer una interpretación contraria a los términos inequívocos del Contrato, avalada por el artículo 168 (interpretación objetiva), tal como se explica más arriba. Esta propuesta ignora otros artículos relevantes del Código Civil (como los artículos 1361 y 1362; véase el Segundo Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 66-75) y no puede aceptarse sin reservas. En cualquier caso, el análisis de las disposiciones del Contrato en su conjunto no justifica en modo alguno una desviación del sentido inequívoco del último párrafo de la Cláusula 9.1.
281. La Demandada sostiene asimismo que una interpretación de los términos del Contrato que sea incompatible con la naturaleza autofinanciada de la Concesión es inadmisibles. Este planteamiento es, sencillamente, incorrecto y contrario a lo

previsto en la Cláusula 10.1, que reconoce que la naturaleza autofinanciada podría estar sujeta a algunas excepciones concretas contempladas en el Contrato (Cláusula 10.1, énfasis añadido):

*“Los costos de inversión, Operación y Conservación en que incurra el CONCESIONARIO serán cubiertos con la recaudación del Peaje, salvo en los casos específicos previstos en el presente Contrato”.*

282. Por añadidura, la obligación de asumir los montos dejados de recaudar es una garantía no financiera y contingente, y una garantía de esta naturaleza no “desnaturaliza” el carácter autofinanciado de la Concesión. Esta garantía fue introducida en el Contrato por el Concedente con el fin de mejorar el perfil del proyecto sin alterar su naturaleza autofinanciada, y para eliminar la incertidumbre de que una eventual persistencia de la resistencia social impidiera el cobro del peaje (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 120-133; Segundo Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 88-94). El Tribunal está de acuerdo con la siguiente descripción de la obligación (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶ 139):

*“(…) la obligación del Concedente de asumir los montos dejados de recaudar por el Concesionario, en el supuesto contemplado en la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, constituye una garantía (compromiso contingente) no financiera, en los términos de la Ley de APP. De modo similar al IMAG, dicha garantía se activa ante la ocurrencia de un hecho incierto. Esta disposición fue insertada por el propio Estado peruano, que asumió una obligación contingente de pago con la finalidad de “eliminar la incertidumbre” de un desorden social persistente que impidiese al Concesionario recaudar peajes en la estación de Ticlio”.*

283. Finalmente, el hecho de que los ingresos del Concesionario fueran superiores a las proyecciones y estuvieran también por encima del IMAG, aun sin el funcionamiento del Peaje en Ticlio, no libera al Concedente de su obligación de asumir los montos dejados de recaudar ni afecta a la interpretación de dicha obligación. El Contrato de Concesión otorga al Concesionario el derecho a explotar cuatro unidades de peaje, y el derecho a los ingresos derivados de la explotación de la cuarta unidad no depende del nivel de ingresos obtenidos mediante la explotación de las demás unidades.
284. Por los motivos expuestos, el Tribunal estima la reclamación de la Demandante y condena a la Demandada a pagar a la Demandante los montos que esta haya dejado de recaudar en la Unidad de Peaje de Ticlio desde el 21 de agosto de 2018 hasta la fecha de emisión del laudo, y desde esta fecha hasta (i) que Perú permita y garantice a la Demandante el ejercicio del derecho de explotación en la cuarta unidad de peaje de forma efectiva, pacífica y continua o (ii) la fecha de vencimiento de la Concesión.

## **D. EL CONTRATO DE GARANTÍA**

### **1. Postura de las Partes**

#### **(a) La Demandante**

285. La Demandante sostiene que los incumplimientos del Contrato de Concesión por parte de Perú se constituyen al mismo tiempo que el incumplimiento del Contrato de Garantía (Memorial de la Demandante, ¶¶ 277-278). La posición de la Demandante es que “[t]oda acción u omisión del Estado Peruano que suponga incumplir el Contrato de Concesión es al mismo tiempo un incumplimiento del Contrato de Garantía” (Memorial de Réplica, ¶ 501). Afirma que la posición de Perú se basa en “una separación artificial entre obligaciones que serían puramente contractuales y actos de *ius imperium*” (Memorial de Réplica, ¶ 502; ver también Memorial de Réplica, ¶¶ 492-509; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 18-25).

#### **(b) La Demandada**

286. La Demandada, por su parte, sostiene que “el Contrato de Garantía no se incumpliría por supuestos incumplimientos de actividades contractuales, sino solo si el Estado Peruano incumple con los mandatos constitucionales y emite leyes u otros actos soberanos que particularmente modifiquen, alteren o interfieran en el contenido del Contrato de Concesión” (Memorial de Contestación, ¶ 515). Perú alega que el Contrato de Garantía solamente adquiere sentido si sus obligaciones tienen un contenido diferente a las obligaciones del Contrato de Concesión, y niega cualquier incumplimiento del Contrato de Garantía (Memorial de Contestación, ¶¶ 510-516; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 570-575; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 260-263).

### **2. Decisión del Tribunal**

287. El Tribunal hace las siguientes observaciones:

287.1. La Demandante no alega que se haya producido ninguna pérdida adicional como consecuencia del presunto incumplimiento del Contrato de Garantía, sino que tan solo pretende obtener una declaración de que dicho contrato se ha incumplido. La Demandada afirma que tal alegación es “*puramente retórica*”, dado que no existen “*consecuencias jurídicas de la pretendida violación*” (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 575; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 261);

287.2. El Contrato de Garantía contiene una cláusula arbitral que exige la resolución de las controversias mediante el procedimiento establecido en el Capítulo XVIII del Contrato de Concesión (C-002; Cláusula Tercera). Las Partes no han cuestionado la jurisdicción de este Tribunal para emitir la declaración solicitada por la Demandante.

288. La garantía, en lo que aquí concierne, está redactada en los siguientes términos (C-002, Cláusula 2.1):

*“En virtud del presente CONTRATO DE GARANTÍA, EL ESTADO garantiza a EL INVERSIONISTA, las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en el CONTRATO DE CONCESIÓN. Esta garantía no constituye una garantía financiera”.*

289. Los peritos jurídicos de las Partes han explicado el contexto legislativo del Contrato de Garantía, que se encuentra en la figura de los contratos-ley (Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 40-57; Segundo Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 51-57; Primer Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 380-387; Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 295-307). El Decreto Supremo N.º 192-2010-EF contiene una autorización expresa, en los siguientes términos: *“procede otorgar mediante contrato, las seguridades y garantías del Estado de la República del Perú en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión (...)”* (C-144). Por otra parte, los peritos están de acuerdo en que el objetivo primordial del Contrato de Garantía es proteger el Contrato de Concesión de eventuales cambios legislativos. Por último, tanto el Contrato de Garantía como el Decreto Supremo otorgan expresamente una garantía de las obligaciones del Concedente establecidas en el Contrato de Concesión.

290. El Contrato de Garantía no constituye una garantía financiera, y la Demandante no solicita ninguna indemnización como consecuencia de su incumplimiento. No obstante, el Concedente ha incumplido tanto su obligación de respetar el procedimiento para constituir el Comité de Aceptación de Obras como las obligaciones establecidas en la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión y, salvo que se hubiesen subsanado antes de la reclamación relativa a la garantía (lo que en este caso no ha ocurrido), tales incumplimientos constituyen a su vez un incumplimiento de la garantía de las mencionadas obligaciones, otorgada por separado. En consecuencia, la Demandante tiene derecho a que se declare que se ha producido un incumplimiento del Contrato de Garantía, tal como ha solicitado.

**E. DECLARACIONES RELATIVAS A LA RECEPCIÓN DE TERRENOS Y A LA EJECUCIÓN DE LAS ONPA FALTANTES**

**1. Postura de las Partes**

**(a) La Demandante**

291. La Demandante solicita al Tribunal que declare que DEVIANDES no está obligada a recibir los terrenos necesarios para la ejecución de las ONPA faltantes ni a ejecutar dichas ONPA hasta que la Demandada no haya pagado los montos ordenados por el Tribunal en este Laudo, así como los montos que DEVIANDES deje de recaudar en la Unidad de peaje de Ticlio en función de la liquidación mensual correspondiente (Memorial de Réplica, ¶ 674.7).

**(b) La Demandada**

292. Por su parte, la Demandada solicita al Tribunal que declare que DEVIANDES está obligada a recibir los terrenos necesarios para la ejecución de las ONPA faltantes y a ejecutar dichas ONPA (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 844.i).

**2. Decisión del Tribunal**

293. El inicio de las ONPA exigía la verificación del cumplimiento de seis condiciones, incluida la entrega de las áreas de terreno necesarias (Cláusula 6.10.a) del Contrato). Uno de los asuntos tratados en la Adenda N° 2 en enero de 2015 fue precisamente el hecho de que el Concedente no hubiera entregado la totalidad de los terrenos necesarios para iniciar la ejecución de las ONPA (Declaración testimonial de D. Luigi D'Alfonso Crovetto, ¶¶ 32-36). En dicha Adenda, las Partes identificaban las ONPA que podían ser ejecutadas en función de los terrenos efectivamente entregados por el Concedente (Adenda 2, Cláusula 3.9; Anexo XII, Apéndice 6). Según la Demandante, quedan pendientes “*las ONPA detalladas en el Apéndice 5 del Anexo XII del Contrato de Concesión que, por no contar a la fecha de suscripción de la Adenda N° 2 con los terrenos correspondientes, no fueron incluidas en el Apéndice 6 del Anexo XII del Contrato de Concesión (...)*” (Memorial de la Demandante, ¶ 390).

294. La Demandante sostiene que “*la lógica subyacente para la suscripción de la Adenda 2 al Contrato de Concesión fue permitir la operación de dicha Unidad de Peaje con la aceptación de las OPA y de las ONPA en los terrenos disponibles, sin tener que esperar a la culminación de la totalidad de las Obras (...)*” (Memorial de la Demandante, ¶ 400). La Demandante alega que, ante los incumplimientos de la Demandada en relación con la Unidad de Peaje en Ticlio, “*la consecuencia jurídica es que la obligación de DEVIANDES de ejecutar las ONPA faltantes sea inexigible, en aplicación de lo previsto en el Artículo 1426 del Código Civil que en este acto DEVIANDES invoca y opone a Perú, hasta que Perú cumpla su obligación de permitir a DEVIANDES el ejercicio de su derecho de Explotación efectiva de la Unidad de Peaje en Ticlio (...)*” (Memorial de la Demandante, ¶ 409).

295. Por su parte, la Demandada señala, en la parte introductoria de su Memorial de Contestación y Demanda Reconvencional, que su reconvención contiene una pretensión en relación con las ONPA faltantes (¶ 18):

*“Finalmente, la República presenta su demanda reconvencional en la Parte VI. En la medida en que el Contrato siga vigente, la República solicita que el Tribunal ordene a DEVIANDES ejecutar las obras de Puesta a Punto (OPA) de los puentes vehiculares no ejecutadas, y que ejecute las obras no puesta a punto (ONPA) faltantes en lo que los terrenos necesarios para su ejecución se liberen”.*

296. Sin embargo, debe señalarse que la parte de dicho escrito dedicada a la primera demanda reconvencional trataba únicamente con las OPA, y no aportaba ningún argumento ni presentaba prueba alguna en relación con las ONPA (Memorial de Contestación, ¶¶ 634-668).

297. La ausencia de pruebas objetivas en relación con las ONPA faltantes es determinante a efectos de dar respuesta a las declaraciones pretendidas por ambas Partes. No hay ninguna prueba que demuestre que el Concedente haya entregado los terrenos pendientes o que haya exigido al Concesionario que culmine las ONPA. En vista de que el Concedente no ha exigido en ningún momento al Concesionario que cumpla con la prestación a su cargo, el derecho de suspender el cumplimiento de la obligación del Concesionario, tal como se contempla en el artículo 1426, es hipotético y prematuro. Por este motivo, se desestima la solicitud de la Demandante.

298. En el mismo sentido, en vista de que el Concedente no ha ofrecido los terrenos al Concesionario ni ha demostrado que esté en condiciones de entregárselos, la declaración solicitada por el Concedente es, a su vez, hipotética y prematura, por lo que la solicitud de la Demandada se desestima asimismo de acuerdo con este argumento.

## **VII. DAÑOS**

### ***A. INDEMNIZACIÓN POR MENOR RECAUDO***

#### **1. Postura de las Partes**

##### ***(a) La Demandante***

299. La Demandante fundamenta su pretensión de indemnización por concepto de menor recaudo en los siguientes tres incumplimientos contractuales de la Demandada (descritos *ut supra* ¶137) que tuvieron como consecuencia que el Concesionario dejara de recaudar peajes en la Unidad de Peaje de Ticlio a lo largo de tres periodos diferenciados, a saber:

- 299.1. Demora en la Aceptación de Obras: montos dejados de recaudar entre el 28 de mayo de 2017 hasta el 20 de febrero de 2018, por un total de S/. 23,97 mln (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 219; Anexo BR-26, Tablas de Apoyo B);
- 299.2. Inacción tras Conflictos: montos dejados de recaudar del 20 de febrero al 20 de agosto de 2018, por un total de S/. 16,84 mln (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 219; Anexo BR-26, Tablas de Apoyo B); e
- 299.3. Impago tras Conflictos: montos dejados de recaudar desde el 21 de agosto de 2018 hasta el 31 de octubre de 2022 (por un total de S/. 153,47 mln) así como los montos hasta el Laudo y los montos futuros que la Demandante no podrá cobrar hasta que la Demandada le permita explotar de forma pacífica la Unidad de Peaje de Ticlio (“**Montos Futuros**”) (Memorial de la Demandante, ¶ 375; Memorial de Réplica, ¶ 674.4.2; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 228-246; Anexo BR-26, Tablas de Apoyo B).
300. Para el cálculo concreto por menor recaudo, Brattle afirma que ha calculado las Tarifas vigentes en cada momento siguiendo la metodología aplicada por OSITRAN. Brattle calcula las Tarifas diarias para cada tipo de vehículo suponiendo que la Unidad de Ticlio hubiera entrado en operación el 28 de mayo de 2017. Según explican, la demora en la Aceptación de las Obras afecta los peajes y las Tarifas vigentes en todos los años a partir del 2018 (Primer Informe Brattle, ¶ 39). Por instrucción de los abogados de la Demandante, incluyen el IGV en el cálculo de compensación (Primer Informe Brattle, ¶ 38-39).
301. Para el cálculo del volumen de pasajeros, Brattle utiliza los datos de tráfico aportados por la Demandante que muestran el detalle diario de vehículos clasificándolos en “vehículos ligeros” y “vehículos pesados” (y estos últimos, clasificados según el número de ejes) (Primer Informe Brattle, ¶ 40). Según Brattle, estos datos son fiables pues la Demandante utiliza un sistema de control llamado “Toll System” que permite el control del tráfico pesado; la Unidad de Ticlio dispone de cámaras que graban el tráfico 24 horas al día y los datos de tráfico del Toll System están validados por un equipo de personas que los compara con los videos (Primer Informe Brattle, ¶ 40).
302. Para la obtención del monto total de la indemnización por menor recaudo, Brattle multiplica para cada periodo relevante y para cada tipo de vehículo, las Tarifas vigentes cada día por el tráfico registrado ese mismo día (Primer Informe Brattle, ¶ 41). Según Brattle, como el Contrato prevé un ajuste en el Peaje cada 10 de enero, calculan una Tarifa distinta según el año, actualizándola según el mecanismo previsto en el Contrato (Primer Informe Brattle, ¶¶ 44, 47-48).
303. Para los montos que el Concesionario deje de recaudar desde el 31 de octubre de 2022 (última actualización) hasta el Laudo, la Demandante solicita al Tribunal que ordene a Perú a pagarle los montos dejados de recaudar a la fecha del Laudo más la

actualización correspondiente por conceptos de daños por demora y daños por mayor riesgo, o más los intereses correspondientes en el improbable caso que el Tribunal desestime la Pretensión Principal de la Demandante (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 246).

304. Con respecto a los Montos Futuros que el Concesionario deje de recaudar a partir de la fecha del Laudo, la Demandante solicita al Tribunal que declare que la Demandada debe pagar al Concesionario los montos dejados de recaudar, a los quince días calendario siguientes a que el Concesionario presente a Perú (a través del MTC) la correspondiente liquidación mensual de los montos, calculados en función de la Tarifa de Peaje aplicada sobre la cantidad de vehículos livianos y sobre la cantidad de ejes de vehículos pesados que circulan por Ticlio (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 245; Memorial de la Demandante, ¶ 387).
305. La argumentación de la Demandante en torno a los “ajustes” o “recortes” propuestos por la Demandada y su perito en relación con el cálculo de la indemnización por menor recaudo ha ido variando a lo largo del arbitraje. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandante responde a los argumentos de la Demandada distinguiendo entre los periodos indemnizatorios. Con respecto a los dos primeros periodos indemnizatorios (demora en la aceptación e inacción tras conflicto), la Demandante sostiene que por tener estos reclamos naturaleza indemnizatoria, el Tribunal podría descontar los ingresos que no se produjeran por razones de elasticidad precio de la demanda y los costes incrementales evitados (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 220; Transcripción, Día 6, pág. 1656:2-5). Sin embargo, considera que no cabe hacer ajustes por los siguientes motivos:
  - 305.1. Elasticidad: sostiene la Demandante que ha quedado demostrado en este procedimiento que la elasticidad precio de demanda en la carretera concesionada es inelástica, razón por la cual el tráfico sería exactamente el mismo con o sin recaudación del peaje (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 221). En este sentido, señala el Dr. Willumsen que la apertura de la Unidad Ticlio no hubiera afectado la cantidad de vehículos que pasan por la Unidad debido a que no existen rutas alternativas que permitan evitar el tramo (Memorial de Réplica, ¶ 621; Informe Dr. Willumsen, ¶¶ 137-139; Transcripción, Día 5, pág. 1441:1-10).
  - 305.2. Costes incrementales evitados: el hecho de que DEVIANDES no esté ejecutando la obligación de recaudar las Tarifas de Peaje no significa que la Unidad de Peaje en Ticlio no se encuentre operativa, con los consecuentes costes que ello supone (Memorial de Réplica, ¶ 636). El único coste que la Demandante reconoce haber evitado es el asociado a la partida denominada “recaudo y transporte de caudales”, si bien su cuantificación es mínima y no genera impacto significativo en el monto indemnizatorio (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 226). Sostiene que no habiendo acreditado la Demandada que ha habido ahorro de costes por la no recaudación de la Tarifa de Peaje de Ticlio (salvo el ya



citado), no corresponde deducir costes incrementales evitados de la cuantificación de daños (Memorial de Réplica, ¶ 637; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 222-224).

306. Con respecto al tercer periodo indemnizatorio por impago tras conflicto hasta el 31 de octubre de 2022, la Demandante sostiene que, puesto que lo que plantea no es un reclamo indemnizatorio sino únicamente el cumplimiento forzoso de la obligación de pago de los montos dejados de recaudar en virtud de la Cláusula 9.1 del Contrato, no cabe aplicar los recortes propuestos por la Demandada y el Dr. Riveros por elasticidad de la demanda y por costes incrementales evitados (Memorial de Réplica, ¶¶ 612-614, 636; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 234-237). Según la Demandante, los montos que la Demandada debe en virtud de la Cláusula 9.1 del Contrato no deben ser estimados en un escenario contrafáctico, sino que la Demandada debe pagar en subrogación de los usuarios que efectivamente pasen por la Unidad de Peaje en Ticlio sin pagar (Memorial de Réplica, ¶¶ 615-618, Segundo Informe Brattle, ¶ 32; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 236).
307. En lo que respecta al descuento del IGV, la Demandante alega que no pretende que se aplique IGV al Laudo; sino que solicita el pago de la Tarifa de Peaje que, tal como fue expresamente pactado en el Contrato, incluye el IGV (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 238, 241). Según la Demandante, no niega que el IGV forma parte de la recaudación tributaria del Estado Peruano ni busca apropiarse del tributo; no obstante, alega que, la oportunidad de pago del IGV no la puede decidir Perú en este arbitraje, sino que está definida en la ley tributaria peruana: DEVIANDES debe pagar el IGV que recauda, después de considerar el crédito fiscal generado a su favor, y luego de presentar una declaración tributaria de IGV y pagar conforme a su propio cálculo y/o a la resolución de determinación que expida la Administración Tributaria del Perú (Memorial de Réplica, ¶¶ 623-630; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 239-240). Adicionalmente argumenta la Demandante que no está permitido bajo Derecho peruano que pueda compensarse una obligación contractual o legal civil a cargo del Estado con una obligación tributaria (Memorial de Réplica, ¶¶ 631-632). Por último, en caso de que el Tribunal considere que la Demandante no tiene derecho a percibir el pago de los montos dejados de recaudar incluyendo el IGV, solicita que el Laudo sea lo suficientemente explícito para que la Administración Tributaria no requiera a DEVIANDES el pago de IGV sobre el monto ordenado (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 241).
308. Sobre el impuesto a la renta, sostiene la Demandante que el artículo 1290 del Código Civil contiene una norma imperativa que prohíbe la compensación de obligaciones entre particulares y el Estado, por lo que corresponde que Perú indemnice a la Demandante que luego pagará a Perú el impuesto de la renta que resulte de los pagos que efectúe previamente Perú conforme a las Leyes Aplicables en materia tributaria (Memorial de Réplica, ¶ 641; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 243). Alega asimismo, que la petición de la Demandada es contraria a la propia naturaleza del impuesto de la renta que lo que grava es la renta neta, no los ingresos (Memorial de Réplica, ¶¶ 643-644). Ahora bien, la

Demandante solicita al Tribunal Arbitral que, en caso éste considere que debe deducirse de los montos dejados de recaudar el impuesto a la renta que DEVIANDES estará obligada a pagar a la Administración Tribunal, el Tribunal Arbitral sea lo suficientemente explícito para que la Administración Tributaria no requiera a DEVIANDES que pague Impuesto a la renta sobre el monto ordenado por el Tribunal Arbitral a título de montos dejados de recaudar en Ticlio (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 244).

