



Reg: 27381  
 Exp: 24822

"Año del Centenario de Machu Picchu para el Mundo"

**INFORME No. 159 -2011/GR.LAMB/PEOT-GG-60**

**INFORME LEGAL SOBRE SOLICITUD DE PERJUICIO ECONÓMICO SOLICITADO POR LA CONCESIONARIA TRASVASE OLMOS S.A.C.**



- PARA :** Ing. FRANCISCO GAYOSO ZEVALLOS  
Gerente General del PEOT
- DE :** Abog. VÍCTOR RICARDO QUINANO CHÁVEZ  
Jefe (E) de la Oficina de Asesoría Jurídica del PEOT
- ASUNTO :** Informe Legal sobre el reclamo de Perjuicio Económico – Financiero por Retrasos en las Obras de Traspase del Proyecto Olmos, solicitada por CTO S.A.
- REFERENCIA :**
- a) Carta S/N recibida el 25.08.2011 (Informe Final Rosselló)
  - b) Oficio N° 143/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70 (10.08.2011)
  - c) Informe Legal N°151/2011.GR.LAMB/PEOT-GG-60
  - d) Memorando N° 220/2011/GR.LAMB/PEOT-GG (10.08.2011)
  - e) Oficio N° 089/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70 (Remitido a OAJ el 11.08.2011)
  - f) Carta S/N – Analista Económico-financiero – Universidad ESAN (12.08.2011)
  - g) Oficio N° 312/2011-GR.LAMB/PEOT-GG (21.03.2011)
  - h) Informe N° 087/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-60 (06.05.2011)
  - i) Carta S/N – Informe Legal Estudio Rosselló (14.04.2011)
  - j) Contrato N° 017-2011/GR.LAMB/PEOT (24.02.2011)
  - k) Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Mantenimiento de las Obras de Traspase del Proyecto Olmos. (en adelante "Contrato de Concesión")
- FECHA :** Chiclayo, 25 de Agosto del 2011



En cumplimiento de lo dispuesto por vuestro Despacho a través del Memorando de la referencia d) y el proveído consignado en el documento de la referencia a), cumplimos con remitir el presente informe legal en los términos siguientes:

Los términos utilizados con mayúsculas y no definidos en el presente informe legal, tendrán el significado que les asigna la cláusula I – DEFINICIONES del Contrato de Concesión.

**I. DELIMITACIÓN DEL INFORME**

Mediante Memorando N° 220/2011/GR.LAMB/PEOT-GG, recibido en esta oficina con fecha 10 de agosto del presente año, la Gerencia General solicita lo siguiente: "emitir una opinión propia, desde el punto de vista legal y contractual, sobre el reclamo presentado por la Concesionaria Traspase Olmos – CTO, concerniente al perjuicio económico financiero, en virtud de todos los actuados hasta la fecha



y que permita tomar una posición al PEOT, como Supervisor, del contrato en mención" (el subrayado es nuestro). En vista a que a la OAJ le era materialmente imposible emitir una opinión legal al respecto, y en atención a la información técnica y legal que previamente se requirió y que ahora ha sido remitida, con fecha 25.08.2011 a horas 10.50 a.m., se remite el Informe Final del Estudio Rosselló y se solicita que en el día este Despacho emita el informe legal correspondiente.

En ese sentido, esta Oficina de Asesoría Jurídica, advirtiendo la limitación en cuanto al tiempo concedido, cumple con hacer de su conocimiento el siguiente análisis estrictamente jurídico.

## II. ANTECEDENTES EN RELACIÓN AL OBJETO MATERIA DE ANÁLISIS

- Con fecha 22 de julio de 2004, el Gobierno Peruano actuando a través del Gobierno Regional de Lambayeque suscribe el Contrato de Concesión para la construcción, operación y mantenimiento de las Obras de Trasvase del Proyecto Olmos con la empresa Concesionaria Olmos S.A. – CTO, empresa constituida por Constructora Nolberto Odebrecht S.A., quien resultó ganadora de la Buena Pro del Concurso Público Internacional para la entrega en concesión de este componente del Proyecto Olmos por un periodo de 20 años.
- Mediante Carta N° CTO-GRL-001-2010, de fecha 18 de enero de 2010, la empresa Concesionaria solicita una extensión del Periodo Inicial o de Construcción, así como del Plazo de la vigencia de la Concesión como consecuencia de la ocurrencia de hechos no imputables a la empresa Concesionaria, respecto a eventos ocurridos hasta el 30 de setiembre de 2009.
- Mediante Oficio N° 075/2010-GR.LAMB/PEOT-GG-70, de fecha 24 de mayo de 2010, expedido por el Gerente de Desarrollo Olmos dando opinión favorable para que se otorguen 310 días calendario de ampliación del Periodo Inicial o de Construcción.
- Mediante Oficio N° 363-2010-GR.LAMB/PR, el Gobierno Regional de Lambayeque, previa opinión del Supervisor del Contrato (PEOT), concede a la empresa Concesionaria una ampliación del Periodo Inicial o de Construcción, por hechos no imputables, de 310 días calendario, al amparo de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.
- Mediante Carta N° CTO-GRL-011-2010, de fecha 17 de junio de 2010, la empresa Concesionaria solicitó una nueva extensión del Periodo Inicial o de Construcción, así como del plazo de vigencia de la Concesión, como consecuencia de la ocurrencia de hechos no imputables a la empresa Concesionaria, respecto a eventos ocurridos entre el 1 de octubre de 2009 y el 28 de abril de 2010.
- Mediante Oficio N° 125/2010-GR.LAMB/PEOT-GG-70, de fecha 11 de agosto de 2010, el Gerente Desarrollo Olmos opina favorablemente para que se otorgue 170 días calendario de ampliación del Periodo Inicial o de Construcción.
- Mediante Oficio N° 464/2010-GR.LAMB-PR, de fecha 12 de agosto del 2010, el Concedente aprueba el Calendario de Trabajo N° 5 y Calendario de Inversión N° 5 que reflejan la ampliación del Periodo Inicial o de Construcción otorgada en virtud de los retrasos por causas no imputables al Concesionario de 310 días calendario.