**(b) La Demandada**

309. La Demandada sostiene que al cálculo realizado por la Demandante y su perito adolece de los defectos que se describen a continuación.
310. En primer lugar, tal como se expuso anteriormente (*ver supra* 139), según la Demandada, el periodo relevante para el cálculo de los montos dejados de recaudar inicia el 29 de septiembre de 2018 y no puede superar los 90 días por disposición expresa del Contrato, por lo que el cálculo de daños por montos dejados de recaudar debe terminar el 28 de diciembre de 2018 (Memorial de Contestación, ¶¶ 607-608; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 691-702).
311. En segundo lugar, una discrepancia fundamental entre las Partes a lo largo del arbitraje se ha centrado en torno a si debe tenerse en cuenta la elasticidad de demanda en la carretera objeto de la Concesión. No obstante, la Demandada sostiene que los expertos de la Demandante han aceptado que la elasticidad es relevante para el cálculo de daños por menor recaudo en los dos primeros periodos, la diferencia entre las Partes ha quedado limitada a dos cuestiones: (i) si debe tenerse en cuenta la elasticidad de la demanda de tráfico en el tercer período; y (ii) si la demanda se vería *efectivamente* afectada por la introducción del peaje (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 324-333).
312. Con respecto a la primera de estas preguntas, según la Demandada, la elasticidad de la demanda es relevante para el cálculo del daño por menor recaudo en los tres periodos relevantes, y no solo en los dos primeros. Según la Demandada, esto fue implícitamente reconocido por la Demandante y su experta legal, la Dra. Quiñones en la Audiencia, quien, al interpretar que la Cláusula 9.1 del Contrato y el Anexo C-181, afirmó que el riesgo de protestas sociales “*es mitigado asignando la responsabilidad de cubrir el lucro cesante al concedente*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 325; Transcripción, Día 3, págs. 785:17-786:11). Es decir, según la Demandada, la Cláusula 9.1 busca compensar el lucro cesante a la Demandante; y para el cálculo del lucro cesante, es preciso crear un mundo contrafáctico donde se omiten los efectos de los supuestos incumplimientos y a su vez, gatilla la aplicabilidad de la elasticidad del precio del peaje y la relevancia de los costes evitados (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 326).
313. Con respecto a la segunda cuestión, alega la Demandada que la consecuencia natural de la instalación de la Unidad de Peaje de Ticlio es que disminuya el volumen de tráfico, pues el pago de un peaje adicional cambia las condiciones subyacentes al análisis de coste-beneficio que realice todo usuario al optar por esta

ruta (Memorial de Contestación, ¶ 609, Primer Informe de RSG, pág. 4; Primer Informe Quadrant, ¶¶ 40-41). Desde un punto de vista técnico, los expertos de la Demandada – RSG – afirman que, ante la introducción del peaje, los usuarios tendrían otras rutas alternativas disponibles, tanto en coche como por el uso de otros medios de transporte, por lo que debería revisarse a la baja las previsiones de tráfico realizadas por Brattle (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 712). Según Quadrant, ajustar los volúmenes de tráfico calculados por Brattle según las estimaciones de RSG disminuye los supuestos daños por menor recaudo en un 4,9% (Primer Informe Quadrant, ¶ 42; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 332).

314. En tercer lugar, objeta la Demandada que la Demandante no tiene derecho a ser resarcido por el IGV. Señala que, si bien el IGV forma parte de la tarifa pagada por los usuarios, el Contrato lo excluyó explícitamente cuando definió el concepto de Peaje, siendo este último a lo que tendría derecho la Demandante (Memorial de Contestación, ¶ 610). Según la Demandada, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria del Perú (“*SUNAT*”) ha confirmado que el Laudo no estará sujeto al IGV, por lo que los montos asociados a dicho impuesto deben excluirse de cualquier eventual compensación (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 339). En concreto, señala la Demandada que el SUNAT ha confirmado que los pagos de indemnizaciones por responsabilidad contractual no están sujetos al IGV, por lo que otorgárselo a DEVIANDES sería enriquecerla sin justificación alguna (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 717-722; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 339-344). Por lo tanto, a efectos del cálculo de daños por menor recaudo, los ingresos asociados con la Unidad Ticlio deben ser ajustados para excluir el monto del IGV del 18%, lo que equivale a disminuir los daños en un 15,3% (Primer Informe Quadrant, ¶¶ 45-47).
315. En cuarto lugar, en relación con los costes operativos, la discrepancia entre las Partes radica exclusivamente en: (i) si deben tomarse en cuenta los costes que DEVIANDES se ha ahorrado por no haber operado la Unidad de Peaje para el tercer periodo (pues la Demandante ha admitido que sí con respecto al primer y segundo periodo) y (ii) si DEVIANDES ha incurrido en costes por operar la Unidad (a pesar de no cobrar el peaje).
316. Con respecto al primer punto, la Demandada alega que la interpretación de la Demandante según la cual Perú debe pagar a DEVIANDES lo que los usuarios que transitan por la Unidad de Peaje efectivamente dejen de pagar, sin tomar en cuenta los costes operativos, produce el “absurdo” resultado bajo el cual se le estaría compensando con montos mayores a aquellos que hubiese ganado si hubiera instalado y activado la Unidad de Peaje de Ticlio (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 725; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 353). Según la Demandada, esto habría sido admitido expresamente por los peritos de la Demandante en la Audiencia, los que, ante la pregunta de por qué no se corrige este error en el tercer periodo, respondieron que “*no porque sea una decisión de Brattle de índole económico, sino porque así [l]os han instruido*”, lo que demuestra que la teoría económica no apoya la omisión de los costes incrementales ahorrados por

DEVIANDES (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 353; Transcripción, Día 6, págs.1650:20-1651:3).

317. Con respecto a los supuestos costes incurridos por la Demandante por operar la Unidad, la Demandada argumenta que dichos costes no han sido probados, correspondiéndole a ella la carga de la prueba (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 726-727; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 349-350). Según la Demandada, en la Audiencia, Brattle confirmó que no había confirmado que efectivamente los costes incrementales alegados por el Sr. D'Alfonso habían sido incurridos (Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 356). Según la Demandada, la mejor prueba y estimación de los costes es el Modelo de Proinversión utilizado por Quadrant y avalado por Brattle (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 357).
318. En quinto y último lugar, la Demandada esgrime que el cálculo realizado por la Demandante asume que DEVIANDES no tendría que pagar impuestos a las autoridades del Perú. Según la Demandada, nada exenta a DEVIANDES a cumplir con sus obligaciones tributarias y esta petición de las Demandantes, equivalente a una solicitud de “*inmunidad tributaria*” excede el alcance apropiado de este arbitraje y la competencia del Tribunal Arbitral (Memorial de Contestación, ¶ 616). El perito de la Demandada, por el contrario, incluye el impuesto sobre la renta en el cálculo de las utilidades incrementales de la Unidad de Ticlio, lo que tiene como resultado disminuir los daños en un 29,5% (Primer Informe Quadrant, ¶ 53).
319. Adicionalmente, niega la Demandada que el artículo 1290 del Código Civil sea aplicable al presente caso, pues aquel solo prohíbe compensar las obligaciones “*recíprocas, líquidas, exigibles y prestaciones fungibles y homogéneas*” entre particulares y el Estado, categorías todas ellas que no se cumplen con respecto al Impuesto de la Renta (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 730; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 360). Según la Demandada, en el supuesto de que el Tribunal decida que la Demandada ha incumplido sus obligaciones, la Demandante únicamente debería ser compensada con lo que hubiese tenido derecho a percibir si se hubiera logrado instalar y activar la Unidad de Peaje en Ticlio y no más. Dado que el cálculo de la Demandante no toma en cuenta los montos que habría tenido que pagar por concepto del Impuesto sobre la Renta, al aceptarlo se le pondría en mejores condiciones de las que habría tenido de haberse activado el Peaje (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 732).

## **2. Análisis del Tribunal**

### **(a) Período de cálculo**

320. La Demandante solicita una indemnización por los montos dejados de recaudar en relación con tres períodos claramente diferenciados, que identifica, respectivamente, como “*demora en la aceptación de obras*” (desde el 28 de mayo de 2017 hasta el 19 de febrero de 2018), “*inacción tras conflictos*” (desde el 20 de febrero hasta el 20 de agosto de 2018) e “*impago tras conflictos*” (desde el 21 de agosto de 2018 hasta el 31 de octubre de 2022), así como los Montos Futuros.

321. Por los motivos que ya se han expuesto, no procede otorgar a la Demandante una indemnización por la demora en la aceptación de las Obras y, en cuanto a su derecho a una indemnización por la inacción tras conflictos, este fue adquirido el 7 de marzo de 2018 y en ningún caso antes de dicha fecha. El Tribunal ha resuelto asimismo que la obligación del Concedente de indemnizar al Concesionario por la imposibilidad de recaudar la tarifa del peaje comienza el 7 de marzo de 2018 y que la pérdida sufrida por el Concesionario desde el 7 de marzo hasta el 20 de agosto de 2018 es equivalente a los montos dejados de recaudar durante este período (ver secciones . VI.A.2(b)y VI.B.2(c)).
322. Por otra parte, el Tribunal ya ha examinado y desestimado la pretensión de la Demandada de que, por disposición expresa del Contrato, el período relevante para el cálculo de los montos dejados de recaudar no puede superar los 90 días (ver sección VI.C).
323. Por los motivos que se exponen más adelante (ver secciones VII.2.(c)(i) y VII.A.2(c)(v)), el Tribunal estima que no procede realizar ningún ajuste por cambios en los volúmenes de tráfico ni por el ahorro de costes durante el período anterior al 21 de agosto de 2018, lo cual implica que la distinción entre una indemnización anterior a esta fecha y el cumplimiento forzoso de una obligación de pago posterior a la misma no afecta en modo alguno al cálculo de la indemnización debida a la Demandante. En consecuencia, la indemnización por los montos dejados de recaudar debe determinarse realizando un único cálculo en relación con el periodo del 7 de marzo de 2018 al 31 de octubre de 2022, especificando asimismo el contenido de la orden respecto a los Montos Futuros.

**(b) La obligación de la Cláusula 9.1 (último párrafo)**

324. La Demandante solicita una indemnización basada en la Cláusula 9.1 (último párrafo), que obliga al Concedente a asumir los montos que dejó de recaudar el Concesionario por no haber logrado restablecer el orden social para permitir que este explote la cuarta unidad de peaje en Ticlio.
325. El Contrato hace una distinción entre el “Peaje” (que no incluye el IGV ni ningún otro tributo) y la “Tarifa”, que es “el monto del Peaje más el IGV y otros tributos que puedan generarse” (Cláusulas 1.8.69 y 1.8.81).
326. El importe que el Concesionario estaría autorizado a recaudar en Ticlio se define en la Cláusula 9.4.c) del Contrato (modificada por la Cláusula 3.7 de la Adenda N.º 2):

*“A partir del mes calendario siguiente a la recepción de las Obras a cargo del CONCESIONARIO detalladas en el Apéndice 6 del Anexo XII del Contrato de Concesión, el CONCESIONARIO deberá cobrar en la nueva unidad de peaje, un Peaje de Uno y 50/100 Dólares Americanos (US\$ 1,50) más el importe correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable, por sentido de desplazamiento”.*

327. La Cláusula 9.5 establece una distinción entre los Vehículos Ligeros, que pagarán una Tarifa equivalente a un eje, y los Vehículos Pesados, que pagarán una Tarifa por cada eje.

328. Si bien el Contrato fija el importe de los peajes en dólares estadounidenses, la Cláusula 9.4 (último párrafo) establece que las Tarifas se cobrarán en Nuevos Soles:

*“Todas las Tarifas serán cobradas en Nuevos Soles, para lo cual se utilizará el Tipo de Cambio vigente en la fecha indicada en los literales b) y c) anteriores. Las Tarifas serán redondeadas a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol, hacia arriba cuando el valor resultante alcance los cinco (5) céntimos y hacia abajo cuando sea menor a cinco (5) céntimos”.*

329. La Cláusula 9.5 prevé el reajuste anual del Peaje, que, en el caso de la Cuarta Unidad de Ticlio, debería haberse realizado por primera vez el 10 de enero de 2019.

330. El antepenúltimo párrafo de la Cláusula 9.5 establece que el importe de cobro por cada vehículo se calculará multiplicando el Peaje (en Nuevos Soles) por el número de ejes cobrables, agregando al resultado el monto correspondiente al IGV y otros tributos:

*“Para efectuar el cobro en las unidades de peaje, el Peaje aplicable, en Nuevos Soles, deberá multiplicarse por el número de ejes cobrables y al resultado se le deberá agregar el monto correspondiente al IGV y otros tributos que puedan generarse. El resultado se deberá redondear a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol, hacia arriba cuando el valor resultante alcance los cinco (5) céntimos y hacia abajo cuando sea menor a cinco (5) céntimos. En caso la menor moneda fraccionaria que se encuentre vigente fuere mayor a los diez (10) céntimos de Nuevo Sol, se efectuará el redondeo en función de esta moneda”.*

331. De acuerdo con la Cláusula 9, los montos que el Concesionario hubiese cobrado por la explotación de la Cuarta Unidad de Peaje en Ticlio, si se hubiera podido establecer el peaje, es el número de ejes cobrables multiplicado por la Tarifa. El Peaje, que es un componente de la Tarifa, debe ajustarse anualmente de acuerdo con la fórmula establecida en el Contrato. La cuantificación se inicia el 7 de marzo de 2018 que, por los motivos ya expuestos, es la fecha en la que entró en vigor la obligación del Concedente de asumir los montos que dejó de recaudar el Concesionario.

332. La obligación del Concedente de asumir los montos que dejó de recaudar el Concesionario de acuerdo con la Cláusula 9.1 es una obligación de pago. Las obligaciones de pago están contempladas en el Libro VI (Las Obligaciones), Sección Segunda, Título II, del Código Civil. El artículo 1234 establece lo siguiente:

***“Inexigibilidad de pago en moneda distinta***

**Artículo 1234º.-** *El pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta, ni en cantidad diferente al monto nominal originalmente pactado”.*

333. El Tribunal hace las siguientes observaciones:

- 333.1. El monto nominal pactado por las Partes en la Cláusula 9.1 (último párrafo) es el importe que se habría pagado por cada vehículo que circulase por la ubicación propuesta del cuarto peaje en Ticlio;
- 333.2. El importe que se habría pagado por cada vehículo que pasase por Ticlio es el resultante de multiplicar el número de ejes cobrables por la Tarifa;
- 333.3. Los vehículos habrían pagado la Tarifa en Ticlio en Nuevos Soles. En consecuencia, la deuda del Concedente es en Nuevos Soles y debe calcularse y abonarse en dicha moneda.

**(c) *Cálculo de los montos dejados de recaudar***

**(i) *Volúmenes de tráfico***

- 334. En su cálculo de la indemnización por los montos dejados de recaudar, la Demandante utiliza los datos de tráfico del CIDATT (el Centro de Investigación y Asesoría del Transporte Terrestre) para Ticlio, que muestran el detalle diario de los vehículos, clasificándolos en “vehículos ligeros” y “vehículos pesados” y, en el caso de estos últimos, según el número de ejes (Primer Informe Brattle, ¶ 40; BR-14; BR-27; Segundo Informe Brattle, ¶¶ 31-34).
- 335. La Demandada alega que los volúmenes de tráfico que deben tomarse como referencia para este cálculo no son los volúmenes reales, sino los de los vehículos que habrían pasado por Ticlio si se hubiera llegado a establecer y cobrar el peaje. A su juicio, la introducción del peaje habría provocado una reducción del volumen de tráfico, haciendo referencia al concepto de elasticidad de la demanda. Los peritos económicos de Resource Systems Group (“RSC”) aclararon este concepto, en los siguientes términos (Primer Informe RSG, pág. 4, Resumen):

*“Es un hecho bien documentado en la literatura que los volúmenes de tráfico se ven afectados por los peajes. Este es un principio básico de la microeconomía: a medida que suben los precios, baja la demanda. Limitarse simplemente a multiplicar los volúmenes de tráfico que se observaron pasar por la plaza de Ticlio sin peaje por un peaje que se habría impuesto ignora este importante efecto. Si se cobraran peajes, el comportamiento de los viajes cambiaría. Los conductores de automóviles podrían cambiar de ruta para evitar el peaje, compartir viajes con otros o hacer menos viajes a lo largo de la ruta. Del mismo modo, los camioneros y las empresas de envío de*

*mercancías podrían consolidar los envíos, cambiar la cantidad de mercancías enviadas o realizar los envíos utilizando otros tipos de vehículos. En conjunto, estos cambios en el comportamiento de los viajes dan como resultado una cierta reducción en el tráfico cuando se imponen o aumentan los peajes. Este cambio en los niveles de tráfico como consecuencia de los cambios en los precios de los peajes se denomina “elasticidad del precio del peaje”.*

336. La posición de la Demandante es que “*la elasticidad [sic] precio de demanda en la carretera concesionada a DEVIANDES es inelástica, razón por la cual el tráfico sería exactamente el mismo con o sin recaudación efectiva del peaje, razón por la cual no corresponde insertar ningún ajuste o descuento por elasticidad*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 221).
337. El Tribunal ha podido examinar una gran cantidad de pruebas escritas y orales acerca de la elasticidad de la demanda en el peaje de Ticlio, aportadas por los peritos de RSG y por el Dr. Luis Willumsen (este último presentado por la Demandante). El Tribunal estimó que las pruebas presentadas por ambos peritos sobre este particular eran insatisfactorias, ya que, en algunos aspectos importantes, se basaban en apreciaciones subjetivas y en la revisión de un material escaso. En consecuencia, la Demandada no ha demostrado que la demanda en el uso de la carretera en Ticlio sea elástica y, por ende, que la imposición del peaje habría provocado una reducción en los volúmenes de tráfico.
338. Por los motivos expuestos, el Tribunal estima que los datos de los volúmenes de tráfico del CIDATT presentados por Brattle son válidos, sin que proceda realizar ningún ajuste relativo a la elasticidad de la demanda.

**(ii) El IGV (Impuesto General sobre las Ventas)**

339. La Demandada sostiene que la Demandante no tiene derecho a ser resarcida por el IGV. A su juicio, la indemnización debería limitarse al importe del Peaje, que no incluye el IGV, en lugar de calcularse de acuerdo con la Tarifa. Quadrant describe el IGV en los siguientes términos (Primer Informe Quadrant, ¶¶ 44-45, nota al pie omitida):

*“El IGV es un impuesto que se paga al realizar una adquisición, es decir se cobra en la compra final del bien o servicio. La tasa del IGV es del 18%, la cual incluye una tasa del 16% más una tasa de 2% correspondiente al Impuesto de Promoción Municipal (...)*

*Aunque la tarifa incluye el IGV, ésta representa un monto cobrado por DevianDES al usuario pero que luego deber ser remitido a las autoridades tributarias, por lo que no representa un ingreso para la empresa. Por lo tanto, a efectos del cálculo de Daños por Menor Recaudo, los ingresos asociados con la Unidad Ticlio deben ser ajustados para excluir el monto del IGV del 18%”.*



340. La Demandante no plantea objeción alguna a su obligación de pagar a las autoridades tributarias de Perú el componente de IGV de la Tarifa, pero alega que el procedimiento correcto es que la Demandada abone el importe de la Tarifa, incluido el IGV, y que, a continuación, la Demandante presente las oportunas declaraciones tributarias (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 239, nota al pie omitida):

*“DEVIANDES no busca apropiarse de un tributo que le pertenece al Estado Peruano. Por el contrario, DEVIANDES va a pagar el IGV que reciba como concepto del pago de la Tarifa de Peaje. No obstante, la oportunidad de pago del IGV no la puede decidir Perú en este arbitraje, sino que está definida en la ley tributaria peruana: DEVIANDES debe pagar el IGV que recauda, después de considerar el crédito fiscal generado a su favor, y luego de presentar una declaración tributaria de IGV y pagar conforme a su propio cálculo y/o a la resolución de determinación que expida la Administración Tributaria del Perú”.*

341. La Demandada alega que, al incluir el IGV en sus cálculos, *“DEVIANDES busca beneficiarse indebidamente de un servicio que no ha ejecutado”* (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 721). La Demandada sostiene que ninguna cantidad concedida por el Tribunal estaría sujeta al IGV, y que, en realidad, la SUNAT ha establecido que las indemnizaciones por incumplimiento contractual no están gravadas con el IGV. Por lo tanto, *“la realidad es que, en la medida que el Tribunal emita un Laudo que compense a DEVIANDES con montos por concepto de IGV, éste no estará sujeto al pago dicho [sic] impuesto, por lo que los montos otorgados bajo esta suposición se quedarán en los bolsos de DEVIANDES”* (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 344).