- Mediante Oficio N° 469/2010-GR.LAMB/PR, de fecha 13 de agosto del 2010, el Gobierno Regional de Lambayeque, previa opinión del Supervisor del Contrato (PEOT), concede a la empresa Concesionaria una ampliación de plazo, por hechos no imputables, de 170 días calendario, al amparo de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.
- Mediante Oficio N° CTO-PEOT-076-2010, de fecha 16 de agosto de 2010, la empresa Concesionaria solicita al Proyecto Especial Olmos Tinajones, autorización para la contratación de la Consultora para la determinación del presunto perjuicio económico-financiero derivados de los atrasos en las Obras debido a la ocurrencia de hechos no imputables al Concesionario, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, proponiendo una terna de consultores.
- Mediante Oficio N° 1081-2010-GR.LAMB/PEOT-GG, de fecha 09 de setiembre de 2010, el Proyecto Especial Olmos Tinajones autoriza la Contratación de la Universidad del Pacifico para que acredite y determine el supuesto perjuicio económico financiero.
- Mediante Oficio N° 691/2010/GR.LAMB.-PR, de fecha 24 de noviembre de 2010, el Concedente aprueba el Calendario de Trabajo N° 6 y Calendario de Inversiones N° 6 que reflejan la ampliación del Periodo Inicial o de Construcción otorgada en virtud de los retrasos por causas no imputables al Concesionario de 170 días calendario.
- Mediante Oficio N° CTO\_PEOT-104-2010, de fecha 30 de diciembre del año "perjuicio Económico Financiero por retrasos en el Proyecto Traspase Olmos" elaborado por la Universidad del Pacifico como consultor independiente de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión que trata sobre el perjuicio económico sufrido por la empresa Concesionaria.
- Mediante Oficio CTO-PEOT-001-2011, la empresa Concesionaria remite los Anexos que complementan el envío del Informe Final del estudio "Perjuicio Económico Financiero por retrasos en el Proyecto Traspase Olmos" elaborado por la Universidad del Pacifico.
- Con Oficio N° 021-2011/GR.LAMB/PEOT-GG-60, de fecha 01 de febrero del año 2011, la Oficina de Asesoría Jurídica del Proyecto Especial Olmos Tinajones (en adelante "OJA") solicita la contratación de asesores legales externos para que realice el servicio de asesoría jurídica para la atención de la SOLICITUD, para lo cual adjunto los Términos de Referencia de dicho servicio. Así mismo solicita se modifique el Plan Anual de Contrataciones (en adelante PAC) de la Entidad.
- Mediante Resolución Gerencial N° 035-2011/GR.LAMB/PEOT-GG, de fecha 03 de febrero del año 2011, se resolvió modificar el PAC, incluyendo, entre otros procesos, la Contratación de un estudio de abogados.
- Mediante Informe Técnico-Legal N° 015.2011/GR.LAMB/PEOT-GG-60, de fecha 10 de febrero del 2011, la OAJ recomienda la exoneración del proceso de selección para la contratación del servicio de asesoría jurídica para la atención de la SOLICITUD.
- Mediante Resolución Gerencial N° 049-2011.GR/LAMB/PEOT-GG, de fecha 11 de febrero del 2011, se resolvió aprobar la exoneración al proceso de selección para la contratación del servicio de asesoría jurídica para la atención de la SOLICITUD y disponer la contratación del Estudio



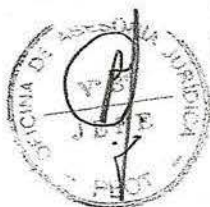


Rosselló Abogados S. Civ. R. L. (en adelante, el ESTUDIO), como proveedor del servicio mencionado.

- Mediante Memorando N°044-2011.GR/LAMB/PEOT-GG-60, de fecha 11 de febrero del año 2011, se aprobó el Expediente de Contratación del proceso de selección "Contratación de un Estudio Jurídico para la Atención de la Solicitud de la empresa Concesionaria Trasvase Olmos sobre Reconocimiento de Perjuicios Económicos pro Demoras No Imputables en la Ejecución de las Obras", quedando conformado por los siguientes documentos:
- Mediante Resolución Gerencial N° 052-2011/GR.LAMB/PEOT-GG, de fecha 14 de febrero del 2011, se resolvió aprobar las Bases Administrativas del proceso de selección Exoneración N°001-2011/GR.LAMB/PEOT "Contratación de un estudio Jurídico para la Atención de la Solicitud de la empresa Concesionaria Trasvase Olmos sobre Reconocimiento de Perjuicios Económicos por Demoras No Imputables en la Ejecución de las obras" (en adelante la EXO N° 01-2011-PEOT) y se autorizó la convocatoria de dicho proceso.
- Con fecha 15 de febrero del 2011, el ESTUDIO presenta su Propuesta Técnico – Económica a la EXO N° 01-2011-PEOT
- Mediante Acta de Otorgamiento y Consentimiento de Buena Pro del proceso de selección EXO N° 01-2011-PEOT, de fecha 16 de febrero de 2011, se otorga la Buena Pro al ESTUDIO, por un valor adjudicado de S/. 81,715.00 (ochenta y un mil setecientos quince y 00/100 nuevos soles).
- Con fecha 24 de febrero del 2011, se suscribió el Contrato N° 017/2011-GR.LAMB/PEOT, Contratación del Servicio de Asesoría Legal para la Atención de la Solicitud de Reconocimiento de Perjuicios Económicos por Demoras No Imputables en la Ejecución de las Obras de Trasvase de la Concesionaria Trasvase Olmos.
- Con fecha 14 de abril de 2011, el ESTUDIO presenta su Informe Legal Inicial.