342. Por el contrario, la Demandante aduce que la falta de pago del IGV sería incoherente con la legislación fiscal, que prevé una compensación mensual entre las operaciones gravadas con el IGV y un crédito fiscal definido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, (Memorial de Réplica, ¶¶ 623-633; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 240). De acuerdo con la pretensión de la Demandante (Memorial de Réplica, ¶ 629):

*“En términos prácticos, debido a lo establecido en las Leyes Aplicables con relación al crédito fiscal, el IGV es un impuesto cuya fórmula determinativa es mensual, cuya cuantía equivale a la diferencia entre el crédito fiscal y el débito fiscal, siendo que solo cuando se verifique que el débito fiscal del mes es mayor al crédito fiscal del mismo mes, se genera la obligación de pago del IGV al fisco. Por consiguiente, pretender una deducción del IGV de los montos reclamados es contraria a lo establecido en la Leyes Aplicables”.*

343. El Tribunal estima que la Demandada debe abonar el importe de la Tarifa, sin que proceda deducir el IGV, con base en las siguientes consideraciones:
- 343.1. El importe que habría recaudado el Concesionario si el peaje de Ticlio se hubiera puesto en marcha es el equivalente al Peaje *“más el importe correspondiente al IGV y cualquier otro tributo aplicable, por sentido de desplazamiento”* (Cláusula 9.4.c). Los montos que dejó de recaudar el Concesionario incluían el IGV, y la obligación de la Demandada prevista en la Cláusula 9.1 (último párrafo), así como en virtud del artículo 1234 del Código Civil, es pagar dicho importe al Concesionario;
- 343.2. El Contrato prevé expresamente que *“el CONCESIONARIO estará sujeto a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que le resulte aplicable, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que correspondan al ejercicio de su actividad”* (Cláusula 10.11);
- 343.3. Las consecuencias fiscales para el Concesionario derivadas de una obligación contractual del Concedente conciernen exclusivamente al Concesionario y a las autoridades tributarias peruanas. No se ha aportado prueba alguna del incumplimiento por el Concesionario de sus obligaciones fiscales en relación con la Concesión, y el Tribunal tiene en cuenta las manifestaciones de la Demandante de que procederá al pago del IGV, con los oportunos ajustes por cualquier crédito fiscal (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 239 y 242);
- 343.4. La Demandada se remite a una supuesta norma de la SUNAT según la cual las indemnizaciones por incumplimiento contractual no están gravadas con el IGV. A excepción del período del 7 de marzo al 20 de agosto de 2018, las cantidades otorgadas a la Demandante no constituyen una indemnización por incumplimiento contractual, sino el pago de una deuda que incluye explícitamente el IGV;
- 343.5. Como ya se ha explicado, la Demandante ha solicitado una indemnización por el período del 7 de marzo al 20 de agosto de 2018:
- 343.5.1. Si bien es cierto que la pérdida de la Demandante en relación con este período no incluye el IGV, tampoco cabe equiparar la pérdida al Peaje, debido a los posibles créditos fiscales que afecten al IGV correspondiente a este período;
- 343.5.2. Los dos oficios de la SUNAT en los que se apoya la Demandada (R-225 y R-226) no establecen ningún principio general relevante para el caso que nos ocupa. Uno de los oficios aborda las sanciones contractuales, mientras que el Oficio N.º 251-96-I2.0000 (R-225) trata la cuestión de la indemnización por la resolución unilateral de un contrato y, de hecho, reconoce que esta *“debe determinarse en*

*cada caso concreto*”, aportando ejemplos en los que sí procede aplicar el IGV;

- 343.6. En aras de evitar cualquier duda en relación con el estatus fiscal de estos pagos, el Tribunal emitirá una declaración en la que hará constar que los montos dejados de recaudar del 7 de marzo de 2018 al 31 de octubre de 2022 incluyen el IGV, y que la Demandante ha reconocido su obligación de presentar las declaraciones pertinentes para dicho período ante las autoridades fiscales peruanas.

**(iii) Impuesto sobre la Renta**

344. Si el peaje en Ticlio se hubiese puesto en marcha, los ingresos del Concesionario habrían estado sujetos al impuesto sobre la renta. Las Partes están de acuerdo en que, si ahora se exige al Concedente que pague los montos dejados de recaudar, estos montos están igualmente sujetos al impuesto sobre la renta. Las Partes discrepan sobre si el Tribunal debe tener en cuenta el impuesto sobre la renta y exigir a la Demandada que pague los montos netos del impuesto o si dichos montos deben ser pagados sin aplicar ninguna deducción, dado que el impuesto se paga posteriormente a la Administración Tributaria.
345. Las Partes han discutido, sin llegar a ninguna conclusión, la posibilidad de que la deducción del impuesto sobre la renta constituya una compensación entre particulares y el Estado prohibida por el artículo 1290 del Código Civil. Para el Tribunal, no está claro que la ley peruana prohíba dicha deducción. Al contrario, entiende que el tratamiento del impuesto sobre la renta es una cuestión práctica.
346. La Demandante, refiriéndose al riesgo de un doble gravamen sobre la renta, solicitó que *“el Tribunal Arbitral, sea que decida excluirlo o no de los montos reclamados por DEVIANDES, transparente dicha situación para evitar una doble tributación sobre la renta”* (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 244). La Demandada, por su parte, hizo referencia al riesgo de que se inflase la reclamación indemnizatoria (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 732; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 364).
347. No se ha puesto a disposición del Tribunal ninguna prueba de peritos fiscales para resolver esta cuestión. No se ha aportado prueba alguna que aclare cuáles son las normas aplicables a efectos de calcular el impuesto que debe pagarse sobre los importes que el Tribunal propone otorgar. El Dr. Riveros, de Quadrant Economics, aportó una hoja de cálculo que permitía excluir de los cálculos el impuesto sobre la renta, pero la explicación proporcionada en sus informes sobre la base de dichos cálculos es insuficiente (Primer Informe Quadrant, ¶¶ 52-53; Segundo Informe Quadrant, ¶¶ 65-67; QE-23).
348. Por añadidura, cabe presumir que, para realizar los cálculos, deban tenerse en cuenta otros datos que podrían afectar a la responsabilidad tributaria y que no se han aportado (Memorial de Réplica, ¶ 643, notas al pie omitidas):

*“En efecto, desde el punto de vista tributario, el impuesto a la renta grava es [sic] la renta neta, lo que significa que DEVIANDES debe determinar cuál es su renta bruta determinada por la totalidad de sus ingresos, restarle los gastos deducibles (es decir, los gastos que permitan mantener la continuidad de la fuente generadora de renta) y el resultado de dicha operación será la renta neta, que es sobre la que corresponde aplicar la tasa del impuesto a la renta, conforme a las Leyes Aplicables establecidas por el mismo Perú. El impuesto a la renta, en consecuencia, no se calcula ni se paga directamente sobre los ingresos”.*

349. El Tribunal resuelve que los montos dejados de recaudar se paguen sin practicar la deducción del impuesto sobre la renta. Este enfoque es coherente con la redacción de la Cláusula 9.1 (último párrafo) y la del artículo 1234 del Código Civil. Su aplicación debería conducir a un resultado correcto desde el punto de vista tributario, que será revisado por las autoridades fiscales peruanas. Teniendo en cuenta la escasez de pruebas aportadas a este Tribunal, el Concesionario y las autoridades fiscales de Perú se encuentran en una posición mucho más adecuada para calcular correctamente el impuesto sobre la renta.

#### **(iv) Las tarifas aplicables**

350. Los cálculos de la tarifa aplicable recogidos en el Primer Informe Brattle asumen que la explotación de la Unidad Ticlio debería haber comenzado el 28 de mayo de 2017. En consecuencia, debería haberse aplicado en ese momento la tarifa definida en la Cláusula 9.4.c), la cual se habría ajustado anualmente conforme a lo previsto en la Cláusula 9.5, practicándose el primer ajuste el 10 de enero de 2018 (Primer Informe Brattle, ¶¶ 28-34, Tabla IV-1, 46-49; Segundo Informe Brattle, ¶ 22). Brattle también calculó la tarifa asumiendo, alternativamente, que la puesta en marcha de la Unidad Ticlio hubiera tenido lugar el 20 de febrero de 2018 (Primer Informe Brattle, ¶¶ 35-36 y Tabla IV-1).
351. Por el contrario, Quadrant entiende que la aceptación de las Obras ocurrió el 28 de febrero de 2018 (fecha en que se levantaron las observaciones del Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900) y que, por tanto, la explotación de la Unidad Ticlio no podría haberse iniciado antes del 28 de marzo de 2018 (Segundo Informe Quadrant, ¶¶ 39-40).
352. La Cláusula 9.4.c) impone al Concesionario la obligación de cobrar el peaje de Ticlio *“a partir del mes siguiente a la recepción de la totalidad de las Obras a cargo del Concesionario”*. El Comité de Aceptación de las OPA dio por aprobado el levantamiento de observaciones relativas al tramo final de las Obras (Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900) el 28 de febrero de 2018 (C-145), lo que significa que la primera fecha en que el Concesionario contó con la autorización para cobrar el peaje fue el 1 de marzo de 2018.
353. Con fecha 6 de febrero de 2018, y a pesar de los términos inequívocos de la Cláusula 9.4.c), el Concesionario publicó las *“tarifas vigentes a partir de las 08:00 horas del*

día 20 de febrero de 2018 por sentido de desplazamiento” en la Unidad de Peaje Ticlio (C-056; C-057; C-058). El Tribunal hace las siguientes observaciones:

- 353.1. Si el Concesionario hubiera estado seguro del levantamiento de las observaciones y la emisión del acta de aceptación en relación con el tramo final de las Obras (Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900) durante el mes de febrero de 2018 (como en efecto ocurrió el 28 de febrero de 2018), la notificación de la tarifa el 6 de febrero de 2018 debería haber identificado claramente como fecha de su entrada en vigor el 1 de marzo de 2018;
  - 353.2. No consta que el Concedente haya planteado ninguna objeción contractual inmediata al adelantamiento de la entrada en vigor del peaje de Ticlio propuesto por el Concesionario. Por añadidura, la publicación se vio pronto superada por los acontecimientos y la suspensión por parte de OSITRAN como consecuencia de la fuerza mayor;
  - 353.3. La explotación de la cuarta unidad de peaje por el Concesionario es una obligación de este, y el cumplimiento de una obligación puede adelantarse siempre y cuando la otra parte no se oponga a ello. Sin embargo, habría resultado imposible adelantar la entrada en vigor del peaje de Ticlio al 20 de febrero de 2018, ya que en dicha fecha aún no había tenido lugar la recepción de la totalidad de las Obras.
354. En consecuencia, la fecha correcta para el cálculo de la tarifa aplicable en 2018 es el 1 de marzo de dicho año. Por tanto, corresponde a las Partes realizar este cálculo (así como los cálculos resultantes para los años sucesivos) y aplicarlo a las cifras sobre el volumen de tráfico.

**(v) Ajustes por el eventual ahorro de costes**

355. La Demandada sostiene asimismo que procede realizar un ajuste por el ahorro de costes de explotación del peaje en Ticlio por parte del Concesionario. Los informes del Dr. Riveros, de Quadrant Economics, estimaban el ahorro de costes basándose en el modelo financiero de la Concesión preparado en 2010 para Proinversión (Corcona, Casaracra y Quiulla). En opinión del Dr. Riveros (Primer Informe Quadrant, ¶ 51, notas al pie omitidas; ver también Segundo Informe Quadrant, ¶¶ 59-64; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 346-358):

*“De acuerdo con el modelo financiero de Proinversión, la Demandante incurriría en costos variables de operación en cada uno de los peajes de la Concesión. Estos costos variables incluyen las siguientes categorías de costos: (i) recaudo y transporte de caudales, (ii) costos de operación de unidades de peaje, (iii) personal asociado con obreros de mantenimiento vial, (iv) personal relacionado con supervisores de mantenimiento vial, e (v) ingenieros de mantenimiento vial. Incluir los costos operativos incrementales asociados con la Unidad Ticlio tiene como resultado*

*disminuir los supuestos Daños por Menor Recaudo en S/ 5,7 millones, o un 4,9%”.*

356. La Demandante no ha aportado ninguna prueba de los costes que espera soportar en Ticlio ni de los que ha seguido soportando, aunque, al parecer, la estación de peaje está funcionando como una estación de conteo (Transcripción, Día 2, pág. 489 (D’Alfonso)).
357. La posición de la Demandante es que no procede realizar ningún tipo de ajuste por los costes incrementales evitados, ya que no se trata de una pretensión indemnizatoria y que, en cambio, *“el pedido es simplemente de cumplimiento de la obligación: pagar los montos dejados de recaudar, compromiso contingente y obligatorio asumido por el Concedente en virtud de la Cláusula 9.1 del Contrato de Concesión”* (Escrito posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 237).
358. El Tribunal recuerda que la Cláusula 9.1 (último párrafo) establece una obligación de pago (y, en relación con el período del 7 al 20 de marzo de 2018, los daños eran equivalentes al importe de la obligación de pago). Como tal obligación, y conforme al artículo 1234 del Código Civil, la obligación de la Demandada tiene por objeto pagar el monto nominal originalmente pactado.
359. El Contrato no hace referencia a ningún ajuste de los montos dejados de recaudar en relación con los costes ahorrados o con los costes adicionales soportados. Tal como se ha demostrado en este arbitraje, si el Contrato hubiera establecido que la Demandante debía ser indemnizada por su pérdida en caso de que el peaje no llegara a ponerse en marcha, deberían tenerse en cuenta los costes no soportados, al igual que, si los argumentos de la Demandada sobre la elasticidad de la demanda fuesen correctos, los costes adicionales para el Concesionario derivados del incremento en el uso de la carretera.
360. En lugar de lo anterior, las Partes, en aras de evitar la complicación que suponía realizar dichos cálculos, previeron en su Contrato el pago directo de los montos dejados de recaudar. Cuando el Concedente anunció el 6 de marzo de 2018 *“que el cuarto peaje (Ticlio) no se instalará de manera definitiva y que se viene realizando las coordinaciones con DEVIANDES S.A. y OSITRAN a fin de dar solución definitiva dentro del marco legal, sin perjuicio a la población”* (R-135, ¶ 2.2, énfasis original), el marco legal establecía una obligación clara y fácilmente cuantificable. Por tanto, los funcionarios de la Demandada podían sopesar esta obligación frente a los beneficios sociales de la decisión de suprimir el peaje en Ticlio, como la posibilidad de evitar una alteración del orden público y el cierre de una carretera de importancia estratégica, la eliminación de una causa de conflicto social de larga duración en la zona y los beneficios para los usuarios de la carretera derivados de la supresión de cargos adicionales por peaje.
361. En consecuencia, los montos dejados de recaudar deben pagarse sin realizar ningún ajuste por el eventual ahorro de costes de la Demandante.

**(d) Conclusiones: montos dejados de recaudar desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha del Laudo**

362. Por los motivos expuestos, y en virtud de la Cláusula 9.1 (último párrafo), el Tribunal condena a la Demandada a pagar los montos dejados de recaudar en el peaje de Ticlio desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha del Laudo, calculados teniendo en cuenta que la tarifa inicial prevista en la Cláusula 9.4.c) se fijó el 1 de marzo de 2018 y que dicha tarifa (modificada anualmente) debe aplicarse, sin deducción alguna, sobre el número de vehículos livianos y sobre el número de ejes de los vehículos pesados, de acuerdo con los datos de los volúmenes de tráfico del CIDATT correspondientes a dicho período.
363. Asimismo, el Tribunal declara que los montos dejados de recaudar desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha del Laudo que se abonen de acuerdo con esta decisión incluyen el IGV, y que la Demandante admite su obligación de presentar las oportunas declaraciones ante las autoridades fiscales de Perú en relación con dicho impuesto.

**(e) Montos dejados de recaudar a partir del Laudo**

364. La Demandante solicita asimismo una orden del Tribunal en relación con los Montos Futuros (Memorial de Réplica, ¶ 674.4.2; ver también Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 245-246):

*“Que ordene a Perú al pago de los montos dejados de recaudar por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio (...):*

*4.2. Los montos que deje de recaudar DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio desde la fecha de emisión del laudo (...) hasta (i) que Perú permita y garantice a DEVIANDES el ejercicio del derecho de explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio de forma efectiva, pacífica y continua; o (ii) el término de la Concesión. En cualquier caso, el Tribunal también debe ordenar que estos montos deben ser pagados máximo a los quince (15) días calendario siguientes a que DEVIANDES presente a Perú (a través del MTC) la correspondiente liquidación mensual de los montos, calculados en función de la Tarifa de Peaje aplicada sobre la cantidad de vehículos livianos y sobre la cantidad de ejes de vehículos pesados que circulan por la Unidad de Peaje en Ticlio”.*

365. La Demandada no ha propuesto una orden alternativa para los Montos Futuros. La Cláusula 9 no contiene ninguna disposición relativa a la fecha y la forma de la obligación de pago.
366. El Tribunal pone de relieve que, si el peaje de Ticlio se hubiese puesto en marcha, el Concesionario habría cobrado las tarifas a diario. Cuando el Concedente deba asumir los montos dejados de recaudar, deberá proceder a su pago sin dilación.

367. Por todo lo expuesto, el Tribunal ordena el pago de los Montos Futuros desde la fecha de emisión del Laudo y hasta (i) que Perú permita y garantice a DEVIANDES el ejercicio del derecho de explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio de forma efectiva, pacífica y continua o (ii) la extinción de la Concesión. Estos montos deben ser pagados en el plazo máximo de quince (15) días naturales a contar desde la fecha en que DEVIANDES presente a Perú (a través del MTC) la correspondiente liquidación mensual de los montos , calculados teniendo en cuenta que la tarifa inicial prevista en la Cláusula 9.4.c) se fijó el 1 de marzo de 2018 y que la tarifa (modificada anualmente) debe aplicarse, sin ninguna deducción, sobre el número de vehículos livianos y sobre el número de ejes de los vehículos pesados, de acuerdo con los datos sobre los volúmenes de tráfico del CIDATT correspondientes a dicho período.

**B. INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE VALOR DE LA CONCESIÓN DERIVADA DEL DIFERIMIENTO DE LA EXPLOTACIÓN DE LA UNIDAD DE PEAJE DE TICLIO**

**1. Postura de las Partes**

**(a) La Demandante**

368. La Demandante solicita al Tribunal una indemnización por la pérdida de valor de la Concesión atribuible al retraso de la explotación de la nueva Unidad de Peaje en Ticlio (Memorial de la Demandante, ¶¶ 322-350; Memorial de Réplica, ¶¶ 546-559; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 247-256).
369. A juicio de la Demandante, la existencia del daño “concreto y demostrable” consistente en la pérdida de valor de la Concesión por el aplazamiento de los ingresos es incuestionable, dado que: (i) las Partes acordaron suscribir la Adenda N.º 2 al Contrato de Concesión precisamente para evitar que se ocasionase a DevianDES un perjuicio equivalente a la pérdida de valor de la Concesión por el diferimiento (Memorial de la Demandante, ¶¶ 324-325, 332; Memorial de Réplica, ¶¶ 551-553) y (ii) en su informe sobre la propuesta de Adenda N.º 2, el MTC reconoció expresamente que la Adenda N.º 2 era indispensable para evitar que se ocasionase a DevianDES un perjuicio equivalente a la pérdida de valor de la Concesión por el aplazamiento de la puesta en marcha de la nueva estación de peaje (Memorial de la Demandante, ¶¶ 325-327; Memorial de Réplica, ¶¶ 551-553; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 250; C-138).
370. La Demandante alega que tiene derecho a una indemnización por el diferimiento de los ingresos del peaje de Ticlio como consecuencia de los incumplimientos relativos al nombramiento del Comité de Aceptación, así como de las obligaciones establecidas en el último párrafo de la Cláusula 9.1 de agotar esfuerzos y asumir los montos dejados de recaudar (Memorial de la Demandante, ¶¶ 328-350; Memorial de Réplica, ¶¶ 546-559).
371. Puesto que los citados incumplimientos ocasionaron a DevianDES precisamente el perjuicio económico que la Adenda N.º 2 había cuantificado y pretendido evitar, la Demandante aboga por que el Tribunal adopte la metodología empleada por la



propia Demandada durante la negociación de la Adenda N° 2 para el cálculo del perjuicio económico ocasionado por la pérdida de valor de la Concesión (Memorial de la Demandante, ¶¶ 329, 341, 349).

372. Si se aplica dicha metodología, resulta que el perjuicio económico es equivalente al valor actual neto (“VAN”) de los ingresos de peaje no cobrados en la Unidad de Peaje de Ticlio durante el período correspondiente (Memorial de la Demandante, ¶ 330). Para el cálculo del VAN, la Demandante sostiene en su pretensión principal que debe aplicarse una tasa de descuento del 9,28%, al ser esta la tasa del costo promedio ponderado de capital (“CPPC” o “WACC”) utilizada en el modelo base de Proinversión (Memorial de la Demandante, ¶ 331). La Demandante entiende que, solo si el Tribunal ordenase a la Demandada que pagase los ingresos dejados de recaudar actualizados en función del CPPC del proyecto hasta la fecha de pago efectiva, Devianes quedaría íntegramente resarcida como exige el artículo 1428 del Código Civil (Memorial de la Demandante, ¶¶ 335-337, 342, 349).
373. Por último, alega la Demandante que el daño (consistente en la pérdida de valor de la Concesión) seguirá incrementándose durante la tramitación del proceso arbitral por el transcurso del tiempo, por lo que solicita que su cálculo se actualice hasta la fecha en que se produzca su efectiva cancelación (Memorial de la Demandante, ¶ 342).
374. En respuesta a la Demandada, la Demandante argumenta que, si bien ella y sus peritos de The Brattle Group están de acuerdo en que no es apropiado utilizar la tasa WACC para el cálculo de los intereses pre-laudo, lo que reclama no es en realidad una actualización de los daños, sino un daño concreto y demostrable, esto es, la pérdida de valor de la Concesión (Memorial de Réplica, ¶¶ 558, 654; Segundo Informe Brattle, ¶ 39). Con respecto al uso de la tasa WACC del modelo de Proinversión en particular, argumenta la Demandante que el uso de esta tasa está justificado puesto que fue la tasa empleada por la propia Demandada cuando decidió suscribir la Adenda N.º 2 (Memorial de Réplica, ¶ 655; Segundo Informe Brattle, ¶¶ 45-46). Finalmente, en relación con el ajuste por inflación aplicado a la tasa WACC, Brattle explica que dicho ajuste es “*práctica habitual*” para ajustar el CPPC en una moneda (en este caso, USD) a otra moneda distinta (Memorial de Réplica, ¶ 656; Segundo Informe Brattle, ¶ 50).
375. Como pretensión subordinada (Petitorio N.º 5.1), alega la Demandante que, en el supuesto de que este Tribunal Arbitral desestime su pretensión anterior, debe ordenarse a la Demandada el pago de una indemnización por la pérdida de valor de la Concesión en el tiempo aplicando la tasa del LIBOR más el 6%, la misma tasa que fue asumida por la Demandante en el Endeudamiento Garantizado Permitido aprobado por la Demandada (Memorial de la Demandante, ¶¶ 359, 377).
376. Por último, y como pretensión residual en el supuesto de que este Tribunal Arbitral desestime las pretensiones anteriores, la Demandante solicita una condena al pago de intereses (ver abajo).