### III. ACTUADOS REMITIDOS A ESTA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA EN RELACIÓN AL OBJETO DEL INFORME LEGAL

Señor Gerente General, hasta la fecha de emisión y presentación del presente informe legal, esta Oficina de Asesoría Jurídica ha recepcionado la siguiente documentación oficial, la misma que incluye los que obran en los archivos de este Despacho y que a continuación se detallan:



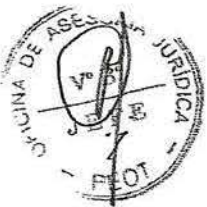
- 3.1. Mediante Carta S/N recepcionada con fecha 14.04.2011, se remite a esta oficina de Asesoría jurídica el Informe Inicial del Estudio Jurídico Rosselló, en relación a la solicitud de "Perjuicio económico - financiero por los retrasos en el Proyecto Trasvase de Olmos", formulado por la empresa Concesionaria Trasvase Olmos S.A.
- 3.2. Mediante Informe Legal N° 087/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-60 de fecha 06.05.2011, el Abogado Luis Ramón González Vélez, en calidad de Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del PEOT, emite opinión legal en relación al informe legal inicial o preliminar emitido por el Estudio Jurídico Rosselló.
- 3.3. Con fecha 11 de agosto de 2011, la Gerencia General remite a esta Oficina de Asesoría Jurídica el Informe Técnico – contractual inicial sobre el Informe de la Universidad del Pacífico, que



contiene la determinación del Perjuicio Económico-Financiero, emitido por la Gerencia de Desarrollo Olmos a través del Oficio N° 089/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70 fechado el 03.06.2011.

- 3.4. Con fecha 12 de agosto de 2011, se remite a esta Oficina de Asesoría Jurídica el Informe "Evaluación del perjuicio Económico Financiero de la Concesionaria Traspase Olmos por los retrasos en la ejecución del Proyecto Traspase Olmos", elaborado por el Ing. Sergio Bravo Orellana.
- 3.5. Con fecha 15.08.2011, la Gerencia General remite a esta OAJ el Oficio N° 143/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70, mediante el cual la Gerencia de Desarrollo Olmos –GDO, emite el "Informe Técnico – Contractual sobre el Informe de la Universidad del Pacífico, que contiene la determinación del Perjuicio Económico Financiero"
- 3.6. Mediante Informe Legal N° 151/2011 de fecha 15.08.2011, esta OAJ, recomendó a la Gerencia General solicitar al Estudio Rosselló la emisión del Informe Final en el marco del lo estipulado en el numeral 12.2 de la Cláusula 12 del Contrato N° 017-2011/GR.LAMB/PEOT, en el que se incluyera entre otros aspectos, el análisis jurídico de la posición contractual asumida por la GDO, bajo los siguientes lineamientos siguientes:

- *Analizar, y de ser el caso, reforzar jurídicamente el análisis contractual efectuado por la Gerencia de Desarrollo Olmos del PEOT, plasmado en su Informe Inicial y Final, específicamente en lo que se refiere a los siguientes aspectos:*
  - ✓ *Determinar con exactitud la naturaleza de la Concesión de las Obras de Traspase del Proyecto Olmos, con especial énfasis en la característica de "SUMA ALZADA" a la que la Concesionaria se sometió al participar en el Concurso Público Internacional que culminó con la suscripción del respectivo Contrato de Concesión.*
  - ✓ *Luego de un análisis legal integral del Contrato de Concesión (Estudios Definitivos, Bases, Circulares, Bases Integradas, Propuesta Técnica del Postor ganador, etc), determinar con exactitud si el Concesionario asumió todos los riesgos derivados de la Concesión, conforme así se plasmó de manera expresa en la cláusula 21.1 del Contrato de Concesión, ello a fin de establecer el momento "cero" o el álea normal u ordinario del Contrato (CONSULTA N° 12).*
  - ✓ *Efectuar un análisis claro y preciso de la cláusula 21.1 del Contrato de Concesión, debiendo precisar cuáles son los riesgos asumidos por el Concesionario y si éstos subsumen las causas no imputables alegadas en la construcción del Túnel Trasandino de las Obras de Traspase (estallidos de roca con mayor intensidad y frecuencia a las previstas y pronosticadas en los Estudios Definitivos y la Propuesta Técnica del Concesionario); debiendo además interpretar sistemáticamente la frase "bajo su control o bajo su responsabilidad" descrito en la citada cláusula.*
  - ✓ *Analizar y desarrollar la prohibición absoluta de incrementar el Presupuesto Definitivo de Obras, prevista en el párrafo in fine del numeral 5.4.3 de la Cláusula 5 del Contrato de Concesión, y su relación con los conceptos que importan reconocimiento y pago de mayores costos de Obra incluidos en el Informe de Perjuicio Económico – Financiero de la Universidad del Pacífico, presentado por la Concesionaria.*
  - ✓ *Partiendo de la premisa que la ruptura del Equilibrio Económico Financiero prevista en la cláusula 24.1 del Contrato de Concesión, únicamente se configurará por CAMBIOS EN LAS LEYES APLICABLES, determinar si en el Contrato de Concesión se ha incorporado una cláusula explícita para su restablecimiento por otras causas que no sean las que hemos citado (cambios en las Leyes Aplicables)*





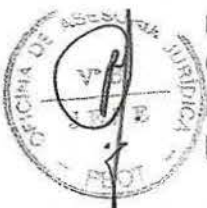
- *Teniendo en cuenta el Informe Final de la Gerencia de Desarrollo Olmos y el Informe del Consultor Económico Financiero contratado por el PEOT (Ing. Sergio Bravo Orellana), determinar con claridad y precisión cuales son los conceptos que engloba el "perjuicio económico – financiero" establecido en la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, así como recomendar la posición que deberá adoptar el PEOT en calidad de Supervisor ante el reclamo de perjuicio económico – financiero por retrasos en la ejecución del Proyecto Trasvase Olmos presentada por la Concesionaria, para cuyo efecto, el Estudio deberá cautelar los intereses económicos constituidos por los fondos públicos que significará la compensación del perjuicio económico que reconocerá el Gobierno Regional de Lambayeque a la empresa Concesionaria.*
- *Teniendo en cuenta el Informe Técnico Final de la Gerencia de Desarrollo Olmos, así como el Informe del Consultor Económico-Financiero Ing. Sergio Bravo, además de toda la documentación que se ha remitido al Estudio, determinar si el reconocimiento y pago de los conceptos que significan mayores costos de Obra no previstos expresamente en el Contrato de Concesión y que han sido incluidos en el Informe de la Universidad del Pacífico, constituyen PAGO INDEBIDO que pudiera configurar un ilícito penal con la consecuente responsabilidad funcional y civil para los que participen en su otorgamiento o pago a favor de la CTO S.A.*

3.7. Con fecha 25.08.2011, a horas 10.50 a.m., la Gerencia General remite a esta OAJ la Carta S/N de fecha 25.08.2011, mediante la cual el Estudio Jurídico Rosselló, de conformidad con lo estipulado en el numeral 12.2 de la Cláusula 12 del Contrato N° 017-2011/GR.LAMB/PEOT, emite su Informe Final en relación al reclamo de Perjuicio Económico – Financiero por los Retrasos en las Obras de Trasvase del Proyecto Olmos.

3.8. Hasta la fecha de emisión del presente informe legal, no se ha remitido a esta OAJ la opinión técnica desagregada sobre el reclamo planteado por CTO S.A. a través del CIUP, solicitado por la Gerencia General a la Gerencia de Desarrollo Olmos, según proveído consignado en el Oficio N° 143/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70.

#### IV. PRONUNCIAMIENTOS TÉCNICOS Y LEGALES EMITIDOS

A fin de cumplir con realizar un análisis estrictamente jurídico respecto de la solicitud de Perjuicio Económico – Financiero por los Retrasos en las Obras de Trasvase del Proyecto Olmos", presentado por la empresa Concesionaria Trasvase Olmos S.A., en base a la determinación que efectuara el Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico – CIUP, resulta necesario realizar un recuento de las opiniones e interpretaciones que sobre el tema han vertido, la Gerencia de Desarrollo Olmos y la Oficina de Asesoría Jurídica del PEOT, así como el Informe Final del Estudio Jurídico Rosselló en su calidad de asesor legal externo del PEOT; en ese sentido, a continuación detallamos las posiciones adoptadas al respecto:



#### DEL ANÁLISIS TÉCNICO-CONTRACTUAL DE LA GERENCIA DE DESARROLLO OLMOS – GDO

La Gerencia de Desarrollo Olmos ha desarrollado un amplio análisis técnico – contractual respecto de la solicitud presentada por la Concesionaria, concordando dicha solicitud con algunas cláusulas del Contrato de Concesión; en ese sentido, se ha remitido a esta oficina la opinión inicial y final de dicha Gerencia y cuyas consideraciones principales y conclusiones son las siguientes:

- Informe Técnico Contractual Inicial (Oficio N° 089/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70)



(...)  
4.0

#### CONCLUSIONES

- 4.01 La posición de la Gerencia de Desarrollo Olmos, se ha mantenido inalterable desde la determinación de atrasos como resultado del análisis de la segunda y tercera solicitud de ampliación de plazo.
- 4.02 La Concesionaria está incumpliendo con las recomendaciones dadas por el SUPERVISOR y el Concedente, en el sentido de que las ampliaciones de plazo otorgadas del Período Inicial o de Construcción, son preliminares y sólo serán determinadas cuando termine la causal (ver primer párrafo de la cláusula 3.3), por lo tanto se pretende forzar al SUPERVISOR a determinar una vigencia de la prórroga de la Concesión que también tendría el carácter de preliminar, porque en estos momentos no puede ser determinada exactamente, porque la causal no termina aún, y en todo caso esa decisión no es competencia de esta Gerencia.
- 4.03 La cláusula 3.3 del Contrato de Concesión de las Obras de Tránsito no especifica plazos para el establecimiento del criterio del Supervisor y la prórroga de la vigencia de la concesión.
- 4.04 Aparentemente lo manifestado por la Concesionaria, estaría apuntando a conseguir la aceptación de la segunda alternativa planteado por la CIUP, lo cual no es contractual.
- 4.05 El período de febrero 2007 a diciembre del 2008 considerado para el análisis, no es el correcto, por las consideraciones expuestas en las razones para la determinación de los atrasos, establecidos por la Gerencia de Desarrollo Olmos y comunicada por el Concedente.
- 4.06 El equipo multidisciplinario que planteó la Gerencia de Desarrollo Olmos, no fue respetado en su integridad.
- 4.07 La recomendación dada en el oficio de la Gerencia de Desarrollo Olmos en relación a no considerar los mayores costos de obra en el análisis del Perjuicio Económico-Financiero tampoco fueron considerados por la Concesionaria.
- 4.08 La Concesionaria está pretendiendo incrementar el Presupuesto Definitivo de Obras, y trasladar los riesgos de la Concesión al Concedente.
- 4.09 El costo que está planteando la Concesionaria es desde un punto de vista lógico demasiado excesivo para el Estado peruano. El Túnel Trasandino con TBM tiene un costo según su propuesta técnica de 91 millones de dólares. Si a los 71.8 millones le agregamos un monto adicional proyectado tomando en cuenta la nueva solicitud de ampliación de plazo que ha presentado recién la Concesionaria tendríamos mas de 100 millones de dólares, es decir un costo equivalente a construir un Túnel Trasandino mas largo que el actual, lo cual es totalmente ilógico si es que comparamos el plazo ofertado para su excavación y el plazo pronosticado para su terminación.
- 4.10 La Concesionaria está cayendo en una irresponsabilidad por pretender siquiera paralizar las obras. Existen algunas que son sumamente críticas como el Talud del Aliviadero, al cual no se le debe descuidar por las millonarias implicancias y afectación a terceros, que incluso puede provocar que en un futuro inmediato desestabilice de tal manera, que se puede producir un colapso, mas aún que después de la terminación de las obras, éstas deben ser probadas durante el Período de Pruebas de Puesta en Marcha, situación que debe analizar el Concedente de inmediato para adoptar la acciones inmediatas.
- 4.11 Aún cuando parece lógico que por no haber recibido la Concesionaria la remuneración unitaria básica el año pasado, existan algunos mayores costos relacionados con el financiamiento, esta situación tiene que ser estrictamente evaluada por el especialista en evaluación económico-financiera.
- 4.12 Según lo manifestado en el Informe del CIUP, no existe el modelo económico financiero del Estado, pero esto es ilógico, por cuanto lo que se tiene que pedir es el modelo del postor CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT, el cual tiene que alcanzar para efectuar un correcto análisis