**(b) La Demandada**

377. La Demandada argumenta, en primer lugar, que la Demandante no ha logrado probar que el riesgo de pérdida de valor de la Concesión por el aplazamiento de los ingresos se haya materializado (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 736-738). Para probar que el valor de la Concesión efectivamente disminuyó, Deviandes debía haber presentado sus libros contables y otros registros, en lugar de fundar toda su pretensión en una mera “*estimación*” recogida en el informe del MTC (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 738-739, 744). A ello hay que añadir que, según la Demandada, ni la Adenda N.º 2 ni el informe de 2014 (en los que se apoya Brattle para afirmar que las Partes determinaron que el uso de la tasa WACC era adecuado para calcular el valor de la Concesión) mencionaban el WACC, sino que preveían que la inversión sería retribuida a través de los ingresos de peaje y no a través del cálculo de intereses mediante la aplicación del WACC (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 747).
378. En segundo lugar, la Demandada sostiene que el verdadero propósito de la reclamación de la Demandante no es solicitar una indemnización por pérdida de valor de la Concesión, sino solicitar el pago del interés pre-laudo con el fin de recuperar el valor de los fondos que habría recaudado en Ticlio (Memorial de Contestación, ¶¶ 620-621; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 736, 741, Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 369-375). Según la Demandada, la razón detrás de la insistencia de la Demandante en calificar su petición como una reclamación por pérdida de valor de la Concesión y no como una reclamación de los intereses pre-laudo, es poder actualizar el valor de los fondos en función del CPPC o WACC (tasa que los propios peritos de la Demandante consideran incorrecta para este propósito) (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 742; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 373).
379. En tercer lugar, a juicio de la Demandada, aun asumiendo que la Demandante hubiese probado el daño que alega, la metodología propuesta para el cálculo de la indemnización es inadecuada. Y ello es así porque, según la Demandada, de adoptarse el WACC como tasa aplicable, la Demandante estaría obteniendo una indemnización más elevada que la posible pérdida de valor de la Concesión (Memorial de Contestación, ¶ 622). El WACC tiene en cuenta los riesgos asumidos por un inversor al ejecutar su inversión, compensándolo en consecuencia (Memorial de Contestación, ¶ 623). Sin embargo, al obtener la Demandante los montos solicitados mediante un proceso de arbitraje y no a través de una inversión, no se estaría exponiendo efectivamente a los riesgos, por lo que, en tal caso, la citada metodología sería especulativa e injustificada (Memorial de Contestación, ¶ 623; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 743 Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 374).
380. En cuarto lugar, la Demandada sostiene que, a pesar de que los peritos de la Demandante aseveran que han utilizado el modelo financiero de Proinversión para el cálculo de la pérdida de valor de la Concesión, en realidad el único parámetro del modelo utilizado por Brattle es el WACC del mencionado informe, y no se ha tenido

en cuenta ninguno de los restantes parámetros (Memorial de Contestación, ¶ 621; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 745-746).

381. Por último, argumenta la Demandada que los peritos de la Demandante no han dado una explicación satisfactoria al ajuste por inflación del WACC con base en el diferencial de la expectativa de inflación de Estados Unidos y Perú (Memorial de Contestación, ¶ 624; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 748).

## 2. Decisión del Tribunal

382. En este arbitraje, la Demandante ha demostrado los incumplimientos del Contrato por parte de la Demandada, y ha probado su derecho a recuperar los ingresos que habría percibido por la explotación del peaje de Ticlio. Ahora la Demandante reclama una indemnización adicional por el retraso en la recepción de sus ingresos, lo que conceptualmente es una reclamación de intereses.
383. La Demandante acepta que su reclamación por pérdida de valor de la Concesión es una alternativa a la reclamación del pago de los intereses por el acceso tardío a los ingresos dejados de recaudar en la unidad de peaje de Ticlio (Memorial de la Demandante, ¶ 380; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 274). Tal como explica el Dr. José Antonio García, de Brattle (Transcripción, Día 6, págs. 1811-1812):

*“Hay dos formas de verlo [el daño por el efecto de la demora] en este caso en particular. Uno, que es la posición legal de Devianades, que es: esa compensación debe estar basada en lo que acordaron las partes de acuerdo a la adenda 2, que fue “mantengamos el VAN”. Si el Tribunal considera que no es aceptable esa posición, entonces tendrá que pensar cómo compensarlo, y entonces la vía más razonable es compensarlo vía intereses pre-Laudó”.*

384. La Demandante justifica su derecho a una indemnización basada en el VAN y en un CPPC del 9,28% apoyándose en las negociaciones y en los objetivos fijados en la Adenda N.º 2 (Primer Informe Brattle, ¶ 50; Segundo Informe Brattle, ¶ 37; Memorial de la Demandante, ¶¶ 322-327; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 255). La Demandante se remite a un documento titulado “Anexo A Informe N.º 1” preparado para Proinversión por un consultor denominado Consorcio TP Consulting-Qursor-Logit Engenharia Consultiva Ltda, así como en una Opinión del MTC de noviembre de 2014 sobre la propuesta de Segunda Adenda (BR-003; BR-005; C-163). Con base en el primero de estos documentos, Brattle manifiesta que “[p]ara realizar nuestro cálculo hemos aplicado el CPPC previsto para la Concesión, del 9,28%” (Primer Informe Brattle, ¶ 56; Segundo Informe Brattle, ¶ 46).
385. El Tribunal pone de relieve que Brattle no explica por qué esta cifra, propuesta en el informe elaborado por un consultor ocho años antes de que se produjeran los hechos objeto de la controversia, debería ser aceptada como el “CPPC previsto para la Concesión”. Brattle no contrasta de manera independiente las variables y el

cálculo de esta cifra de CPPC. Tal como señala Quadrant, la cifra de CPPC es el único parámetro del modelo financiero de Proinversión que utiliza Brattle (Primer Informe Quadrant, ¶ 64).

386. La Demandante sostiene que, puesto que uno de los objetivos de la Adenda N.º 2 fue evitar un perjuicio en el VAN de la Concesión como consecuencia de un diferimiento en la activación del derecho de explotación, tiene derecho a que se le otorgue una indemnización en este arbitraje basada en los cálculos realizados en aquel momento (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 250-256; Memorial de Réplica, ¶¶ 556-557). Las Partes declararon que la Adenda N.º 2 respetaba el equilibrio económico-financiero de las prestaciones (Cláusula Cuarta). Sin embargo, dicha Adenda no modificaba el Contrato para garantizar el derecho a un determinado VAN ni para reconocer que el CPPC fuera del 9,28%, y la Demandante no ha demostrado que exista una base legal para el pretendido efecto vinculante de determinados cálculos realizados antes de la firma de la Adenda N.º 2.
387. No obstante, Brattle sugiere que hubo un acuerdo relativo a la aplicación de esta metodología: *“el Primer Informe Brattle aplica el mismo principio que acordaron y aplicaron las Partes en una ocasión precedente cuando firmaron la Adenda 2”* (Segundo Informe Brattle, ¶ 37). En la audiencia, Brattle reconoció que la reclamación de una indemnización por pérdida de valor de la Concesión carecía de fundamento en ausencia de acuerdo: (Transcripción, Día 6, págs. 1812-1813, énfasis añadido):
- “(…) yo nunca recomendaría el pago de intereses pre-Laudo basados en el WACC, no ha sido nunca mi posición ni lo será. Pero aquí estamos hablando de una premisa legal diferente. Deviandes no está solicitando un cálculo de pago de intereses, está solicitando que esa compensación sea consistente con lo que acordaron las partes en la adenda 2 y el Tribunal deberá decidir si acepta esa pretensión o no acepta esa pretensión”.*
388. Sencillamente, no hubo ningún acuerdo en virtud del cual debiera mantenerse el VAN o aceptarse un CPPC del 9,28%, ni antes de la firma de la Adenda N.º 2 ni por medio de esta. Esta afirmación no tiene ninguna otro fundamento legal.
389. Es más, el Tribunal acepta también que es conceptualmente inapropiado utilizar un CPPC concebido para un análisis *ex ante* de los flujos futuros, como el que presentó Proinversión, para llevar a cabo un análisis *ex post* de los flujos históricos en sustitución de los intereses (Primer Informe Quadrant, ¶ 72; Segundo Informe Quadrant, ¶¶ 84-91; Transcripción, Día 6, págs. 1842-1843).
390. Por todo lo expuesto, el Tribunal desestima la reclamación de una indemnización por pérdida de valor de la Concesión.

**C. INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE VALOR DE LA CONCESIÓN COMO CONSECUENCIA DEL INCREMENTO DEL RIESGO DEL PROYECTO:**

**1. Postura de las Partes**

**(a) La Demandante**

391. La Demandante sostiene que los incumplimientos de la Demandada también han provocado que el riesgo del proyecto asociado a los ingresos haya resultado mayor del esperado para la fase de explotación en la que se encuentra el proyecto (Memorial de la Demandante, ¶¶ 351-355; Memorial de Réplica, ¶ 659; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 257-266).
392. Como consecuencia del incremento del riesgo, la Demandante ha perdido su legítima expectativa de refinanciar la deuda asumida mediante el Endeudamiento Garantizado Permitido en condiciones financieras más favorables (dado que, cuanto mayor es el riesgo, los inversores exigen mayores tasas de descuento) (Memorial de la Demandante, ¶¶ 354-361). Concretamente, el Concesionario obtuvo financiación para el Proyecto en 2015 (denominada contractualmente “Endeudamiento Garantizado Permitido” o “*EGP*”) por un monto de 80 millones USD, a una tasa de interés equivalente al LIBOR más el 6% para un plazo de 10 años. Sin embargo, perdió la oportunidad de acceder a la financiación ofrecida por Mitsubishi en diciembre de 2019, financiación que, según la Demandante, habría supuesto una reducción de 250 puntos básicos en la tasa de interés respecto de la operación del EGP (Memorial de la Demandante, ¶ 362-363; Memorial de Réplica, ¶¶ 560-576, 659-665). La Demandante argumenta que el diferencial de 250 puntos básicos en la tasa de interés es indicativo de la percepción de un incremento del riesgo del proyecto por parte de los inversores.
393. En consecuencia, la Demandante solicita que el CPPC utilizado para calcular el daño por la pérdida de valor de la Concesión se incremente en un 2,5% aplicando la misma metodología propuesta para el cálculo de la pérdida de valor por el diferimiento en la percepción de los ingresos (véase *supra*) (Memorial de la Demandante, ¶ 364; Primer Informe Brattle, ¶ 66).
394. Como pretensión subordinada, en caso de que el Tribunal desestime la pretensión principal, la Demandante solicita el pago de una indemnización por pérdida de valor de la Concesión como consecuencia del incremento del riesgo del proyecto aplicando la tasa de interés del EGP equivalente al LIBOR más el 6% a las indemnizaciones por los ingresos no percibidos por Deviandes en la unidad de peaje de Ticlio (Memorial de la Demandante, ¶ 413.5.1; Memorial de Réplica, ¶ 674.5.1; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 271-273).
395. En respuesta a las críticas del perito de la Demandada, la Demandante aduce los siguientes argumentos (Memorial de Réplica, ¶¶ 660-662):
- 395.1. Deviandes reclama un daño “*cierto y real*”, y no es correcta la afirmación de que se esté utilizando el CPPC como tasa para el cálculo de los intereses

pre-laudo. La Demandante considera apropiada la estimación de los daños hecha por sus peritos, en la que estos comparan los siguientes valores: (i) el valor del proyecto calculado mediante la tasa de descuento aplicable antes de la adopción de la medida objeto de controversia y (ii) el valor del mismo proyecto una vez ajustada la tasa de descuento al alza como consecuencia del incremento del riesgo (Segundo Informe Brattle, ¶ 52).

- 395.2. La reclamación de Deviandes no se refiere a los riesgos de la construcción, sino al hecho de que, al no haber podido cobrar la tarifa de peaje en Ticlio, los inversores y los financiadores perciben que el riesgo inicial del proyecto no ha disminuido (Segundo Informe Brattle, ¶ 55.b).
- 395.3. En relación con la oferta de Mitsubishi, esta partía de la base de que el proyecto de la Concesión tendría un riesgo menor, ya que la oferta estaba condicionada al logro del grado de inversión con un *ratio* mínimo de cobertura del servicio de la deuda de 1,6, que era imposible de alcanzar sin contar con los ingresos de la Unidad Ticlio (Segundo Informe Brattle, ¶ 57.b; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 263).
- 395.4. Con respecto a la imputación del mayor costo de la deuda al CPPC (y no exclusivamente al componente de la deuda), argumenta la Demandante que los accionistas (que conforman el otro componente del CPPC) también perciben el proyecto como más arriesgado, motivo por el cual es apropiado ajustar el CPPC y no solo la deuda (Segundo Informe Brattle, ¶ 57.c).

**(b) La Demandada**

396. La Demandada sostiene que la segunda reclamación de la Demandante por la pérdida de valor de la Concesión como consecuencia del incremento del riesgo adolece de los mismos errores descritos en la sección anterior, pues también se trata, en realidad, de una solicitud de intereses pre-laudo disfrazada para poder utilizar la tasa WACC, lo que contraviene la teoría económica y difiere de la opinión del propio perito de la Demandante (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 749; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 365-375). Las pretensiones subordinada y residual de la Demandante, en las que esta solicita la aplicación de la tasa de interés equivalente al LIBOR más el 6% y la tasa de interés legal, respectivamente, confirman que la verdadera intención de la Demandante es lograr que se le otorguen los intereses pre-laudo y no la supuesta pérdida de valor de la Concesión (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 741, nota 981).
397. A juicio de la Demandada, para reclamar la supuesta pérdida de la oportunidad de la financiación ofrecida por Mitsubishi, la Demandante tendría que haber solicitado al Tribunal que le otorgase la diferencia entre la financiación real y aquella que, según afirma, habría obtenido de haberse puesto en marcha la Unidad de Peaje de Ticlio (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 750; Segundo Informe Quadrant, ¶ 104).

398. Con respecto a la oferta de Mitsubishi en particular, argumenta la Demandada que ni la Demandante ni su perito han logrado explicar por qué las tasas de interés difieren en ambos préstamos y por qué ignoran los demás factores (distintos de los ingresos dejados de percibir) que podrían explicar las diferencias (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 752-754).

## 2. Decisión del Tribunal

399. El sistema de cálculo propuesto por Brattle para esta reclamación utiliza el CPPC en el que se basa la reclamación por pérdida de valor de la Concesión, al que se añade una prima del 2,5%. Para evitar una eventual doble indemnización, Brattle tiene en cuenta únicamente los intereses incrementales respecto a los calculados en la reclamación de la indemnización por pérdida de valor de la Concesión (Primer Informe Brattle, ¶ 66).

400. La Demandante infiere que la prima por el incremento del riesgo es del 2,5% tomando como referencia una sola operación de financiación. Con ello, está asumiendo que la pérdida de la financiación de Mitsubishi en condiciones más ventajosas se debió enteramente a los retrasos que afectaban al peaje de Ticlio. Brattle declara que, a su juicio, *“la falta de cobro del Peaje en la Unidad Ticlio fue un elemento que impidió a DEVIANDES acceder a esta financiación”* porque *“[l]a propuesta de Mitsubishi estaba condicionado al logro del grado de inversión con una ratio de cobertura del servicio de la deuda mínimo de 1,6 que, entendemos, era imposible de alcanzar sin los ingresos de la Unidad Ticlio, (...)”* (Primer Informe Brattle, ¶ 65 y nota al pie n.º 74; véase también el Segundo Informe Brattle, ¶ 57.b). Estas declaraciones no han sido corroboradas por ninguna prueba testifical o documental de las negociaciones que tuvieron lugar en aquel momento. La diferencia entre la propuesta de Mitsubishi y la financiación existente podría haberse explicado teniendo en cuenta otros factores (Transcripción, Día 6, pág. 1845 (Riveros)). A un nivel más general, Brattle cuantifica el diferencial a partir de una única propuesta de financiación, sin especificar el uso de ninguna metodología aceptada para calcular el incremento de los riesgos de una concesión en estas circunstancias ni proponer ningún sistema para corroborar o verificar la conclusión que extrajo partiendo de una sola premisa.

401. Tal como apuntaba el Dr. Riveros, todas las críticas al cálculo de indemnización por pérdida de valor de la Concesión como consecuencia del diferimiento de la explotación son también aplicables a este cálculo (Transcripción, Día 6, pág. 1844). Por tanto, las objeciones anteriormente mencionadas (ver arriba, Sección V) en relación con la falta de una verificación suficiente de la cifra del CPPC, la ausencia de conformidad del Concedente con el uso de esta cifra en los términos señalados y las objeciones conceptuales sobre la utilización del CPPC como sustitutivo de una tasa de interés son igualmente aplicables a esta reclamación.

402. Por los motivos expuestos, se desestima la pretensión principal.

403. La pretensión subordinada solicita una indemnización calculada mediante la aplicación de una tasa equivalente al LIBOR más el 6% a las indemnizaciones por

los ingresos no percibidos por Deviandes en la unidad de peaje de Ticlio. La Demandante alega que, al no poder acceder a los ingresos esperados de la explotación de Ticlio, ha perdido la oportunidad de destinar dichos ingresos al pago de su deuda (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 273).

404. La pretensión subordinada persigue obtener una compensación por la pérdida del uso de la indemnización reclamada en este arbitraje. Se trata en realidad de una reclamación de intereses presentada en forma de reclamación de una indemnización por daños y perjuicios. Cabe plantear dos objeciones a la pretensión subordinada. En primer lugar, de acuerdo con la ley peruana, los intereses están sujetos a las disposiciones del Código Civil (ver Sección VIII), normas que no pueden eludirse presentando una reclamación de intereses como una reclamación de daños. En segundo lugar, la pretensión subordinada equipara incorrectamente la pérdida del uso de los fondos a partir del momento en que se produjeron los daños con el coste de capital de Deviandes. El coste del retraso en el pago no es lo mismo que el coste del riesgo de invertir en una empresa. Tal como señala el Dr. Riveros, “[e]l costo de oportunidad del capital incluye una remuneración por riesgos empresariales, a los cuales el monto de compensación que reclama la Demandante en este caso no ha estado sujeto” (Segundo Informe Quadrant, ¶ 133; ver también Primer Informe Quadrant, ¶¶ 108-116).
405. En consecuencia, se desestima también la pretensión subordinada.

**D. DAÑOS POR LOS COSTOS DERIVADOS DE LA PRÓRROGA DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO:**

**1. Postura de las Partes**

**(a) La Demandante**

406. La Demandante alega que los retrasos en la constitución de los Comités de Aceptación la obligaron a prorrogar la Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras del 28 de abril de 2019 al 28 de febrero de 2020. Por ello, solicita una indemnización equivalente al incremento de los costos, que ascenderían a 1.183.311 S/. (Memorial de la Demandante, ¶¶ 305-314, ¶ 365 y ¶ 375; Memorial de Réplica, ¶ 674.2.2; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 267-269).

**(b) La Demandada**

407. A lo anterior, la Demandada responde, en primer lugar, que no es responsable de la prórroga del mantenimiento de la Garantía, dado que las OPA no concluyeron hasta el 28 de febrero de 2018. En segundo lugar, la Demandada alega que Deviandes no ha aportado la documentación necesaria para verificar los daños alegados. En particular, no ha aportado las cartas de fianza en las que apoya su reclamación, lo cual es necesario para comprobar las fechas de vigencia de la garantía (Memorial de Contestación, ¶¶ 629-630; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 606-607; 757-759; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 376-379).



## 2. Decisión del Tribunal

408. Esta afirmación se basa en la obligación del Concesionario de proporcionar una garantía de fiel cumplimiento de la ejecución de las Obras. Dicha garantía debía ser equivalente al 10% del presupuesto aprobado para las OPA, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula 11.2 del Contrato, que se transcribe a continuación:

### ***“GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE EJECUCION DE OBRAS***

*11.2 Para garantizar la correcta ejecución de las Obras, (...) para garantizar el pago de las penalidades y demás sanciones según correspondan, (...) el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE una Garantía de Fiel Cumplimiento de Ejecución de Obras, de acuerdo a lo siguiente:*

*Para las Obras de Puesta a Punto, por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto aprobado en el Estudio Definitivo de Ingeniería para estas Obras, emitida a favor del CONCEDENTE.*

*(...)*

*Esta garantía tendrá las características de solidaria, incondicional, irrevocable, sin beneficio de excusión, ni división y de realización automática, y deberá estar vigente desde el inicio de las Obras de Puesta a Punto, hasta dos (2) años posteriores a la aceptación de dichas Obras, conforme al procedimiento previsto en las Cláusulas 6.20 a 6.26.*

*Dicha garantía deberá ser emitida por una Empresa Bancaria, autorizada de conformidad con lo establecido en el Listado 1 del Anexo N° 1 de las Bases del Concurso. En caso dicha garantía sea emitida por una entidad financiera, autorizada de conformidad con el Listado 2 Anexo N° 1 de las Bases del Concurso o alguna de sus filiales o sucursales, deberá ser necesariamente confirmada por una Empresa Bancaria.*

*(...)*

*La garantía deberá ser devuelta al CONCESIONARIO, siempre que haya sido renovada”.*

409. El Comité de Aceptación de las OPA emitió el Acta de Aceptación del último tramo de las Obras (subtramo 1, km 38+306 al km 98+900) el 28 de febrero de 2018 (ver arriba, sección III.D.2). En consecuencia, la Cláusula 11.2 obligaba al Concesionario a mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento hasta el 28 de febrero de 2020.