#### 5.0 RECOMENDACIONES





- 5.01 El Concedente debe comunicar a la Concesionaria que no le corresponde prórroga de la vigencia de la Concesión por los mayores costos de Obra, ya que los riesgos sustanciales deben ser asumidos por ellos.
- 5.02 El SUPERVISOR debe analizar cuanto antes el perjuicio económico por no haber recibido el pago de la remuneración unitaria básica en abril del año pasado, por causas no imputables a él para calcular en caso esté justificado, la prórroga de la vigencia de la Concesión exclusivamente por este motivo.
- 5.03 La Oficina de Asesoría Legal debe analizar todas las implicancias legales para adoptar las acciones mas convenientes y urgentes.
- 5.04 El Concedente debe exigir a la Concesionaria que justifique la razón por la cual una decisión que se va a aplicar al final de los veinte años del período de vigencia de la concesión como resultado de aplicar estrictamente el contrato (cláusula 3.3), le está trayendo perjuicios económicos.
- 5.04 El Concedente debe solicitar a la Concesionaria que el Informe del Perjuicio Económico del CIUP sea reformulado.

- Informe Técnico Contractual Final (Oficio N° 043/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70)

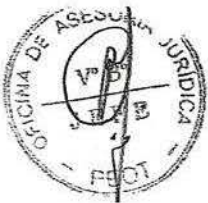
(...)

4.0 **CONCLUSIONES**

- 4.01. La posición de la Gerencia de Desarrollo Olmos, se ha mantenido inalterable desde la determinación de los atrasos como resultado del análisis de la segunda y tercera solicitud de plazo.
- 4.05. Sin perjuicio de la **posición del Supervisor** que el Perjuicio Económico no incluye los mayores costos de obra, el periodo comprendido entre febrero 2007 a diciembre del 2008 considerado para el análisis, no es el correcto, dado que en este periodo no existió atrasos, y por lo tanto no le corresponde desde el punto de vista contractual, mayores costos (cláusula 3.3-Primera Partr) – El resaltado y subrayado es nuestro.
- 4.08. La Concesionaria está pretendiendo incrementar el Presupuesto Definitivo de Obras, y trasladar los riesgos de la Concesión durante el Periodo Inicial al Concedente.
- 4.09. El monto calculado por el CIUP para el Perjuicio Económico, es desde un punto de vista lógico demasiado excesivo para el Estado peruano (...)
- 4.10. El análisis Económico financiero del CIUP es inconsistente y el técnico adolece de una serie de errores.

5.0 **RECOMENDACIONES**

- 5.01. El Concedente debe comunicar a la Concesionaria que no le corresponde prórroga de la vigencia de la Concesión por los mayores costos de Obra, ya que los riesgos sustanciales deben ser asumidos por ellos, según el análisis técnico contractual.
- 5.02. En lo que se refiere a la prórroga de la vigencia de la Concesión como resultado del Perjuicio Económico por no haber recibido el pago de la remuneración unitaria básica en abril del año





pasado, por causas no imputables a él, de acuerdo al análisis económico financiero, efectuado por nuestro analista, le correspondería a la Concesionaria una prórroga preliminar de 9.5 años (...)

5.04. El Concedente debe solicitar a la Concesionaria que el Informe del Perjuicio Económico del CIUP sea reformulado.

**DEL ANÁLISIS JURÍDICO REALIZADO POR EL ESTUDIO JURÍDICO ROSSELLÓ SRL, ASESOR LEGAL EXTERNO CONTRATADO POR EL PEOT**

En el marco de las acciones realizadas por el PEOT para formar criterio en relación a la solicitud de Perjuicio Económico Financiero presentada por CTO S.A., se implementaron sendos procesos de selección para contar con asesorías jurídicas y económico-financieras, que coadyuvarían, sin necesidad de ser vinculantes, a que el Supervisor cumpla cabalidad con la obligación establecida en la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión; es en dicho marco que se contrató los servicios del Estudio Jurídico Rosselló E.I.R.L., mediante Contrato N° 017-2011/GR.LAMB/PEOT (24.02.2011), el cual cumplió con remitir sus respectivos Informes Inicial y Final, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Informe Legal Inicial (Carta S/N de fecha 13.04.2011)

(...)

**VII. CONCLUSIONES**

1. *Las definiciones de Causa No Imputable, de Eventos de Fuerza Mayor y de Evento Geológico en el Contrato son compatibles con lo regulado en el artículo 1315 del Código Civil.*
2. *La demora de parte de la Concesionaria en la ejecución de la Obra originada por causas no imputables a la Concesionaria y que ella no hubiera podido ni prever ni evitar, no será considerado como incumplimiento hasta el momento en que sean superables las causas que hayan impedido la ejecución de las obras. En tal caso, se prorrogarán los plazos del Periodo Inicial hasta recuperar el tiempo de demora causada según el tercer párrafo del numeral 6.1 de la Cláusula 6 del Contrato.*
3. *El Contrato otorga a la Concesionaria remedios contractuales diversos según el acaecimiento se origine por Causa No Imputable, Eventos de Fuerza Mayor y Eventos Geológicos: a) derecho a la ampliación del plazo por un periodo equivalente a la Causa No Imputable que la originó; b) dos derechos acumulativos (el derecho a la ampliación necesaria del plazo mediante un nuevo cronograma y el derecho al cobro de la Remuneración Unitaria Básica por Causa No Imputable); c) Derecho al restablecimiento Económico Financiero a través de la renegociación del Contrato por Eventos de Fuerza Mayor; d) Derecho a la Ampliación proporcional del Periodo Inicial por Eventos de Fuerza mayor o Evento Geológico; y e) derecho de exigir al Concedente asumir el saldo del costo desde más de seis millones de Dólares (U\$. 6'000,000.00) o siete por ciento (7%) del Presupuesto Definitivo de Obras, correspondiente al Túnel Trasandino, hasta un máximo de dieciocho por ciento (18%) del Presupuesto Definitivo de Obra en Dólares correspondiente al Túnel Trasandino con los reajustes respectivos.*
4. *Para ejercer los remedios indicados en el numeral anterior, la Concesionaria deberá acreditar que actuó diligentemente aplicando todas las precauciones y medidas alternativas razonables.*
5. *En el caso concreto, ambas partes eligieron el remedio por el Perjuicio Económico Financiero por la falta de cumplimiento de la Obligación de Construir el Tránsito en el Periodo Inicial.*





Entonces, dicho Perjuicio solo se compensa mediante la Ampliación del Plazo y el Cobro de la Remuneración Unitaria Básica.