410. Mediante carta de fecha 10 de enero de 2019, el Concesionario presentó al Concedente *“la renovación de la Fianza No. G707446 hasta el 10 de febrero de 2020 cuyo documento adjuntamos a la presente”*, a la que adjuntaba una carta del BCP que confirmaba la prórroga de la Carta de Fianza n.º G77446 hasta el 11 de febrero de 2020 por la cantidad de 9.814.793,00 USD (C-146) (*“quedando inalterables los demás términos y condiciones”*).
411. Los costos de las comisiones bancarias fueron asumidos inicialmente por los accionistas del Concesionario y, posteriormente, fueron trasladados a este para su reconocimiento y su registro contable. De acuerdo con la información facilitada por la Demandante, Brattle ha hecho un resumen de los montos pagados por sus accionistas con el objetivo de conseguir la emisión y la prórroga de la vigencia de la Garantía de Obras del 28 de abril de 2019 al 28 de febrero 2020 (el período durante el cual la Demandante afirma que la Demandada es responsable del pago de estas comisiones). Asimismo, Brattle ha revisado tanto la correspondencia en la que los accionistas informan al Concesionario de los pagos realizados como el registro contable de las obligaciones por parte del Concesionario (Primer Informe Brattle, ¶¶ 67-70; Segundo Informe Brattle, ¶¶ 63-67).
412. La Demandada sostiene que el Concesionario *“no aportó las cartas fianza en las cuales su reclamo se basa, lo cual es necesario para verificar las fechas de vigencia de las mismas”* (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 757; Primer Informe Quadrant, ¶ 100). En calidad de beneficiaria de las cartas de fianza, cabe presumir que la Demandada tenía copias de estas, y debería haber exigido al Concesionario que cumpliera con su obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta el 28 de febrero de 2020. El Tribunal subraya que la Demandada no ha afirmado en ningún momento que el Concesionario haya incumplido su obligación de mantener la vigencia de la garantía hasta la fecha establecida. En cualquier caso, el Tribunal considera acreditados tanto la prórroga de la garantía hasta el 11 de febrero de 2020 de acuerdo con la correspondencia aportada (C-146) como los pagos efectuados por los accionistas del Concesionario para mantener la vigencia de la garantía confirmados por Brattle.
413. Por las razones expuestas, el Tribunal admite que las cartas de fianza fueron prorrogadas por el Concesionario tal como exigía la Cláusula 11.2. Asimismo, considera correcto el cálculo de los costos de dicha prórroga por parte de la Demandante sobre la base de las comisiones pagadas por los accionistas del Concesionario, de las que este aceptó hacerse cargo.
414. La Demandante reclama las comisiones soportadas entre el 28 de abril de 2019 y el 28 de febrero 2020 alegando que el Concedente era enteramente responsable de los retrasos entre la solicitud de aceptación de las obras y el Acta de Aceptación del último tramo de las obras. Sin embargo, la decisión del Tribunal es que la Demandada no es responsable de este retraso.
415. Por los motivos expuestos, el Tribunal desestima la reclamación de una indemnización por los costos derivados de la prórroga de la garantía de fiel cumplimiento.

## **VIII. DEMANDA RECONVENCIONAL**

416. La Demandada plantea dos demandas reconvenzionales, a saber: (i) que la Demandante sea declarada responsable por el incumplimiento de su obligación de ejecutar las Obras de Puesta a Punto de los puentes vehiculares y de alcanzar los índices de servicio requeridos por el Contrato de Concesión; y (ii) que a menos que el Tribunal aceptase limitar temporalmente el impacto de la Cláusula 9.1 o redujese la prestación del Perú por razón de excesiva onerosidad, el Tribunal resuelva el Contrato de Concesión (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 765).

### **A. ADMISIBILIDAD**

#### **1. Postura de las Partes**

##### **(a) La Demandante**

417. La Demandante afirma que este Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción para adjudicar ninguno de los dos reclamos reconvenzionales de la Demandada, porque la Demandada ignora los requisitos contractuales que deben ser satisfechos para efectos jurisdiccionales (Memorial de Réplica, ¶ 676). Invocando las Cláusulas 18.11 y 18.12 b) (i) del Contrato de Concesión, afirma la Demandante que se podrán someter al CIADI: (i) “*Controversias No-Técnicas*, (ii) *con un monto en disputa superior a US\$ 10 millones*, y (iii) *que las Partes hayan tratado de resolver vía Trato Directo en un plazo mínimo de seis meses*” (Memorial de Réplica, ¶ 679). Dichos requisitos también representan los “*límites del consentimiento de las Partes*” del artículo 46 del Convenio CIADI, por lo que su incumplimiento excluye la jurisdicción del Centro (Memorial de Réplica, ¶¶ 685-686).

418. La Demandante postula que el Contrato de Concesión incluye una condición precedente, que es que se haya tratado de resolver las controversias previamente en el Trato Directo entre las Partes (Memorial de Réplica, ¶¶ 683-688). Según la Demandante, el carácter imperativo de la etapa de Trato Directo se desprende de la Cláusula 18.12.b)(i) del Contrato, según la cual (Memorial de Réplica, ¶ 683, énfasis Demandante):

*“las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo”; “las controversias suscitada[s] [en el Trato Directo] serán resueltas mediante arbitraje internacional”. Y de manera aún más explícita en la Cláusula 18.11: “Las Partes **declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir ... serán resueltos por trato directo entre las Partes**”.*

419. La Demandante alega que la Demandada no sometió, ni trató de resolver, vía Trato Directo, ninguno de los dos reclamos reconvenzionales que presenta en su Memorial de Contestación. Asimismo, en la primera conferencia procesal, la Demandada respondió al Presidente del Tribunal que los supuestos incumplimientos de Perú no podían fundar una reconvencción (Escrito Posterior a la

Audiencia de la Demandante, ¶ 314). Por tanto, solicita la Demandada que el Tribunal Arbitral rechace los reclamos reconventionales (Memorial de Réplica, ¶¶ 678-691).

420. Ante el argumento de la Demandada de que el requisito de Trato Directo solo rige el inicio de un arbitraje y no una demanda reconventional, la Demandante alega que las Cláusulas 18.11 y 18.12b)(i) no establecen ninguna distinción entre los dos tipos de reclamos, ambas son “controversias” y, en consecuencia, deben intentar ser resueltas por Trato Directo en primera instancia (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 317). Según la Demandante, la notificación de la disputa que hizo DEVIANDES no basta para dar por cumplido el requisito de Trato Directo con respecto a la demanda reconventional, pues es necesario que las partes traten de resolver dicha disputa, lo que no ocurrió con respecto a los reclamos de Perú (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 325-326).

**(b) La Demandada**

421. La Demandada alega que, si el Tribunal se declara competente para conocer los reclamos de la Demandante, también tendría jurisdicción para conocer las demandas reconventionales de la Demandada, puesto que son consecuencia procesal inseparable de los reclamos de DEVIANDES y cumplen con los requisitos del Contrato de Concesión y del artículo 46 del Convenio CIADI (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 768-800).
422. En respuesta a la objeción de la Demandante de que no se ha cumplido el requisito de Trato Directo, alega la Demandada que el Contrato de Concesión exige Trato Directo como condición precedente previa al inicio de un arbitraje, pero no contiene requisitos o limitaciones sobre otros aspectos del arbitraje, incluyendo la presentación de una reconvencción (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 772-774; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 384-386).
423. Subsidiariamente alega la Demandada que, aun en el supuesto de que el Tribunal considerara que el Trato Directo es un requisito para la reconvencción, dicho requisito se cumplió en este caso. Según la Demandada, de la redacción de la Cláusula 18.11 del Contrato se desprende que todas las cuestiones relacionadas o conexas con el “conflicto” identificado, se entienden comprendidas en el Trato Directo (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 778-781). Por lo tanto, el Trato Directo solicitado por DEVIANDES abarca las demandas reconventionales de la Demandada, pues responden al mismo “conflicto” o “incertidumbre de relevancia jurídica” (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 780-793). El hecho de que en el arbitraje la Demandante formulara pretensiones que no fueron mencionadas en la notificación de Trato Directo, prueba que el Trato Directo no queda delimitado por las pretensiones formuladas, sino más genéricamente por el “conflicto” o “incertidumbre” (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 781-784).
424. En cualquier caso, la Demandada alega que informó a DEVIANDES de sus incumplimientos respecto de las EDI y OPA de puentes vehiculares en la respuesta a la notificación de Trato Directo (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 785).

425. Por último, esgrime la Demandada que, aun si el Tribunal considerase que el Trato Directo solicitado por DEVIANDES no abarca las cuestiones formuladas por la Demandada en su reconvención, exigir el Trato Directo sobre dichos reclamos sería innecesario, inútil y absolutamente dilatorio (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 794). Según la Demandada, el propósito del Trato Directo es que las Partes intenten resolver el conflicto de forma amistosa, por lo que solo tiene sentido y utilidad cuando la disputa aún no se ha planteado ante el tribunal competente, esto es, cuando una solución negociada es posible (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 795). Sin embargo, en este caso, al haber puesto fin a las negociaciones e iniciado el presente arbitraje, DEVIANDES reconoció que la solución negociada entre las Partes no es posible, por lo que exigirle Trato Directo sería inútil y tiene una finalidad dilatoria (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 796-799).

## 2. Decisión del Tribunal

426. El artículo 18.11 establece la obligación de trato directo en los siguientes términos:

### **“TRATO DIRECTO**

*18.11 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.*

(...)

*De otro lado, tratándose del arbitraje internacional, el periodo de negociación o trato directo será no menor 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, en virtud de lo establecido en la Ley N° 28933 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 125- 2008-EF y modificatorias.*

*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, siempre que existan posibilidades reales que, de contarse con este plazo adicional, el conflicto será resuelto mediante el trato directo.*

*En caso 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 18.12. 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 18.12. En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo respecto de sí 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 18.12”.*

427. En relación con el procedimiento de trato directo, el Tribunal hace las siguientes observaciones:
- 427.1. El trato directo es “un período de negociación” que, en el caso de un arbitraje internacional, “será no menor a seis (6) meses”.
  - 427.2. La solicitud de iniciar el trato directo debe notificarse al “Ministerio de Economía y Finanzas en su calidad de Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión”. Los artículos 6 y 7 de la Ley 28933 designan al Ministerio de Economía y Finanzas como Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, así como a una Comisión Especial que “tendrá por objeto la representación del Estado en las Controversias Internacionales de Inversión, tanto en su etapa previa de trato directo, cuanto en la propia etapa arbitral o de conciliación (...)”. El artículo 8 define las funciones de la Comisión Especial, que consisten, entre otros aspectos, en “[e]valuar las posibilidades de negociación en la fase de trato directo” y “[p]articipar en las negociaciones con la contraparte durante la etapa de trato directo” aunque “la negociación podrá ser liderada por la Entidad Pública involucrada, según lo determine la Comisión Especial”.
  - 427.3. De acuerdo con lo anterior, el proceso de negociación previo al inicio del arbitraje internacional es la principal responsabilidad de un órgano especializado del Estado peruano, y no la del Ministerio responsable del Contrato (en este caso, el MTC).

- 427.4. La Cláusula 18.11 reconoce una finalidad subsidiaria del trato directo. Cuando las Partes no puedan resolver el conflicto, *“deberán definirlo como un conflicto o incertidumbre de carácter técnico o no-técnico, según sea el caso”*. En caso de que las Partes no se pongan de acuerdo, *“entonces tal conflicto o incertidumbre deberá ser considerado como una Controversia No Técnica”*.
428. El Concesionario inició el procedimiento de trato directo mediante carta de fecha 3 de octubre de 2019 dirigida al Ministerio de Economía y Finanzas (C-007). La carta calificaba la controversia como un conflicto de naturaleza *“no-técnica”* y describía cuatro *“aspectos”* de la misma. Mediante carta de fecha 7 de mayo de 2020, el Concesionario dio por concluido el trato directo y declaró que quedaba habilitada para iniciar un arbitraje CIADI *“a fin de que en él se resuelvan todas las materias tratadas en el Trato Directo, así como las vinculadas directa o indirectamente con ellas y que DEVIANDES considere adecuadas para la protección de los derechos que le otorgan el Contrato de Concesión y/o las Leyes Aplicables”* (C-009).
429. Las pruebas no permiten concluir que haya tenido lugar ninguna negociación sustancial durante el período de trato directo iniciado por el Concesionario. Asimismo, es una cuestión pacífica que el Concedente no inició un procedimiento independiente de trato directo en relación con la reconvención.
430. La Demandada presentó la primera reconvención (esto es, aquella en la que sostiene que el Concesionario no cumplió con la obligación de ejecutar las OPA de los Puentes Vehiculares y de alcanzar los índices de servicio exigidos por el Contrato) tanto antes de iniciar el proceso de trato directo como durante la vigencia de este:
- 430.1. *“A inicios de 2019, por primera vez, el MTC empezó a decir que las obras del Proyecto no habían sido ejecutadas en su totalidad”* (Declaración testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto, ¶ 156, énfasis añadido).
- 430.2. El 18 de octubre de 2019, el MTC respondía expresamente a la solicitud de trato directo de la Demandante mediante el envío a OSITRAN de un informe en el que concluía *“que el Concesionario no ha cumplido con ejecutar partidas, y metrados de algunas partidas del Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) de las Obras de Puesta a Punto (OPA) de Puentes Vehiculares, el cual fue aprobado por el Concedente”* (R-147). Se facilitó a la Demandante una copia de esta correspondencia, si bien no queda claro en qué fecha (Declaración testimonial de D. Luigi D’Alfonso Crovetto, ¶ 157).
431. En consecuencia, el Tribunal concluye que, tanto antes de iniciarse el proceso de trato directo como durante el desarrollo de este, la Demandante era consciente de que la Demandada consideraba que las obras no habían sido ejecutadas de acuerdo con el Contrato y de la probabilidad de que presentase un alegato en este sentido (incluida una eventual reconvención) en respuesta al inicio de un arbitraje internacional por parte de la Demandante. Por otra parte, no hay ninguna prueba de que la segunda reconvención (en la que la Demandada solicita la resolución del

Contrato) fuera objeto de ninguna comunicación o negociación entre las Partes antes o durante el proceso de trato directo, a pesar de que dicha reconvención compartía su base fáctica con las reclamaciones que eran objeto del trato directo (esto es, la persistencia de un evento de fuerza mayor y la imposibilidad de explotar el peaje de Ticlio).

432. Los requisitos de notificación, consulta y negociación previos al inicio de un arbitraje internacional son habituales tanto en los contratos de concesión como en los tratados de protección de las inversiones. En términos generales, estas cláusulas sirven para garantizar que el Estado parte (normalmente la demandada) tenga la oportunidad de hacer una valoración adecuada de la controversia antes del inicio del arbitraje, así como de estudiar las posibilidades de una solución alternativa. De acuerdo con la legislación peruana, el trato directo es supervisado por un órgano especializado, que cuenta con las ventajas de su experiencia y su capacidad de aportar una nueva perspectiva respecto de la entidad estatal que se venía haciendo cargo de los asuntos relativos al contrato o a la inversión.
433. El Contrato exige que el procedimiento de trato directo se inicie mediante el envío de una solicitud al Ministerio de Economía y Finanzas, pero no establece ningún requisito obligatorio en cuanto al contenido de dicha solicitud. En particular, no exige en ningún momento que la solicitud deba contener una lista exhaustiva de las potenciales reclamaciones, ni que las reclamaciones que se formulen posteriormente deban someterse a una nueva fase de trato directo antes de ser presentadas en un procedimiento arbitral. No hay ningún requisito expreso en virtud del cual una parte deba notificar una reconvención durante el proceso de trato directo para poder presentar dicha reconvención en un procedimiento arbitral posterior. La Demandante invoca el lenguaje imperativo de las Cláusulas 18.11 y 18.12.b).i), pero este lenguaje es enteramente coherente con un único período de trato directo.
434. El Contrato concibe el trato directo como un período de negociación. Dicha negociación puede adoptar diversas formas, con distintos niveles de formalidad, estructura, confidencialidad y con la posible participación de terceros, como conciliadores, mediadores o expertos. La negociación requiere flexibilidad y, a la hora de interpretar las Cláusulas 18.11 y 18.12, un tribunal no debería imponer requisitos de forma en relación con la notificación de las demandas y las reconvenciones que no estén previstos en las propias cláusulas. Ello podría llevar a las partes a reafirmarse prematuramente en sus posturas, algo que, en el marco de la negociación, cuyo éxito requiere de flexibilidad, sería contraproducente.
435. En términos generales, en interés de las partes, todos los aspectos de una controversia deberían ser abordados durante el proceso de trato directo, pero también existen motivos que podrían impedirlo. Así, como consecuencia del propio proceso de trato directo, podrían plantearse nuevas cuestiones, o las partes podrían decidir reformular sus reclamaciones. Si una parte está dispuesta a renunciar a una potencial reclamación con el fin de evitar un arbitraje, podría dejar dicha reclamación fuera de las negociaciones con el propósito legítimo de facilitar un potencial acuerdo. Las Cláusulas 18.11 y 18.12 no desautorizan estas posibilidades.



436. Existen motivos prácticos de economía procesal de entidad suficiente para interpretar que la Cláusula 18.11 exige que haya un único proceso de trato directo, que puede ser iniciado por cualquiera de las partes. La existencia de varios procesos de trato directo se traduciría probablemente en una fragmentación de la controversia, favorecería el aumento de la formalidad y la duplicación de los costos, generaría objeciones procesales en los posteriores arbitrajes y, en última instancia, retrasaría la resolución de la controversia. Las Partes pueden reanudar las negociaciones en cualquier momento en el ejercicio de su autonomía de parte, pero la Cláusula 18.11 no las obliga a retomar las negociaciones si alguna de ellas objeta que una pretensión concreta no ha sido discutida previamente.
437. Por las razones expuestas, el Tribunal considera que el Contrato exige un solo período de trato directo de seis meses antes de iniciar el procedimiento arbitral, y que este requisito ha sido cumplido por ambas Partes en este arbitraje. El Contrato no establece ningún requisito en virtud del cual la presentación de una demanda o de una reconvencción durante el período de negociación sea una condición para la admisibilidad de estas en un arbitraje posterior. Dado que no hay acuerdo de las Partes sobre la cuestión de si las reconvencciones (o las demandas) constituyen Controversias Técnicas o No Técnicas, de acuerdo con lo previsto en el último párrafo de la Cláusula 18.1, todas ellas se considerarán Controversias No Técnicas.
438. Por lo tanto, se desestima la objeción de la Demandante a la admisibilidad de la reconvencción.

## **B. FONDO DEL ASUNTO**

### **1. Primera Demanda Reconvenccional**

#### **(a) Posición de la Demandada**

439. La primera demanda reconvenccional planteada por la Demandada es que el Concesionario ha contravenido doblemente sus obligaciones contractuales, puesto que: (i) no ha ejecutado un número de Obras de Puesta a Punto de los puentes vehiculares detalladas en el Estudio Definitivo de Ingeniería; y (ii) las obras realizadas no han alcanzado los niveles de servicio exigidos por el Contrato de Concesión para los puentes de los tres subtramos de la Concesión (Memorial de Contestación, ¶¶ 634-635; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 387-405).
440. Con respecto al punto (i), Perú sostiene que el Contrato de Concesión imponía al Concesionario la obligación de realizar ciertas OPA en puentes vehiculares, que incluían trabajos de mantenimiento, con el objetivo último que los tres subtramos de la Concesión alcanzaran los niveles de servicio definidos en el Contrato (Cláusula 6.1, Apéndice 6 de Anexo XII y Apéndice 2 del Anexo 1 del Contrato de Concesión, Memorial de Contestación, ¶¶ 637-641). “Los trabajos (o “partidas”) específicos a ejecutar por el Concesionario en los puentes de la Concesión quedaron recogidos en el Estudio Definitivo de Ingeniería de las OPA (EDI de las OPA) aprobado el 10 de octubre de 2014. En el EDI de las OPA, elaborado por

*Concesionario y su equipo técnico, quedaron dimensionadas las labores requeridas para alcanzar los índices de serviciabilidad exigidos por el Contrato” (Memorial de Contestación, ¶ 642, nota al pie omitida).*

441. Sin embargo, alega la Demandada que DEVIANDES incumplió esta obligación. Como prueba de su alegación, la Demandada cita los tres informes siguientes:
  - 441.1. Informe técnico de Exponent, que concluye que *“la mayoría de las partidas del EDI relacionadas al mantenimiento de puentes no se completaron. Solo 4 de 15 partidas mostraron un avance del 100% y 10 unidades tuvieron un porcentaje menor al 25%”* así como la presentación y el testimonio del Dr. Linde-Arias en la audiencia (Memorial de Contestación, ¶ 646; Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 388-398).
  - 441.2. Informe de Liquidación Final de Obras OPA, donde el Supervisor de Obras verificó que, en marzo de 2017, aún quedaban saldos pendientes de ejecutar por parte de DEVIANDES respecto de los tramos trabajados de puesta a punto de los puentes de los subtramos 1, 2 y 3 (Memorial de Contestación, ¶¶ 647-649).
  - 441.3. Informe del MTC, en el que también se identifican porcentajes de incumplimiento en las OPA de puentes a cargo de DEVIANDES. Respecto a este informe, expresa Perú que dichos porcentajes *“varían entre el 75% y el 100% de incumplimiento”* (Memorial de Contestación, ¶¶ 650-651; R-155).
442. En relación con el punto (ii), alega la Demandada que el Concesionario tenía la obligación de garantizar que los tres subtramos de la Concesión alcanzasen los estándares de desempeño o *“índices de servicio”* establecidos en el Apéndice 2 del Anexo I del Contrato. Para alcanzar dichos niveles de servicio, que eran de obligado cumplimiento para DEVIANDES, el Contrato exigía que no se encontrara ningún defecto relacionado con los 15 parámetros indicados en el Anexo 2 (Memorial de Contestación, ¶¶ 634, 639-640, 654-656, 659). Sin embargo, según la Demandada, el elevado número de defectos técnicos señalados por Exponent en su informe (todos ellos relacionados con los parámetros del Apéndice 2 del Anexo I del Contrato) confirman que el Concesionario no alcanzó los índices de servicio requeridos (Memorial de Contestación, ¶¶ 657-659).
443. En respuesta a la posterior defensa de la Demandante en su Réplica, Perú agrega lo siguiente:
  - 443.1. Que DEVIANDES no aportó con su Réplica ningún documento que pruebe, desde una perspectiva técnica, que completó las obras de los puentes (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 802, 804).
  - 443.2. Respecto a las críticas que se formulan contra el informe de Exponent, según la Demandada demuestran que DEVIANDES prefiere no entrar a discutir el fondo del informe, sino limitarse a objetar su valor probatorio.

Afirma Perú que el informe de Exponent es un informe independiente, que maneja mayoritariamente información contemporánea elaborada por terceras partes (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 805-809).

- 443.3. Que la existencia de una “recepción previa” de las obras por parte del Regulador, no confirma que hayan sido ejecutadas en su totalidad (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 811-813).
- 443.4. Tampoco la aceptación por parte del Comité de Aceptación libera a DEVIANDES de su obligación de completar las obras, ni impiden al Perú exigir que se cumpla con lo pactado, lo que encuentra confirmación en el propio texto de las Actas (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 814-818). En particular, dichas Actas establecían expresamente que las entregas parciales no implicaban en ningún caso el traslado del riesgo de construcción parcial, que era de la exclusiva responsabilidad de DEVIANDES (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 815).
- 443.5. Que no se dan los presupuestos exigidos en derecho civil peruano para aplicar la doctrina de los actos propios, dado que: (i) la alegada conducta previa vinculante (i.e. la emisión de las Actas de Aceptación de Obras) no pudo generar en DEVIANDES la confianza legítima de que quedaría liberada de su obligación de finalizar las obras, máxime cuando el texto de las mencionadas actas establece expresamente que no se exonera a DEVIANDES de su obligación en caso de construcción parcial (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 816-817); y (ii) la conducta posterior (la reclamación del Perú) no es contraria a la primera, ya que no persigue que las obras se consideren como “no aceptadas” o que los efectos jurídicos de la aceptación sean revocados (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 817).
- 443.6. Que, contrariamente a lo que pretende mostrar DEVIANDES, el informe del Regulador de 9 de abril de 2021 reconoció que casi un 26% de los trabajos previstos en el EDI de las OPA nunca llegaron a ser ejecutados por DEVIANDES (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 819-822). La única discrepancia entre el Concedente y el Regulador radica en que este último excusó el incumplimiento de la Demandante (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 833; Sección II.C).
- 443.7. Que los registros de parámetros de condición insuficiente (“*PCP*”) posteriores a la entrega aportados por DEVIANDES en su Réplica, no demuestran que los índices de servicio de los puentes se hayan alcanzado en el momento de la entrega (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 825-832). Adicionalmente, las supuestas subsanaciones de los PCI fueron cuestionadas por el MTC que, a través de inspecciones de una serie de campo de los puentes llevadas a cabo en enero de 2019, comprobó la existencia de defectos, analizados posteriormente en el informe de Exponent (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 829-832; R-138).

444. Como consecuencia de todo ello, e invocando el artículo 1150 del Código Civil, Perú solicita al Tribunal Arbitral que declare a DEVIANDES responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de ejecutar las OPA de los puentes vehiculares y de alcanzar los índices de servicio requeridos por el Contrato de Concesión, y que ordene a DEVIANDES:

444.1. En primer lugar, la ejecución de las OPA de los puentes vehiculares no ejecutadas;

444.2. Subsidiariamente, en caso de que DEVIANDES rechace llevar a cabo la ejecución de las OPA de puentes vehiculares, a indemnizar a la Demandada por los daños y perjuicios causados por su incumplimiento contractual (Demanda Reconvencional, ¶¶ 634-636, Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 834).

**(b) Posición de la Demandante**

445. La Demandante solicita que el Tribunal desestime la reconvención de la Demandada (Memorial de Réplica, ¶ 728.2; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 368).

446. La Demandante sostiene que las OPA fueron ejecutadas correctamente y argumenta que la Demandada se contradice en sus propios actos, pues ya determinó en su momento que las obras reclamadas fueron culminadas y que cumplían con los niveles de servicio (Memorial de Réplica, ¶¶ 693-711; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 328-345).

447. Según la Demandante, conforme al Contrato, el Comité de Aceptación de Obras y el Regulador son los únicos entes con competencias para la supervisión de las Obras y ambos certificaron que estas se habían terminado satisfactoriamente (Memorial de Réplica, ¶¶ 698, 700). La Demandante alega que, puesto que las Obras habían sido aceptadas no es procedente la pretensión reconvencional de la Demandada (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 338):

*“(…) al haberse emitido la recepción de las Obras sin observaciones, el Comité de Aceptación de Obras declaró su plena e íntegra ejecución, sin reparo alguno, aplicando lo pactado al respecto en el Contrato de Concesión. Cabe señalar que, (…) en el hipotético caso en que realmente hubiese existido alguna deficiencia, la aceptación de las Obras sin observaciones por parte del Concedente cumple una función liberatoria de la responsabilidad de DEVIANDES de acuerdo con el artículo 1782 del Código Civil, razón por la cual no es procedente la pretensión reconvencional de Perú”.*

448. En primer lugar, argumenta la Demandante que la prueba de la culminación de las Obras (incluidas las OPA de puentes vehiculares) se encuentra en las actuaciones firmes efectuadas de manera colegiada por el Comité del Aceptación de Obras

(Memorial de Réplica, ¶ 697). Según la Demandante, dicho órgano expresó su conformidad con la totalidad de las Obras ejecutadas mediante la suscripción de ocho Actas de Aceptación de Obras (Memorial de Réplica, ¶¶ 697, 700).

449. En este caso, el Comité de Aceptación de Obras suscribió las actas de aceptación con observaciones que posteriormente fueron levantadas, lo que demuestra que las obras se ejecutaron y que, a juicio del Comité de Aceptación de Obras, cumplían con todos los niveles de servicio requeridos (Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 11-18, 84-86, 127-128). Adicionalmente, el MTC devolvió a DEVIANDES el original de la fianza que garantizaba la ejecución de las obras, lo que demuestra que ya no había ninguna obra cuya ejecución debiera garantizarse (Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶ 87).
450. En respuesta al argumento de Perú de que el propio texto de las Actas habilitaba el planteamiento de reclamos posteriores, la Demandante alega que dicho texto hace referencia únicamente a una responsabilidad por eventuales vicios ocultos, lo que es habitual en estos casos (Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 98-116).
451. La Demandante también cuestiona la aptitud probatoria del informe de Exponent en que se basa Perú, por ser un informe extemporáneo, elaborado exclusivamente para este arbitraje y sobre la base de información suministrada y elaborada por el Concedente (Memorial de Réplica, ¶ 696; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶ 20).
452. En segundo lugar, la Demandante alega que el propio Regulador OSITRAN dio fe del cumplimiento de los niveles de servicio de las Obras ejecutadas hasta en tres ocasiones (Memorial de Réplica, ¶ 699; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶ 118; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 343).
453. La Demandante argumenta que el informe del MTC en el que se basa Exponent, *“intentaba fabricar una prueba del alegado incumplimiento de las OPA de Puentes Vehiculares”* y que dicho informe quedó desacreditado por el propio Regulador OSITRAN, que señaló, entre otros aspectos, que las conclusiones del MTC *“desconocen aspectos relevantes del Contrato de Concesión, las condiciones en que se desarrolló la ejecución de las obras OPA, la problemática de dicho tramo vial, así como el reiterado incumplimiento del Concedente”* (Memorial de Réplica, ¶¶ 702-704, 710; Anexo C-188).
454. Respecto a la alegación específica de incumplimiento de los niveles de servicio, la Demandante presenta las actuaciones de supervisión efectuadas por el Regulador sobre los Puentes Vehiculares en los años 2018-2021, y afirma que, en ellas, el Regulador sostuvo que los PCI que pudiesen haber sido detectados fueron corregidos por el Concesionario (Memorial de Réplica, ¶¶ 706-711; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 117-129; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 342-345). En relación con este punto, alega la Demandante que la verificación de los PCI por parte del Regulador, y su subsanación por parte de DEVIANDES, es una actividad propia de la fase posterior a la ejecución de las OPA de conformidad con la Cláusula 7.1 del Contrato (Memorial de Réplica, ¶707). El

hecho de que el Regulador haya identificado PCI demuestra que las Obras se culminaron satisfactoriamente, pues la exigencia de cumplir y mantener los Índices de Serviciabilidad solamente procede una vez que las Obras han sido aceptados (Memorial de Réplica, ¶¶ 707-709; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 118-119, 125).

**(c) Decisión del Tribunal**

455. La Demandada alega que el Concesionario no llegó a ejecutar un determinado número de las OPA de los puentes vehiculares detalladas en el EDI y que las obras realizadas no han alcanzado los niveles de servicio exigidos por el Contrato.

456. Las OPA se definen en la Cláusula 1.8.72 del Contrato en los siguientes términos:

“Puesta a Punto

*Son aquellas Obras que debe ejecutar el CONCESIONARIO en los Sub Tramos Puente Ricardo Palma-La Oroya, La Oroya-Huancayo y La Oroya-Dv Cerro de Pasco a fin de que éstos alcancen los Índices de Serviciabilidad exigidos en el Anexo I del Contrato”.*

457. Los Índices de Serviciabilidad se definen en la Cláusula 1.8.51:

“Índices de Serviciabilidad

*Son indicadores que califican y cuantifican el estado de la vía, y que se utilizan como límites admisibles hasta los cuales puede evolucionar su condición superficial, funcional, estructural y de seguridad. Son los indicados en el Anexo I del Contrato de Concesión, los cuales debe alcanzar el CONCESIONARIO y serán utilizados como elementos de evaluación por el REGULADOR”.*

458. El Apéndice 2 del Anexo I del Contrato, denominado “Parámetros de Condición y Serviciabilidad Exigibles de Concesiones Viales”, contiene una serie de tablas en las que se detallan los niveles de servicio exigidos para distintas características de la carretera (superficie de rodadura, berma, badenes, drenajes, señalización, elementos de encarrilamiento y defensa, seguridad vial, derecho de vía, puentes y túneles).

459. El Comité de Aceptación de las OPA levantó las observaciones pendientes y aceptó los Subtramos 2 y 3 de la Obra con fecha 27 de julio de 2017 (R-094), el Subtramo 1, km 98+900 al km 173+657 con fecha 17 de octubre de 2017 (R-105) y el Subtramo 1, km 38+306 al km 98+900 con fecha 28 de febrero de 2018 (C-145): ver sección III.D.2.

460. Las actas de aceptación:

460.1. Identificaron el “Expediente Técnico aprobado” como el EDI de la OPA;

- 460.2. Se emitieron en nombre del Concedente (la Cláusula 1.8.20 del Contrato dispone que el Comité de Aceptación es “*designado por el CONCEDENTE y que actuará en su representación para la aceptación de las Obras*”);
- 460.3. Determinaron que la ejecución de la Obra “*se encuentra conforme a lo exigido en el Contrato*” (Cláusula 6.21 del Contrato);
- 460.4. Concedieron “*la autorización para la puesta en Servicio de la Obra correspondiente al Sub Tramo de la Concesión finalizado*” (Cláusula 6.21);
- 460.5. Recogen varias “*Declaraciones del Concedente*” referentes a los riesgos de diseño y construcción, las entregas parciales, la aceptación y los vicios ocultos.
461. La Demandada se apoya en las pruebas que ponen de manifiesto la existencia de defectos incompatibles con los niveles de servicio en 2016, así como que en agosto de 2017 faltaban metrajés en numerosas unidades sujetas a las mediciones del EDI (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 388-405; Presentación de D. Emilio Linde-Arias (Exponent) de 24 de junio de 2022). Sin embargo, dichas fechas son anteriores a la aceptación de todos los tramos de las OPA, por lo que la existencia de los defectos mencionados no sería incompatible con su subsanación posterior antes de las inspecciones finales del Comité de Aceptación de las OPA. En efecto, la Demandante presentó las mediciones de los niveles de servicio que forman parte del Informe Final para la recepción de las Obras, entregado el 13 de febrero de 2017 al Supervisor y al Regulador, con objeto de demostrar el pleno cumplimiento de los Índices de Serviciabilidad (C-274-C-282): dichas mediciones fueron impugnadas de forma categórica por la Demandada (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 402-405).
462. No obstante, el Tribunal no está obligado a llevar a cabo más investigaciones sobre el cumplimiento de la OPA de los puentes vehiculares en la fecha de emisión de las actas de aceptación. A efectos contractuales, las actas de aceptación demuestran de forma concluyente que las OPA cumplían con lo establecido en el Contrato, los Índices de Serviciabilidad y el EDI, de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación:
- 462.1. Las Partes establecieron un procedimiento para la inspección de las OPA, la identificación y el levantamiento de observaciones y acordaron la constitución de un órgano (el Comité de Aceptación de las OPA) encargado de representar al Concedente y certificar la aceptación. Dicho procedimiento se ha respetado y las OPA han sido aceptadas de acuerdo con lo previsto en el Contrato;
- 462.2. La consecuencia contractual de la aceptación es dictaminar que la ejecución de las Obras “*se encuentra conforme a lo exigido en el Contrato*” (C-001, Cláusula 6.21), y ello tiene un efecto vinculante para ambas Partes;

- 462.3. Las declaraciones del Concedente transcritas en las actas reiteran en gran medida los principios contractuales. En cualquier caso, las declaraciones unilaterales no pueden modificar los efectos contractuales que impone la Cláusula 6.21;
- 462.4. En cualquier contrato de construcción, la aceptación constituye un hito esencial, de importantes consecuencias. En el caso que nos ocupa, las consecuencias contractuales son, entre otras, la autorización para la puesta en servicio de la obra, la puesta en marcha de la cuarta unidad de peaje y el derecho del Concesionario al cobro por la explotación de la nueva unidad de peaje (C-001, Cláusulas 6.21, 9.1 y 9.4);
- 462.5. La seguridad jurídica de la explotación de la Concesión depende de la aceptación. Por este motivo, el Contrato de Concesión establece un minucioso procedimiento y prevé la constitución de un órgano especializado encargado de certificar la aceptación, con efectos vinculantes para ambas Partes.
463. Por los motivos expuestos, el Tribunal desestima la primera demanda reconvenzional de la Demandada en lo referente a la ejecución de la OPA de los puentes vehiculares detallada en el EDI y a la alegación de que las obras realizadas no han alcanzado los niveles de servicio exigidos por el Contrato de Concesión para los puentes, todo ello circunscrito al período anterior a la emisión de las actas de aceptación.
464. Respecto a si las obras realizadas han alcanzado los niveles de servicio exigidos por el Contrato de Concesión para los puentes desde la fecha de emisión de las actas de aceptación, el Contrato impone al Concesionario la obligación de mantener los niveles de servicio establecidos en el Anexo I (C-001, Cláusulas 7.1, segundo párrafo; 7.2; y 7.3, segundo párrafo; véase también la Cláusula 8.1):

*“La obligación del CONCESIONARIO es mantener los índices de serviciabilidad alcanzados mediante la ejecución de las Obras a cargo del CONCESIONARIO, los mismos que deberá mantener durante toda la etapa de Explotación, dentro de los parámetros indicados en el Anexo I.*

*El CONCESIONARIO efectuará las labores de Conservación de la infraestructura, incluyendo las de seguridad, que sean necesarias para alcanzar y mantener los niveles de servicio que se encuentran establecidos en el Anexo I del presente Contrato.*

(...)

*Las labores de Conservación a efectuar por el CONCESIONARIO en los diferentes Sub Tramos se ajustarán siempre para alcanzar y garantizar los Índices de Serviciabilidad exigidos en el Anexo I con la finalidad de brindar un servicio óptimo al usuario”.*



465. El Contrato dispone que corresponde el Regulador (OSITRAN) llevar a cabo las tareas de fiscalización técnica durante la explotación de la Concesión, así como verificar el cumplimiento de la obligación del Concesionario de mantener determinados parámetros, incluidos los Índices de Serviciabilidad (Cláusula 8.3). Los objetivos y funciones de OSITRAN, de acuerdo con lo establecido en la legislación peruana son, entre otros “[v]elar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte” y “[a]dministrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito” (Ley N.º 26917, artículos 5.a) y 7.1.a)).
466. El Concesionario está obligado a proporcionar a OSITRAN información sobre distintos aspectos de las obras y, a tal efecto, debe entregarle, entre otros, los siguientes documentos:
- 466.1. “(...) informes trimestrales relativos al estado superficial y condición estructural de la vía y las actividades ejecutadas que le han permitido el cumplimiento de los Índices de Serviciabilidad de la Concesión, de acuerdo a lo establecido en el Anexo P” (C-001, Cláusula 8.5.b)). El Contrato establece que el Regulador deberá aprobar los informes en el plazo de 15 días, o bien solicitar la subsanación de las observaciones previa a la aprobación, fijando un plazo a tal efecto;
- 466.2. “[i]nformes anuales relativos a la evaluación y determinación de los Índices de Serviciabilidad de la Concesión” acompañados de “los certificados de las evaluaciones, ensayos, pruebas, análisis, listados de mediciones, metodología del procesamiento de los datos, diseños utilizados, elementos gráficos y otros de acuerdo a lo establecido en el Anexo P” (C-001, Cláusula 8.5.c)). El Regulador deberá aprobar los informes en el plazo de 30 días o solicitar la subsanación de observaciones previa a la aprobación, fijando un plazo a tal efecto.
467. Asimismo, el Contrato contempla la posibilidad de que OSITRAN lleve a cabo una verificación independiente del cumplimiento de los Índices de Serviciabilidad (C-001, Cláusula 8.5.c), último párrafo):
- “El REGULADOR podrá realizar las pruebas, ensayos y en general mediciones de los Índices de Serviciabilidad en la oportunidad que lo estime conveniente, con la finalidad de verificar los valores mínimos establecidos en el Contrato de Concesión, como resultado de las inspecciones realizadas de verificación del estado de la infraestructura”.*
468. Las funciones de OSITRAN se definen en mayor detalle en el Anexo 1 (Índices de Serviciabilidad). El estado de los Bienes de la Concesión y de la infraestructura vial se expresa a través de una serie de parámetros de condición (C-001, Anexo 1,

Cláusula 2.1) cuyo cumplimiento será verificado por el Concedente a través de OSITRAN (C-001, Anexo 1, Cláusula 2.7):

*“El CONCEDENTE, a través del REGULADOR quien ejercerá su función en forma autónoma, o quien éste designe, llevará adelante las tareas de fiscalización del cumplimiento de los niveles de servicio, esto es: (a) verificar que se mantienen los parámetros de condición igual o por encima de los umbrales mínimos (o debajo de los máximos) establecidos por los niveles de servicio definidos en el Apéndice 2 de este Anexo I, y (b) verificar que los niveles de servicio globales se mantienen dentro de los valores definidos para cada Sub-Tramo y para la Concesión en el Apéndice 6 de este Anexo”.*

469. El Anexo 1 contempla asimismo el supuesto de que se detecten parámetros de condición insuficientes (definidos más arriba como los “**PCI**”), que deberán notificarse al Concesionario mediante el envío de una “*Notificación de detección de parámetro de condición insuficiente*” en la que se indique el defecto encontrado, los hitos kilométricos entre los que se encuentra y el plazo para subsanarlo. “*La no corrección del defecto en tiempo o forma se considerará un incumplimiento y dará origen a una penalidad según lo establecido en el Contrato de Concesión*” (C-001, Anexo 1, Cláusula 3.18). OSITRAN tiene la potestad sancionadora en el Contrato (C-001, Cláusulas 15.7 a 15.11) y el Anexo IX, denominado “*Penalidades aplicables al Contrato*”, prevé, en su Tabla N.º 4, la aplicación de sanciones por cada notificación de detección de PCI emitida por el Regulador, por exceder el plazo establecido para la corrección de defectos y por el incumplimiento de la obligación de mantener el nivel de servicio global de un subtramo o de la Concesión.
470. Para demostrar que la Demandante no ha alcanzado los niveles de servicio exigidos por el Contrato de Concesión desde la fecha de emisión de las actas de aceptación, la Demandada se remite a varios informes del MTC y OSITRAN y a su revisión por los peritos de Exponent. Dichas pruebas ponen de manifiesto la preocupación del MTC, tanto antes como después de la emisión de las actas de aceptación, por que el Concesionario estuviese incumpliendo los niveles de servicio exigidos por el Contrato, en particular, los relativos a los puentes vehiculares. También demuestran que OSITRAN se opuso firmemente a la interpretación del MTC (EAR-008; EAR-023; R-155; R-190 y EAR-020; EAR-015; Primer Informe Exponent, ¶¶ 113-121; Segundo Informe Exponent, ¶¶ 51-64).
471. A título ilustrativo, el Informe N.º 0668-2021-MTC/19.02 de la Asesoría Técnica, Legal y Económica del MTC de 22 de marzo de 2021, que analizaba los posibles incumplimientos de la obligación de puesta a punto en los puentes vehiculares del Subtramo 2, concluía lo siguiente (R-155; ¶ 4.3):

*“El Concedente ha realizado visitas de inspección técnica a los Puentes Vehiculares del subtramo 01 y subtramo 02, los días 23, 29 y 30 de mayo, 16 de junio de 2019 y 29 de enero de 2020, durante las cuales se ha evidenciado que aún existen partidas*

*correspondientes a las Obras de Puesta a Punto (OPA) que no han sido ejecutadas por el Concesionario y que son parte de su obligación contractual, e incluso ha identificado que se incumple con el adecuado mantenimiento rutinario y periódico del componente Puentes”.*

472. Estas alegaciones fueron rotundamente rechazadas por OSITRAN (R-190, ¶ 5.1.6):

*“En esta conclusión la “Asesoría Técnica, Legal y Económica” del Concedente persiste con poner una vez más en tela de juicio el accionar del OSITRAN y del Comité [de Aceptación de la OPA] que designó el Concedente... basados en visitas de inspección técnica realizadas en mayo y junio de 2019 y enero de 2020, pretendiendo desconocer la labor del Regulador como Supervisor de la Conservación de la Concesión establecidos en las cláusulas 7.4 y 7.5 del Contrato de Concesión y como Supervisor de la Explotación de la Concesión establecidos en las cláusulas 8.3 y 8.4 del Contrato de Concesión.*

*(...)*

*Anteriormente se ha aclarado y sustentado que la Supervisión siempre ha validado la cuantificación de lo realmente ejecutado para el cumplimiento de las obras OPA y lograr los niveles de servicio requeridos por el Contrato de Concesión, además debemos indicar que permanente el Regulador viene cumpliendo su labor de Supervisor de la Conservación y explotación de la Concesión (...).”*

473. El Informe de OSITRAN de 9 de abril de 2021 impugnaba el Informe del MTC en su totalidad y manifestaba una profunda desconfianza hacia la intervención del MTC (R-190, 4.1.3 y 4.1.4, notas al pie omitidas):

*“4.1.3. Debe indicarse que, no es la primera vez que el Concedente cuestiona no solo la calidad y cantidad de las obras de puesta a punto -OPA- ejecutadas en el marco del Contrato de Concesión, cuestionando el profesionalismo de los especialistas del Concesionario, Supervisión y el OSITRAN e incluso de sus propios profesionales que integraron el Comité de Aceptación, al insinuar que se habría sorprendido al Concedente con un proceso de aceptación de obras, sin que estas se hayan concluido, desconociendo que el Comité de Aceptación designado por su representada dilató durante un año la aceptación de las obras arguyendo razones ajenas al cumplimiento de las obligaciones del Concesionario.*

*4.1.4. En ese contexto, consideramos que las conclusiones expresadas en el Informe N° 0668-2021-MTC/19.02, desconocen aspectos relevantes del Contrato de Concesión, las condiciones en*

*que se desarrolló la ejecución de las obras OPA, la problemática de dicho tramo vial, así como el reiterado incumplimiento del Concedente (...)*”.