6. El "Perjuicio Económico – Financiero" se individualizará siempre que se determine el equilibrio económico financiero según el modelo financiero del Contrato

- Informe Legal Final (Carta S/N de fecha 25.08.2011)

(...)

**VII. CONCLUSIONES**

1. Conforme a lo que se dispone en la Cláusula 21.1, los riesgos del Contrato asociados a la ejecución de las Obras y a la etapa de Operación están asignado a l Concesionario. Sin embargo, la propia cláusula 21.1 prevé que pueden haber excepciones a esa asignación de riesgo.
2. Una de las excepciones aludidas en la conclusión anterior está en la cláusula 3.3. En virtud de esta cláusula la regla general de asignación de riesgos contenido en la cláusula 21.1 se quiebra ante el reconocimiento de "Causas No Imputables a la Concesionaria" y traslada a este riesgo al Concedente. La reforma de mitigación de este riesgo o de remediación está dada única y exclusivamente mediante la ampliación del plazo de la Concesión.
3. La cláusula 3.3 permite que sean reconocidos a favor del Concesionario, tanto los perjuicios económicos como los perjuicios financieros derivados de los atrasos en la ejecución de las obras que han tenido como origen la verificación de las causas no imputables (estallidos de roca de mayor magnitud y frecuencia)

El Perjuicio Financiero tal como ha sido reconocido por el CIUP, ha si como por el Ingeniero Sergio Bravo, busca compensar a la Concesionaria por la pérdida financiera en el retraso en la recuperación de las inversiones dado por el retraso del inicio del periodo de operación, el mismo que ha la fecha ha sido estimado en 17 meses. El Perjuicio Económico no es el indicado en el Informe del CIUP. El Informe del CIUP es referencial y no obliga al Supervisor; sin embargo, corresponde al PEOT, en su calidad de Supervisor del Contrato de Concesión determinar los alcances del Perjuicio Económico, cuya fórmula de solución debe ser propuesta al Concedente. Para tal fin, se deberán tomar en consideración los criterios sugeridos en el Numeral 4 del Punto 1º del presente informe, además de otros que considere razonables el PEOT.

4. Se reconoce que en el proceso constructivo de un Túnel existe una probabilidad razonable de que se produzca estallidos de roca. Los antecedentes del proyecto ha si lo demuestran y dicha información fue puesta en consideración de los postores que participaron en el concurso. Por esa razón, se asume que un postor experimentado en la ejecución de estas obras debió considerar en su modelo económico para determinar el monto de su oferta, los riesgos usuales, razonables y previsibles relacionados con los estallidos de roca. Se asume también que el modelo económico elaborado por PROINVERSIÓN debió incorporar también tales riesgos.

Sin embargo, se ha reconocido también que los eventos verificados y que han dado lugar a los reclamos del Concesionario han sido configurados como estallidos de roca de mayor magnitud y frecuencia a los previsibles y, por lo tanto, se acepta que los mismos califiquen como "causas no imputables".

5. El contrato ha sido estructurado bajo el concepto de sumaalzada y por tanto el riesgo de sobrecostos en condiciones normales de ejecución de obra, debe ser asumido por el Concesionario conforme a la regla general contenida en la Cláusula 21.1 contiene una excepción a la asunción de riesgos la misma que esta determinada en al Cláusula 3.3. En ese





sentido, aun cuando el Contrato ha sido pactado en términos de suma alzada, el Contrato acepta que se reconozca a favor del Concesionario los perjuicios económicos y financieros conforme a lo antes indicado, lo cual no convierte al Contrato en uno de precios unitarios ni lo desnaturaliza.

6. La Clausula 3.3 no establece un plazo para que el Concedente se pronuncie ante la solicitud de la Concesionaria. Sin embargo, presentada la solicitud de la Concesionaria. Concedente asume la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto en la referida Cláusula, lo cual debe culminar con la emisión de un pronunciamiento. La falta de plazo para la emisión de dicho pronunciamiento no genera el derecho de alguna de la partes para determinar de manera unilateral dicho plazo. El plazo debe ser convenido por a partes e incorporado al Contrato mediante una adenda. En defecto de ello, le corresponde al perito o tribunal arbitral determinar el plazo.
7. No estamos en condiciones de evaluar si la decisión unilateral de la Concesionaria de suspender la ejecución de las obras tiene amparo legal o contractual por cuanto desconocemos los antecedentes de dicha decisión; sin embargo dicha decisión podría generar perjuicios económicos al Concedente. En su caso, el Concedente podría requerir a la Concesionaria que reinicie sus labores bajo el apercibimiento de resolver el Contrato de Concesión.
8. La propuesta del CIUP de reconocer los perjuicios económicos y financieros mediante un pago en efectivo y una reducción de la extensión del plazo no encuentra sustento legal en la Cláusula 3.3 del Contrato de Concesión. Sin embargo, nada impide que las partes puedan llegar a un acuerdo, vía adenda al Contrato de Concesión, para implementar dicha propuesta en la medida que la misma resulte en terminaos económicos y financieros favorables para el Estado Peruano.