474. El Informe de OSITRAN contenía una serie de tablas en las que se identificaban de forma pormenorizada los PCI detectados en relación con los puentes de la Concesión en los años 2018, 2019, 2020 y 2021 por cada subtramo de las obras, con el número de referencia del PCI, el contenido del parámetro, la ubicación, el oficio de notificación del PCI y el oficio de conformidad (R-190, págs. 20-23).
475. El Tribunal desestima la reconvenición de la Demandada en la que esta sostiene que, desde la fecha de emisión de las actas de aceptación, las obras no han alcanzado los niveles de servicio exigidos por el Contrato de Concesión para los puentes de los tres subtramos de la Concesión, por los siguientes motivos:
  - 475.1. El Contrato establece un procedimiento para la verificación de determinados parámetros, incluidos los Índices de Serviciabilidad. La Demandada no ha probado que el Concesionario incumpliese su obligación de presentar los informes periódicos exigidos por el Contrato, que los informes pusieran de manifiesto unos niveles inaceptables de PCI, que el Concesionario no hubiera subsanado los PCI notificados por OSITRAN ni que hubiera incumplido de otra manera el procedimiento contractual;
  - 475.2. Por el contrario, el Informe de OSITRAN de 9 de abril de 2021 (R-190) señala que los PCI relativos a los puentes de la Concesión han sido detectados, notificados y subsanados;
  - 475.3. El Contrato prevé la imposición de multas por no alcanzar los niveles de servicio exigidos en el Contrato. No se ha aportado prueba alguna de que se hayan impuesto multas al Concesionario por haber incumplido los parámetros de los niveles de servicio;
  - 475.4. OSITRAN es el órgano encargado de la supervisión del Concesionario. Entre sus competencias se incluye la de llevar a cabo, de forma autónoma, las tareas de fiscalización del cumplimiento de los niveles de servicio (C-001, Anexo 1, Cláusula 2.7). Las pruebas presentadas demuestran que, a juicio de OSITRAN, la Demandante acató el procedimiento contractual en relación con los niveles de servicio;
  - 475.5. Las pruebas ponen de manifiesto la discrepancia entre la postura del MTC (y del Concedente en este arbitraje) y la de OSITRAN (que ejerce sus funciones en nombre del Concedente). El Concedente no ha explicado en este arbitraje el motivo del patente conflicto entre dos de sus propios órganos. No habiéndose aclarado dicho extremo, el Tribunal acepta los informes de OSITRAN, en la medida en que es el órgano facultado tanto por la Ley N.º 26917 como por el Contrato para velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato.

476. Por los motivos expuestos, el Tribunal desestima la primera demanda reconvenzional.

## **2. Segunda Demanda Reconvenzional**

### **(a) Posición de la Demandada**

477. La Demandada sostiene que tiene derecho a resolver el Contrato fundado “*desde el punto de vista fáctico, en la subsistencia y duración indefinida del evento de fuerza mayor y, desde el punto de vista normativo, en la Cláusula 17.4 del Contrato y en los Artículos 1316, 1372 y 1433 del Código Civil*” (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 835, nota al pie omitida).

478. La Demandada solicita que el Tribunal “*declare resuelto el Contrato de Concesión, retrotrayendo los efectos de tal declaración al día 28 de diciembre de 2018 o, subsidiariamente, a la fecha de presentación del Memorial de Contestación y Demanda Reconvenzional, y ordenando que las Partes procedan con la restitución conforme el derecho peruano*” (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶844.1); Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 431).

479. La Demandada alega que tiene derecho a solicitar la “*caducidad*” del Contrato con base en la Cláusula 17.4 (“*Como el Concedente se ha visto impedido de poner a disposición del Concesionario los bienes de la Concesión para la explotación del peaje en Ticlio por más de 90 días desde el vencimiento del plazo de seis meses en que el Concesionario asumió los montos dejados de recaudar, el Concedente tiene derecho a solicitar la caducidad del Contrato con base en la Cláusula 17.4*”), (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 408). No obstante, aun en el supuesto hipotético de que las disposiciones del Contrato no pudieran ser invocadas por el Concedente, la Demandada sostiene que podría resolver el Contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 1316 del Código Civil (Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 842; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 410; Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶ 238).

480. La Demandada alega que se cumplen los requisitos del artículo 1316 del Código Civil para que pueda resolverse el Contrato, a saber (Memorial de Contestación, ¶ 673; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶¶ 836-837):

480.1. Existe imposibilidad de cumplir la prestación como consecuencia de un evento de fuerza mayor: prueba de que se cumple este requisito es que la propia DEVIANDES solicitó la suspensión de sus obligaciones como resultado de un evento de fuerza mayor. La obligación del Estado que no puede ser ejecutada es correlativa al derecho de DEVIANDES de cobrar los peajes en Ticlio, a saber: la obligación de conceder al Concesionario el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión;

480.2. Persiste la causa que determina la inejecución: es indudable que el evento de fuerza mayor subsiste y que existen elementos que permiten concluir

razonablemente que la imposibilidad no desaparecerá mientras dure la concesión; y

480.3. Frustración del interés del Concedente en el mantenimiento del Contrato: la Demandada no puede tener interés en que continúe en vigor un contrato que la obliga a destinar recursos al mantenimiento de una concesión que se concibió como autofinanciada, con el pretexto de la ocurrencia de un evento de fuerza mayor.

481. Con respecto al *dies a quo* de la resolución, la Demandada esgrime que deben retrotraerse los efectos de tal declaración al momento en que se produjo la causa invocada, conforme lo dispuesto en el artículo 1372 del Código Civil. En particular, la Demandada solicita que la resolución se retrotraiga a:

481.1. El día 28 de diciembre de 2018, por ser la fecha en que terminó el lapso de 90 días de “tolerancia” contados desde el día en que, según el reclamo de DEVIANDES, la Demandada debió asumir los montos dejados de percibir por el peaje de Ticlio (Memorial de Contestación, ¶¶ 675-677, Petitorio I; Primer Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 134-135); o

481.2. Subsidiariamente, a la fecha de presentación del Memorial de Contestación (Memorial de Contestación, ¶ 677, petitorio I).

482. Por último, la Demandada señala que los argumentos de la Demandante que sostienen que estas disposiciones no amparan la posición del Perú carecen en fundamento (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 412-422)

**(b) Posición de la Demandante**

483. La Demandante solicita que el Tribunal desestime la reconvenición de la Demandada (Memorial de Réplica, ¶ 728.2; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 368).

484. Según la Demandante, la segunda demanda reconvenicional de la Demandada se sustenta en una interpretación errónea de la Cláusula 17.4 del Contrato, pues dicha cláusula reconoce un derecho potestativo de invocar la Caducidad del Contrato exclusivamente a la “parte afectada” por una suspensión que se extienda por más de 90 días, que en este caso, es la Demandante, y no a cualquier parte “interesada” como puede ser la Demandada (Memorial de Réplica, ¶¶ 712-715; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 347-352). En apoyo de su interpretación, según la cual, la “parte afectada” es la que no puede cumplir las obligaciones a su cargo como consecuencia del evento de fuerza mayor, cita las Cláusulas 17.2 y 17.3 del Contrato de Concesión (Memorial de Réplica, ¶ 716; Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 184-193).

485. Argumenta la Demandante que la única solicitud de suspensión de obligaciones por causa de fuerza mayor que ha sido admitida por OSITRAN fue presentada por el Concesionario en febrero de 2018, por lo que la única parte afectada por un evento

de fuerza mayor es la Demandante. Si bien el Estado peruano manifestó su opinión de que la fuerza mayor alcanzaba a ambas partes, en la Resolución que emitió OSITRAN en febrero de 2018, el Regulador declaró únicamente la suspensión de las obligaciones de DEVIANDES de explotar la Unidad de Peaje en Ticlio y de cobrar la Tarifa de Peaje en dicha localización, no quedando suspendida la obligación del Concedente de garantizar el derecho de explotación de DEVIANDES ni ninguna otra de sus obligaciones (Memorial de Réplica, ¶ 717; C-066; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 164-168, ¶ 179; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 353). Según la Demandante, las decisiones del Regulador sobre este particular son preceptivas y vinculantes para Perú (Memorial de Réplica, ¶ 719; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 169-171, 217-218).

486. Según la Demandante, la Demandada tampoco puede solicitar que se limite la prestación de Perú en el tiempo teniendo en cuenta el plazo de 90 días contemplado en la Cláusula 17.4 del Contrato (Memorial de Réplica, ¶ 721). En su opinión, resultan pertinentes los mismos argumentos planteados *supra* sobre la inaplicabilidad de la Cláusula 17.4, pues el derecho recae en DEVIANDES y no en el Concedente (Memorial de Réplica, ¶ 721).
487. Adicionalmente, la Demandante alega que las obligaciones de Perú tampoco pueden considerarse extinguidas en virtud del artículo 1316 del Código Civil, sino que siguen vigentes, pues no nos encontramos ante un escenario de inejecución por causas no imputables (Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 192-206, 208). La Demandante sostiene que no cabe argumentar que la persistencia de la oposición social constituye una “*excesiva onerosidad de la prestación*”, dado que la Cláusula 9.1 del Contrato considera expresamente como un acontecimiento posible la oposición social que impida la explotación durante más de seis meses y prevé el pago del Concedente en tal supuesto, en subrogación de los usuarios (Memorial de Réplica, ¶¶ 724-725; Memorial de Dúplica de la Demandante, ¶¶ 247-252; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 361-364).
488. La Demandante sostiene asimismo que la Cláusula 3.4.d) del Contrato “*prohíbe expresa y explícitamente la invocación de otros motivos de terminación que no sean los taxativamente pactados en el Capítulo XVI del Contrato de Concesión, excluyéndose a las hipotéticas causales previstas en el Código Civil*” (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 360).
489. En último lugar, y como consecuencia también de lo anterior, la Demandante concluye con apoyo en la opinión de la perita jurídica Dra. Quiñones, que Perú no tiene legitimación jurídica para solicitar la caducidad del Contrato. Afirma que el derecho potestativo de invocar la Cláusula 17.4 del Contrato de Concesión como límite temporal para la suspensión de obligaciones, recae en DEVIANDES, y no en Perú (Memorial de Réplica, ¶ 727; Primer Informe de D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 198-200).

**(c) Decisión del Tribunal**

490. El Capítulo XVI del Contrato se denomina “*Caducidad de la Concesión*”. La Cláusula 16.1 contempla seis supuestos que dan lugar a la caducidad:

*“16.1. La presente Concesión caducará por la verificación de alguna de las siguientes causales:*

*a) Vencimiento del Plazo de la Concesión.*

*b) Mutuo acuerdo.*

*c) Resolución del Contrato por incumplimiento del CONCESIONARIO.*

*d) Resolución del Contrato por incumplimiento del CONCEDENTE.*

*e) Decisión unilateral del CONCEDENTE.*

*f) Fuerza Mayor o Caso Fortuito (...).”*

491. Uno de los supuestos incluidos en dicha lista es la fuerza mayor, que constituye la base fáctica de la segunda reconvención de la Demandada.

492. El Capítulo XVI (Cláusulas 16.2 a 16.12) aborda de forma individual cada una de las causas de caducidad. El Capítulo XVI establece también los efectos económicos y jurídicos de la extinción del Contrato y prevé el nombramiento de un interventor, quien tendrá a su cargo la explotación de la Concesión.

493. La Demandada justifica la resolución del Contrato apoyándose en el artículo 1316 del Código Civil y en la Cláusula 17.4 del Contrato.

**(i) El artículo 1316 del Código Civil**

494. Ni el artículo 1316 del Código Civil ni la extinción de la obligación por causas no imputables al deudor figuran en la lista de causas de caducidad de la Cláusula 6.1. La Demandante sostiene que las causas enumeradas en la Cláusula 16.1 son taxativas, por lo que queda descartada la aplicación de otras causas contempladas en el Código Civil.

495. La postura de la Demandante es avalada por D.<sup>a</sup> María Teresa Quiñones Alayza, a cuyo juicio las causas de extinción de la concesión están claramente delimitadas tanto en la Ley de Concesiones como en el propio Contrato de Concesión, por lo que no existe ninguna laguna que deba ser colmada recurriendo a las normas del Derecho Común. Por otra parte, la perita jurídica de la Demandante sostiene que, si la obligación del Concedente de otorgar al Concesionario el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión no puede ser ejecutada por causas ajenas al control del Estado, este tiene el derecho de recurrir a las reglas de los contratos con prestaciones recíprocas para resolver el Contrato. (Segundo Informe de D.<sup>a</sup>



María Teresa Quiñones Alayza, ¶¶ 140-153; Segundo Informe de D. Enrique Ferrando Gamarra, ¶¶ 237-242).

496. La Cláusula 1.8.18 define la “*Caducidad*” en los siguientes términos:

“*Caducidad de la Concesión o Caducidad*”  
*Consiste en la extinción de la Concesión por las causales previstas en el Capítulo XVI del Contrato o en las Leyes y Disposiciones Aplicables”.*

497. La Cláusula 1.8.55 define las “*Leyes y Disposiciones Aplicables*” en los siguientes términos:

“*Leyes y Disposiciones Aplicables*”  
*Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente de conformidad con su ley de creación; las que serán de observancia obligatoria para las Partes”.*

498. La Cláusula 1.8.18 deja claro que la extinción de la Concesión tendrá lugar no solo por las causas contempladas en la Cláusula 16.1 del Contrato, sino también por otras causas reconocidas en el Derecho peruano, entre las que se encuentra el artículo 1316 del Código Civil (Decreto Legislativo N.º 295), invocado por la Demandada.

499. Por otro lado, la Demandante se remite a la declaración del Concedente en la Cláusula 3.4.d) (énfasis añadido):

*“3.4. El CONCEDENTE, por su parte, declara y garantiza al CONCESIONARIO, en la Fecha de Suscripción del Contrato, **la veracidad y exactitud** de las siguientes declaraciones. Asimismo, reconoce que la suscripción del Contrato por parte del CONCESIONARIO se basa en estas declaraciones:*

*(...)*

*d) Que, el CONCESIONARIO tendrá derecho a la Explotación desde el día siguiente de la suscripción de la primera Acta de Entrega Parcial de Bienes, conforme lo señalado en la Cláusula 8.10 hasta el vencimiento del Contrato, y **este derecho sólo concluirá en los supuestos de Caducidad de la Concesión previstos en el Capítulo XVI del Contrato”.***

500. De lo anterior se desprende que hay una contradicción *prima facie* entre la inclusión de las “*Leyes y Disposiciones Aplicables*” en la definición de la *Caducidad* y la manifestación expresa del Concedente en la que este limita las causas de terminación a las contempladas en el Capítulo XVI del Contrato.

501. Dicha contradicción se resuelve acudiendo al artículo 39 de la Ley de Concesiones (C-036), que identifica cinco causas de caducidad de las concesiones. La primera de ellas reproduce (con otras palabras) las tres primeras causas enumeradas en la Cláusula 16.1, a las que añade la “*destrucción total de la obra*” y “*otras causales que se estipulen en el contrato*”. Por tanto, la legislación aplicable no contempla la posibilidad de añadir otras causas de extinción previstas en el Código Civil.
502. A juicio del Tribunal, el Concedente no puede invocar el artículo 1316 del Código Civil para solicitar la resolución del Contrato. por los motivos que se exponen a continuación:
- 502.1. Ni la Ley de Concesiones ni el Contrato incluyen en sus respectivas listas de causas de extinción las previstas en el artículo 1316 o en cualquier otra norma del Código Civil;
- 502.2. Las declaraciones específicas de la Cláusula 3.4.d) efectuadas a favor del Concesionario en la fecha de firma del Contrato tienen la capacidad de limitar los derechos conferidos en otras disposiciones del Contrato y, en consecuencia, pueden restringir los supuestos que dan lugar a la caducidad exclusivamente a las causas contempladas en la Cláusula 16.1 del Contrato;
- 502.3. Las Partes han acordado y definido expresamente el alcance de la fuerza mayor o el caso fortuito en las Cláusulas 16.1 y 16.12 del Contrato, y este tratamiento específico excluye implícitamente la aplicación de la misma causa de acuerdo con los términos, distintos e incompatibles, contemplados en el Código Civil;
- 502.4. La Cláusula 16.12 otorga el derecho a resolver el Contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito exclusivamente al Concesionario y limita este derecho a los supuestos de fuerza mayor enumerados en la Cláusula 17.1. Por tanto, el hecho de que la Demandada pudiera evitar esta restricción expresa invocando un derecho general conferido por el Código Civil vulneraría lo pactado por las Partes;
- 502.5. La Cláusula 16.1 y las Cláusulas 16.10 y 16.11 otorgan al Concedente la facultad de desistir unilateralmente del Contrato por razones de interés público debidamente fundadas, con sujeción al procedimiento de valorización previsto en la Cláusula 16.19. Si la oposición social al peaje de Ticlio justifica la extinción de la Concesión por razones de interés público, esta facultad ya está definida en el Contrato y, en consecuencia, queda descartada la posibilidad de aplicar el Código Civil.
503. Por los motivos expuestos, y en aplicación de los principios de interpretación objetiva, sistemática e integral del Contrato (arts. 168-170 del Código Civil), el Tribunal desestima la solicitud de extinción del Contrato basada en el artículo 1316 del Código Civil.

## (ii) Cláusula 17.4 del Contrato

504. La Demandada se apoya también en la Cláusula 17.4 para declarar resuelto el Contrato por causa de fuerza mayor.
505. Si bien es cierto que la Cláusula 17.4 no limita expresamente al Concesionario la facultad de invocar la Caducidad del Contrato como consecuencia de una suspensión por causa de fuerza mayor, dicha cláusula no puede interpretarse de manera aislada, sino que sus efectos dependen de otras disposiciones del Contrato. Como el Tribunal acaba de explicar, las demás cláusulas del Contrato permiten exclusivamente al Concesionario y no al Concedente resolver el Contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito. En consecuencia, el Concesionario es el único que puede invocar la caducidad del Contrato en virtud de la Cláusula 17.4.
506. Por añadidura, la Demandada no cumple los requisitos establecidos expresamente en la Cláusula 17.4, puesto que no es “*la parte afectada*” por la suspensión contemplada en dicha cláusula. La “*suspensión*” mencionada en citada cláusula hace referencia al procedimiento para la declaración de suspensión descrito en la Cláusula 17.2 y, en este caso, “*la parte afectada*” es exclusivamente la Demandante y en ningún caso la Demandada, por las razones que se exponen a continuación:
- 506.1. La suspensión otorgada por OSITRAN como consecuencia de las protestas sociales se basaba en una solicitud del Concesionario y en las obligaciones de este previstas en las Cláusulas 6.1, 8.12, 9.1., 9.2., 9.3, y 9.4 relativas a la puesta en marcha de la nueva Unidad de Peaje de Ticlio (C-022; C-066; ver sección III.E.2 arriba).
- 506.2. En cambio, las obligaciones del Concedente de restablecer el orden social y asumir los montos dejados de recaudar no se suspendieron con motivo de las protestas sociales, sino que entraron en vigor precisamente como consecuencia del evento de fuerza mayor (Cláusulas 9.1 y 17.3).
507. Por los motivos expuestos, el Tribunal concluye que la Demandada no puede ampararse en la Cláusula 17.4 para solicitar la resolución del Contrato, y desestima la segunda reconvenición.

## IX. INTERESES

### 1. Postura de las Partes

#### (a) *La Demandante*

508. En el supuesto de que el Tribunal rechace la reclamación por pérdida de valor de la Concesión, la Demandante plantea una pretensión subordinada y una pretensión residual.
- 508.1. La pretensión subordinada solicita una indemnización resultante de aplicar la tasa de interés del endeudamiento garantizado permitido (EGP) equivalente al LIBOR más un 6% (Memorial de la Demandante, ¶ 413.5.1;

Memorial de Réplica, ¶ 674.5.1; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶¶ 258-259; 271-273);

- 508.2. La pretensión residual solicita el pago de los intereses por el acceso tardío a los ingresos dejados de recaudar en la Unidad de Peaje en Ticlio. Para el cálculo de los intereses, la Demandante plantea, alternativamente, actualizar los montos en función de las siguientes tasas de interés: (a) la tasa de rendimiento del bono peruano o (b) la tasa de interés legal efectiva publicada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (Memorial de la Demandante, ¶¶ 380-381; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandante, ¶ 274).

**(b) La Demandada**

509. La Demandada entiende que, en la medida en que este Tribunal Arbitral estime que está obligada a pagar intereses a la Demandante, procede aplicar la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú (“**BCR**”), de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.245 del Código Civil peruano. Alternativamente, la Demandada señala que el rendimiento de los instrumentos de deuda soberana de Perú en moneda nacional a corto plazo sería una tasa apropiada (Memorial de Contestación, ¶¶ 626-627; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 380-382). La Demandada rechaza las tasas propuestas por la Demandante (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 381; notas al pie omitidas):

*“(…) la Audiencia confirmó que, en todo caso, las tasas propuestas por DEVIANDES, a saber, la tasa de interés LIBOR más 6% y la tasa de rendimiento del bono peruano, no son aplicables. Primero, la tasa de interés equivalente al LIBOR más 6% compensaría DEVIANDES por riesgos comerciales cuales el monto del reclamo no ha estado sujeto; por lo que, si no fuese a aplicar el interés legal, debería aplicar una tasa de interés libre de riesgos a corto plazo (...). Segundo, como el Dr. Rivero ha demostrado, la tasa de rendimiento de bonos soberanos propuesta por DEVIANDES tampoco es adecuada”.*

**2. Decisión del Tribunal**

510. La Sección XVIII del Contrato (Solución de Controversias) establece la aplicación del Derecho peruano (art. 18.1, titulado “Ley Aplicable”). El Código Civil peruano contiene una serie de disposiciones expresas relativas al pago de intereses y a la mora (arts. 1242-1250; 1324 y 1333-1340). Así, el artículo 1244 establece una tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. El artículo 1245 dispone que “[c]uando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal”. De acuerdo con el artículo 1246, se pagará el interés legal a menos que se haya convenido el interés moratorio. El artículo 1249 establece las limitaciones sobre la capitalización de intereses (que no es necesario tener en cuenta, dado que la Demandante no ha reclamado un interés compuesto).

511. El Código Civil peruano no hace distinción alguna entre intereses previos y posteriores al laudo (o a la sentencia), ni entre transacciones nacionales e internacionales. Dada la elección de la ley peruana por las Partes, el tipo de interés aplicable a las condenas impuestas en este arbitraje (tanto previas como posteriores al laudo) es el interés legal peruano, salvo que las Partes hayan acordado otro tipo de interés.
512. El Contrato contiene algunas referencias a los intereses en relación con el IMAG (es decir, la garantía otorgada por el Concedente a efectos de asegurar al Concesionario un nivel mínimo de ingresos). Si la recaudación anual por peaje es inferior al IMAG indicado en la Cláusula 10.2 y el Concedente no abona la diferencia dentro del plazo estipulado en el Contrato, “*se reconocerá a partir de dicha fecha una tasa de interés equivalente a LIBOR más uno por ciento (1%), calculado por día de retraso*” (Cláusula 10.4.c)). De manera semejante, si es necesario a efectos de restablecer el equilibrio económico-financiero y el Regulador determina el monto que deba pagarse al Concesionario, en caso de cualquier retraso más allá del plazo contractual, “*se reconocerá un interés a la tasa LIBOR más uno por ciento (1 %) sobre el saldo no pagado por los días de retraso*” (Cláusula 10.10). Además, las garantías de fiel cumplimiento (Anexos III y IV) establecen que cualquier retraso por parte de la entidad bancaria designada por el Concesionario para honrar la garantías devengará un interés equivalente a la tasa máxima del LIBOR más un margen (*spread*) del 2%.
513. Sin embargo, ninguna de las Partes ha alegado que estas escasas referencias contractuales constituyan un acuerdo, a efectos de la ley peruana, de que los retrasos en el pago por parte del Concedente deban ser compensados por los intereses a la tasa LIBOR más el uno o el dos por ciento. Ante la falta de acuerdo sobre la tasa de interés aplicable, el Tribunal procede a analizar las opciones planteadas por las Partes.
514. La primera propuesta de la Demandante es el EGP aprobado por Perú, equivalente al LIBOR más un 6%. El Tribunal ya ha analizado (y desestimado) una reclamación por daños calculada de esta forma, pero la Demandante propone también el LIBOR más un 6% como tasa de interés (Memorial de la Demandante, ¶ 413.5.1; Memorial de Réplica, ¶ 674.5.1). Sin embargo, como ya se ha explicado, esta propuesta equipara incorrectamente una tasa de interés con el coste del riesgo de invertir en una empresa (Segundo Informe Quadrant, ¶ 133; ver también Primer Informe Quadrant, ¶¶ 108-116). Por añadidura, esta propuesta, así como la primera pretensión residual de la Demandante (esto es, la tasa de rendimiento del bono peruano) y la propuesta alternativa de la Demandada (el rendimiento de los instrumentos de deuda soberana de Perú), no se basan en ningún acuerdo de las Partes y, por tanto, quedan descartadas en virtud del artículo 1245 del Código Civil, a cuyo tenor, en defecto de acuerdo entre las Partes, el deudor debe abonar el interés legal.
515. Ambas Partes reconocen la tasa de interés legal como una opción válida para el cálculo de los intereses en este arbitraje. También la ley peruana establece la aplicación de la tasa de interés legal en defecto de acuerdo entre las partes. Los

informes periciales incluyen cálculos de intereses basados en la tasa de interés legal de Perú, sin identificar ninguna otra cuestión derivada de dichos cálculos que deba ser resuelta por el Tribunal (Primer Informe Brattle, ¶ 75; Segundo Informe Brattle, ¶ 76; Segundo Informe Quadrant, ¶ 150).

516. Por los motivos expuestos, el Tribunal condena a la Demandada a pagar a la Demandante los intereses simples, a la tasa de interés legal peruano, que se devenguen en relación con los montos dejados de recaudar en la Unidad de Peaje de Ticlio desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha de pago.

## X. COSTAS

### 1. Postura de las Partes

#### (a) *La Demandante*

517. La Demandante solicita a este Tribunal que ordene a Perú el pago de todos los gastos y costas relacionados con este arbitraje (Memorial de la Demandante, ¶ 413.8; Memorial de Réplica, ¶¶ 674.8, 728.3).
518. Las costas de la Demandante se detallan a continuación. Según la Demandante, estas costas son razonables a la luz de la complejidad del caso, su duración y el monto de los perjuicios que los incumplimientos de la Demandada han causado a la Demandante (Declaración de Costos de la Demandante, ¶ 2, notas al pie omitidas y excluyendo los anticipos al CIADI):

CATEGORÍA	MONTO TOTAL (USD)
<b>Honorarios y gastos legales</b>	
• King & Spalding	
Honorarios	\$ 2,188,041.84
Gastos	\$ 83,143.14
Subtotal	\$ 2,271,184.98
• Roselló Abogados	
Honorarios	\$ 401,200.00
Honorarios de éxito	\$ 236,000.00
Gastos	\$ 10,000.00
Subtotal	\$ 647,200.00
<b>Honorarios y gastos de Expertos</b>	
• The Brattle Group	
Honorarios	\$ 444,602.00
Gastos	\$ 8,793.00
Subtotal	\$ 453,395.00
• Quiñones Alayza Abogados	
Honorarios	\$ 192,962.00
Gastos	\$ 566.00
Subtotal	\$ 193,528.00
• Willumsen Advisory Services	

Honorarios	\$ 41,766.00
Gastos	\$ 5,645.00
<u>Subtotal</u>	\$ 47,411.00
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 3,612,718.98</b>

519. Los honorarios de éxito de Rosselló Abogados se generarán en caso de que la posición de DEVIANDES prevalezca, ya sea en la Demanda o en la Demanda Reconvencional (Declaración de Costos de la Demandante, ¶ 2, nota al pie 3).

**(b) La Demandada**

520. La Demandada, por su parte, solicita al Tribunal que condene a DEVIANDES “a pagar todos los gastos y costos del arbitraje, incluyendo honorarios y gastos de abogados y peritos” (Memorial de Contestación, ¶ 677.m; Memorial de Dúplica de la Demandada, ¶ 844.m; Declaración de Costos de la Demandada, ¶ 4).

521. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada adujo que sus gastos y costas debían ser cubiertos por DEVIANDES, al haberse demostrado que la Demandante no había actuado de buena fe durante (i) la fase de exhibición de documentos (pues no exhibió 64 documentos ordenados por el Tribunal hasta cinco meses después del plazo); (ii) la fase escrita (dado que DEVIANDES esperó hasta su Dúplica Reconvencional para presentar algunos documentos que habían sido solicitados en la fase de exhibición de documentos) y (iii) la Audiencia (al haber intercambiado los informes y la opinión de Brattle sin previo aviso ni permiso del Tribunal) (¶¶ 433-437).

522. Las costas de la Demandada se detallan a continuación (Declaración de Costos de la Demandada, ¶ 2, nota al pie omitida; importes en USD):

CATEGORÍA	MONTO TOTAL (USD)
<b>Honorarios de Representación y Asistencia Jurídica</b>	
• Foley Hoag, LLP	\$ 1,780,000.00
• Hernández & CÍA	\$ 174,802.50
<b>Honorarios por asistencia jurídica en Derecho Peruano</b>	
• Dr. Ferrando Gamarra	\$ 119,867.48
<b>Gastos de Representación y Asistencia Jurídica</b>	
• Foley Hoag, LLP	\$ 23,185.97
• Hernández & CÍA	\$ 0.00
<b>Gastos de Expertos</b>	
• Exponent Inc. Resource Systems Group (RSG) Quadrant Economics LLC	\$ 698,010.39
<b>Gastos de Testigos</b>	
• Amalia Ruiz Seminario	
• Gian Carlos Silva Ancco	\$ 8,621.76

**TOTAL****\$ 2,804,488.10**

## 2. Las Costas del Arbitraje

523. Las costas del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal, los honorarios administrativos del CIADI y los gastos directos, ascienden a:

CATEGORÍA	MONTO TOTAL (USD)
Honorarios y gastos de los Árbitros	
David J.A. Cairns	300.196,58
José María Alonso Puig	127.457,36
Yves Derains	130.463,20
Honorarios administrativos del CIADI	220.000,00
Gastos directos	100.333,45
<b>Total</b>	<b>878.450,59</b>

524. Los gastos mencionados han sido pagados con cargo a las cantidades anticipadas por las Partes a partes iguales. En consecuencia, la participación de cada Parte en las costas del arbitraje asciende a USD 439.225,30. El saldo restante será reembolsado a las Partes en proporción a los pagos que hayan adelantado al CIADI.

## 3. Decisión del Tribunal

525. La Cláusula 18.13. e) del Contrato de Concesión recoge el siguiente acuerdo entre las Partes respecto a las costas de este arbitraje:

*“18.13 Tanto para el Arbitraje de Conciencia a que se refiere el Literal a) de la Cláusula 18.12 como para el Arbitraje de Derecho a que se refiere el Literal b) de la Cláusula 18.12, ya sea en su modalidad internacional o nacional, se aplicarán por igual las siguientes disposiciones generales:*

*(...)*

*e) Todos los gastos que irroque 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”.*

526. El artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

*“(2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.*

527. La Regla 28 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece lo siguiente:

*“(1) Sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de las costas procesales, el Tribunal podrá decidir, salvo que las partes convengan en otra cosa:*

*(a) en cualquier etapa del procedimiento, que parte de los honorarios y gastos del Tribunal y de los derechos por el uso de los servicios del Centro pagará cada una, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero;*

*(b) respecto de cualquier parte del procedimiento, que los costos pertinentes (según los determine el Secretario General) los sufrague íntegramente, o en una parte determinada, una de las partes.*

*(2) Pronto después del cierre del procedimiento, cada parte someterá al Tribunal una declaración sobre los costos en que haya incurrido razonablemente o sufragado en el procedimiento y el Secretario General le presentará al Tribunal una cuenta de todas las cantidades pagadas por cada una de las partes al Centro y de todos los costos incurridos por el Centro en relación con el procedimiento. El Tribunal podrá, antes de dictar sentencia, requerir a las partes y al Secretario General que proporcionen información adicional respecto de los costos del procedimiento”.*

528. Las Partes, de común acuerdo, presentaron sus respectivas declaraciones de costas sin ninguna argumentación adicional (Resolución Procesal N.º 6, ¶¶ 5 y 8.c). Las Partes no habían formulado ninguna alegación en sus anteriores escritos en relación con la interpretación de la Cláusula 18.13.
529. En relación con los principios aplicables a la determinación de las costas en este arbitraje, el Tribunal hace las siguientes observaciones:
- 529.1. Tanto el artículo 61(2) como la Regla 28 están sujetos al acuerdo en contrario de las Partes y, por tanto, la Cláusula 18.13 prevalece sobre el artículo 61(2) y la Regla 28;
- 529.2. La Cláusula 18.13 reconoce el principio de distribución de las costas en función del éxito de las partes (“*costs follow the event*”);
- 529.3. La Cláusula 18.13 reconoce que el Tribunal Arbitral puede decidir discrecionalmente la distribución de los referidos gastos en caso de que el laudo favorezca parcialmente las posiciones de las Partes;
- 529.4. El último párrafo de la Cláusula 18.13 excluye del acuerdo de las Partes “*los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual*”. De acuerdo con lo anterior, la distribución de las costas y gastos de esta naturaleza se determinan conforme a los principios recogidos en el artículo 61(2) y la Regla 28;
- 529.5. La práctica de los tribunales del CIADI en cuanto a la aplicación del artículo 61(2) y la Regla 28 no es uniforme. Algunos tribunales arbitrales distribuyen las costas en función del éxito de cada una de las partes, mientras que otros tribunales se han inclinado por una distribución igual entre las partes. El primer enfoque ‘parece estar ganando terreno en la práctica del CIADI’ (*Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention*, tercera edición, artículo 61, ¶¶ 24, 28 y 42-43);
- 529.6. El artículo 61(2) y la Regla 28 también otorgan al Tribunal la facultad discrecional de distribuir las costas del procedimiento entre las partes, pero no ofrecen criterios en los que basar dicha discrecionalidad (*Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention*, tercera edición, artículo 61, ¶ 23);
- 529.7. La conducta positiva o negativa de las partes puede tener un impacto sustancial, incluso concluyente, en la decisión sobre la distribución de costas en los casos del CIADI (*Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention*, tercera edición, artículo 61, ¶¶ 57-74);
- 529.8. Aunque el Tribunal goza de discrecionalidad para distribuir las costas, la Regla 28(2) sugiere que el Tribunal solo puede ordenar la distribución de aquellas costas declaradas por cada parte en que dicha parte “*haya*

*incurrido razonablemente*". La Regla 28 no proporciona ningún criterio de razonabilidad.

530. Aplicando los principios anteriores al caso presente, el Tribunal pone de relieve lo siguiente:

530.1. La Demandante es la parte vencedora, en la medida en que el Tribunal ha resuelto que la Demandada ha incumplido sus obligaciones en cuanto a la constitución del Comité de Aceptación de Obras, así como las previstas en la Cláusula 9.1 de agotar los esfuerzos y asumir los montos dejados de recaudar. Las reconveniones y las objeciones a la jurisdicción presentadas por la Demandada también han sido desestimadas. La Demandante ha justificado la obligación de pago por parte de la Demandada en relación con unas cantidades considerables;

530.2. Por el contrario, se han desestimado varias reclamaciones de daños presentadas por la Demandante, incluidos los daños derivados del retraso en la constitución del Comité de Aceptación. Las objeciones a la jurisdicción planteadas por la Demandante en relación con la demanda reconvenional también han sido desestimadas;

530.3. A lo largo de este complejo caso, el Tribunal ha contado con la cooperación de las Partes y sus respectivos letrados y peritos. No ha habido ninguna conducta negativa de entidad suficiente para influir en la distribución de las costas, incluidos los tres incidentes mencionados por la Demandada (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 432-437);

530.4. Los honorarios de abogados y peritos soportados por ambas Partes son razonables, teniendo en cuenta el número y la complejidad de los asuntos abordados en el arbitraje. El Tribunal estima que los honorarios de éxito de Rosselló Abogados, que ascienden al 37% de sus honorarios totales, pero son inferiores al 10% de los honorarios totales de los abogados de la Demandante, son razonables.

531. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal condena a la Demandada a pagar:

531.1. De acuerdo con la Cláusula 18.13.e) del Contrato de Concesión, el 75% de las costas del arbitraje, que asciende a USD 658.837,94. El Tribunal observa que las costas del arbitraje se han pagado con cargo a los anticipos efectuados por las Partes en partes iguales. En consecuencia, el Tribunal ordena a la Demandada a pagar a la Demandante **USD 219.612,65** equivalentes a la porción de los anticipos de la Demandante que se han gastado;

531.2. De acuerdo con el artículo 61(2) del Convenio CIADI y la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el 75% de los honorarios de abogados,

peritos y el resto de los gastos y costas soportados por la Demandante, que asciende a **USD 2.709.539,24**.

532. La Demandante no ha solicitado expresamente una condena al pago de intereses en relación con las costas. No obstante, la solicitud de una condena en costas en este arbitraje constituye a la Demandada en mora en relación con su obligación (art. 1333 del Código Civil). La Demandante también ha solicitado al Tribunal que “*otorgue cualquier otro remedio que el Tribunal Arbitral estime pertinente*” (Memorial de Réplica, ¶ 674.9). El Tribunal considera apropiado y acorde con la práctica del arbitraje internacional ordenar el pago de intereses en relación con las costas.
533. Por todo lo expuesto, el Tribunal condena a la Demandada a pagar los intereses simples, al tipo de interés legal establecido por el Banco Central de Reserva del Perú, que se devenguen a partir de los 30 días posteriores a la fecha de emisión del Laudo hasta la fecha de pago de los importes correspondientes a las costas determinados en los párrafos 531.1 y 531.2.

## **XI. LAUDO**

534. Por los motivos expuestos anteriormente, el Tribunal:

- 534.1. DECLARA que este Tribunal tiene jurisdicción sobre las demandas y las demandas reconventionales;
- 534.2. DECLARA que la Demandada ha incumplido sus obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, el Contrato de Garantía y la ley peruana, en particular, las siguientes:
- 534.2.1. Su obligación de respetar el procedimiento para constituir el Comité de Aceptación de Obras;
- 534.2.2. Su obligación de agotar los esfuerzos para restablecer el orden social;
- 534.2.3. Su obligación de asumir los montos dejados de recaudar por DEVIANDES en la Unidad de Peaje en Ticlio.
- 534.3. CONDENA a la Demandada a pagar los montos dejados de recaudar en la Unidad de Peaje de Ticlio, calculados teniendo en cuenta que la tarifa inicial prevista en la Cláusula 9.4.c) se fijó el 1 de marzo de 2018 y que la tarifa (modificada anualmente) debe aplicarse, sin ninguna deducción, sobre el número de vehículos livianos y sobre el número de ejes de los vehículos pesados, de acuerdo con los datos sobre los volúmenes de tráfico del CIDATT correspondientes a los siguientes períodos:
- 534.3.1. Desde el 7 de marzo de 2018 hasta el 20 de agosto de 2018;
- 534.3.2. Desde el 21 de agosto hasta la fecha de emisión del Laudo;

- 534.3.3. Desde la fecha de emisión del Laudo y hasta (i) que Perú permita y garantice a DEVIANDES el ejercicio del derecho de explotación en la Unidad de Peaje en Ticlio de forma efectiva, pacífica y continua o (ii) la extinción de la Concesión. Estos montos deben ser pagados en el plazo máximo de quince (15) días naturales a contar desde la fecha en que DEVIANDES presente a Perú (a través del MTC) la correspondiente liquidación mensual de los montos, calculados en función de la tarifa de peaje aplicada sobre el número de vehículos livianos y sobre el número de ejes de vehículos pesados que circulan por la Unidad de Peaje en Ticlio.
- 534.4. DECLARA que los montos dejados de recaudar desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha del Laudo pagados de acuerdo con esta decisión incluyen el IGV, y que la Demandante reconoce su obligación de presentar las declaraciones pertinentes ante las autoridades fiscales de Perú en relación con dicho impuesto;
- 534.5. DESESTIMA las demandas reconventionales de la Demandada;
- 534.6. CONDENA a la Demandada a pagar a la Demandante los intereses simples, a la tasa de interés legal peruano, que se devenguen en relación con los montos dejados de recaudar en la Unidad de Peaje de Ticlio desde el 7 de marzo de 2018 hasta la fecha de pago;
- 534.7. CONDENA a la Demandada a pagar a la Demandante:
- 534.7.1. **USD 219.612,65**, equivalentes a la porción gastada de los anticipos hechos por la Demandante al CIADI, de forma que la Demandada asuma en total el 75% de las costas del arbitraje;
- 534.7.2. **USD 2.709.539,24**, en concepto del 75% de los honorarios de abogados, peritos y otras costas de la Demandante;
- 534.7.3. Los intereses simples, al tipo de interés legal establecido por el Banco Central de Reserva del Perú, que se devenguen a partir de los 30 días siguientes a la fecha de emisión del Laudo hasta la fecha de pago de los importes correspondientes a las costas determinados en los párrafos 531.1 y 531.3.
- 534.8. DESESTIMA el resto de las demandas y reconversiones.

[Firmado]

---

José María Alonso Puig  
Árbitro

Fecha: 22 de noviembre de 2024

---

Yves Derains  
Árbitro

Fecha:

---

David J.A. Cairns  
Presidente del Tribunal

Fecha:

---

José María Alonso Puig  
Árbitro

Fecha:

[Firmado]

---

Yves Derains  
Árbitro

Fecha: 22 de noviembre de 2024

---

David J.A. Cairns  
Presidente del Tribunal

Fecha:

---

José María Alonso Puig  
Árbitro

Fecha:

---

Yves Derains  
Árbitro

Fecha:

[Firmado]

---

David J.A. Cairns  
Presidente del Tribunal

Fecha: 22 de noviembre de 2024