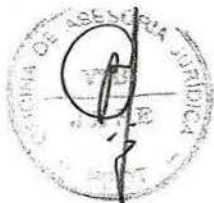
#### DEL ANÁLISIS JURÍDICO PRELIMINAR REALIZADO POR LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA

Ante la presentación del Informe Inicial del Estudio Rosselló, el Abogado Luis Ramón González Vélez, Jefe titular de la Oficina de Asesoría Jurídica del PEOT, emitió su respectivo análisis jurídico, siendo sus conclusiones las siguientes:

(...)

#### **VII. CONCLUSIONES**

1. Esta Asesoría Legal comparte la opinión vertida por el Estudio, el cual establece que en la medida que los eventos acontecidos escapan del control y voluntad de la empresa Concesionaria, no son imputables a ella los retrasos y perjuicios que dichos eventos han conllevado.
2. El concepto de perjuicio económico financiero debe entenderse como la necesidad de reconocer a la empresa Concesionaria una indemnización.
3. En la medida que de acuerdo a los argumentos del ESTUDIO, los eventos acontecidos se enmarcan dentro de las demoras no imputables al Concesionario, al amparo de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, el remedio que compensa el perjuicio sufrido por la empresa Concesionaria consiste en una compensación por la demora no imputable a la empresa concesionaria.





4. En ese sentido, esta indemnización no debe considerarse como un incremento del monto de inversión establecido en el Calendario de Inversión o como un incremento del monto del Cofinanciamiento.
5. La indemnización deberá ser establecida por la Gerencia de Desarrollo Olmos, quien deberá contar con la debida asesoría técnica, económica y financiera.

## V. ANÁLISIS JURÍDICO DE ESTA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA

- 5.1. El presente Informe Legal tiene por finalidad efectuar un análisis sistemático y funcional del Contrato de Concesión y su aplicabilidad en el marco de la solicitud de Perjuicio Económico – Financiero por los Retrasos en las Obras de Traspase del Proyecto Olmos”, presentado por la empresa Concesionaria Traspase Olmos S.A.; ello implica el análisis del concepto perjuicio económico- financiero descrito en la cláusula, así como la asunción de riesgos tanto del Concedente como del Concesionario ante hechos no imputables presentados en el periodo constructivo del Túnel Trasandino, consistentes en “estallidos de roca con mayor intensidad y frecuencia a los previstos” como los ha catalogado la Gerencia de Desarrollo Olmos; a partir de dicho análisis, corresponderá determinar si corresponde reconocer al Concesionario los perjuicios alegados y determinados por el Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.
- 5.2. La cláusula 3.3 del Contrato de Concesión ha establecido el supuesto que durante la ejecución de las obligaciones de parte de la Concesionaria, se puedan presentar hechos o circunstancias que pudieren tener como consecuencia la demora o un atraso en el cumplimiento de tales obligaciones. Estos hechos o circunstancias han sido tipificados de manera genérica como “causas no imputables”, que suponen la ausencia de responsabilidad del Concesionario por hechos que escapan a su control y diligencia; cuyo remedio contractual es (i) Solo extensión de plazo y (ii) Extensión del plazo y reconocimiento de perjuicios a través del cobro de la RUB.
- 5.3. Esta OAJ al emitir su pronunciamiento legan ante la solicitud de la Ampliación de Plazo del Periodo Inicial o de Construcción N° IV, solicitada por el Concesionario, efectuó un análisis de los requisitos comunes que deben reunir determinados hechos naturales para que configuren como “causas no imputables”, los cuales consisten en:

a) Extraordinariedad

*Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales. De ahí que la extraordinariedad implica considerar las circunstancias temporales y espaciales, siendo que determinados eventos que con anterioridad podían ser poco comunes, hoy no lo son.*

b) Imprevisibilidad

*Otro de los elementos necesarios para la configuración de la “causa no imputable” es el referido a la imprevisibilidad. La imprevisibilidad se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas. El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. La imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia y cuidado. Esto quiere*





decir que el evento no sólo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.

c) Irresistibilidad

La causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor no es obstáculo que no pueda ser evitado por ningún medio.

Según lo informado por la Gerencia de Desarrollo Olmos, en los informes que sustentan las ampliaciones de plazo del Periodo Inicial o de Construcción que sumados dan 17 meses otorgados formalmente al Concesionario, la causa que generó el atraso consistió en estallidos de roca en mayor intensidad y frecuencia a los previsible razonablemente, por lo que dichos eventos reúnen los requisitos descritos para que se configuren como causas no imputables al Concesionario; amén del hecho que también se ha reconocido técnica y legalmente que se ha actuado con la debida diligencia ordinaria para paliar o mitigar los citados eventos, lo cual no lleva a arribar a una primera conclusión: Los hechos sucedidos a partir del año 2009 escaparon al control y a la diligencia debida de la Concesionaria y, por lo tanto, no podría imputársele responsabilidad por ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 1314° del Código Civil peruano; sin perjuicio de lo señalado la Gerencia de Desarrollo Olmos del PEOT deberá ratificar de manera fehaciente y contundente el requisito de la diligencia ordinaria con que debió actuar el Concesionario ante la producción de los sucesos definidos como causas no imputables.

5.4. En lo referente al análisis sistemático de la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, debemos señalar que ésta contempla una asignación de riesgos entre las Partes, reconociendo de manera expresa los siguientes supuestos:

a) La posibilidad de que ocurran eventos que escapen al control del Concesionario que puedan ocasionar una demora o atraso en el cumplimiento de sus obligaciones.

b) La posibilidad de ampliar el plazo de la Concesión como forma de mitigar el riesgo y compensar los perjuicios económicos y financieros ocasionados.

5.5. Según la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, independientemente de que la demora ocasione o no un perjuicio económico – financiero al Concesionario, el mecanismo de mitigación siempre es el mismo, es decir el reconocimiento de un mayor plazo, pero cuando la demora sí genere un perjuicio económico – financiero, el propio contrato prevé su reconocimiento al Concesionario. Dicha premisa conlleva el análisis de jurídico de lo que significa la citada frase.

5.6. En efecto, el concepto perjuicio económico financiero, previsto en la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, ha sido analizado desde el punto de vista técnico por parte del titular de la Gerencia de Desarrollo Olmos, según se aprecia de sus respectivos informes; sin embargo dicho análisis





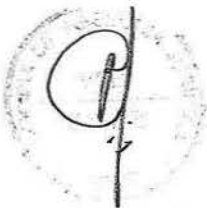
contractual debe ser complementado con el enfoque jurídico realizado por el Estudio Rosselló y esta OAJ; en ese sentido, compartimos la opinión del citado asesor legal externo en cuanto señala que la cita contractual de perjuicio económico – financiero es un supuesto de excepción que genera la obligación de compensar al Concesionario dos tipos de daños:

- Perjuicio económico.- pérdidas sufridas en el patrimonio de la Concesionaria ocasionadas por las causas no imputables, lo que conlleva a analizar los costos no calculados en situaciones normales.
- Perjuicio Financiero.- Mayores costos incurridos por la Concesionaria, debido al retraso en el inicio del Periodo de Operación previsto y por tanto en el cobro de la RUB.

5.7. En cuanto a la asunción de riesgos durante el Periodo de Construcción, previsto en la cláusula 21.1 del Contrato de Concesión, esta OAJ considera que dicha cláusula establece un distribución de riesgos tanto para el Concedente como para el Concesionario, ahora es preciso determinar con precisión si los riesgos asumidos por las Partes son ilimitados; al respecto, consideramos que a través del Contrato de Concesión se ha asignado el riesgo constructivo y operativo al Concesionario por los hechos bajo su control y responsabilidad y conforme lo ha señalado la Gerencia de Desarrollo Olmos, las causas no imputables consistentes en los estallidos de roca en mayor intensidad y frecuencia que los pronosticados en el Túnel Trasandino, escapan al control y previsión diligente de la Concesionaria, por tanto resulta insostenible desde el punto de vista jurídico contractual trasladar ese riesgo a la Concesionaria, máxime si los artículo 1314 y 1317° del Código Civil (Ley Aplicable), establecen una limitación a la responsabilidad por causas no imputables ante la inejecución de una obligación contractual.

5.8. En cuanto a la propuesta del CIUP, debemos señalar que esta OAJ únicamente ha contado con el Informe del 28.12.2010, pero se nos ha remitido la documentación sustentatoria pues obran en el despacho de la Gerencia de Desarrollo Olmos del PEOT, sin embargo ello no es óbice para pronunciarnos al respecto, en lo que se refiere a la alternativa de reconocer un pago en efectivo a favor de la Concesionaria, la misma que no tiene sustento en el Contrato de Concesión, pues previamente a ello deberá modificarse el Contrato de Concesión, lo mismo deberá suceder con la propuesta alternativa formulada por el Analista Económico – Financiero, contratado por el PEOT, Ing. Sergio Bravo Orellana.

5.9. Finalmente, debemos precisar que el PEOT está facultado para observar, cuestionar, ampliar, complementar y de ser el caso desestimar el Informe del CIUP, por cuya razón consideramos que la Gerencia de Desarrollo Olmos debe realizar un análisis minucioso y detallado de la información remitida y contenida en el citado informe, desechando los conceptos que no se encuentren previstos contractualmente o que pretendan una ventaja unilateral del Concesionario, por cuya razón no compartimos la recomendación de la GDO en lo que se refiere a solicitar que el Concedente solicite al Concesionario que el Informe del CIUP sea reformulado (Recomendación 5.04 – Oficio N° 143/2011-GR.LAMB/PEOT-GG-70).





#### IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

En mérito a lo señalado precedentemente, esta Oficina de Asesoría Jurídica concluye en lo siguiente:

- 1°.- Sin perjuicio del análisis efectuado en el ítem V del presente Informe Legal, este Despacho comparte el análisis estrictamente jurídico de Estudio Rosselló SRL, Asesor Legal Externo contratado por el PEOT para analizar única y exclusivamente el reclamo presentado por la Concesionaria Trasvase Olmos S.A. sobre el Perjuicio Económico – Financiero por Demoras No Imputables en la Ejecución de las Obras de Trasvase del Proyecto Olmos”.
- 2°.- Se recomienda solicitar que la Gerencia de Desarrollo Olmos del PEOT, cumpla determinar el quantum del perjuicio económico a ser reconocido por el Concedente al Concesionario, para cuyo efecto, deberá aplicar los criterios detallados en los numerales 4.4 y 4.5 del ítem 4. “Alcance de los Perjuicios Económicos a ser reconocidos a la Concesionaria” del Informe Final del Estudio Jurídico Rosselló EIRL. Sin perjuicio de lo esbozado en esta conclusión, la Gerencia de Desarrollo Olmos, deberá considerar como criterio adicional para la determinación del perjuicio económico, el requisito *sine quanon* previsto en la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión, esto es el referido a que el perjuicio económico – financiero se reconoce únicamente cuando ha atraso en el cumplimiento de las prestaciones a cargo del Concesionario.
- 3°.- Una vez acreditado y comprobado de manera fehaciente el monto del perjuicio económico, por parte de la Gerencia de Desarrollo Olmos a través de la información remitida por el CIUP, la Gerencia General deberá complementar y articular el monto del perjuicio económico (si es que lo hay), con el resultado del Informe del Analista Económico Financiero Ing. Sergio Bravo Orellana, a fin que el PEOT en calidad de Supervisor proponga al Gobierno Regional de Lambayeque en calidad de Concedente, el plazo y las condiciones de la prórroga necesaria del Plazo de la Concesión, en cumplimiento de la obligación asumida en la cláusula 3.3 del Contrato de Concesión.
- 4°.- Con la presentación de la opinión y recomendación del Supervisor, el Concedente y/o el PEOT, deberán solicitar a la Concesionaria la inmediata reanudación de las Obras de Trasvase del Proyecto Olmos y el levantamiento de la ilegal suspensión del Contrato de Concesión, sin que ello signifique reconocimiento alguno de la excepción de incumplimiento alegada por el Concesionario para paralizar las Obras de Trasvase del Proyecto Olmos, pues como hemos demostrado en nuestro análisis (ratificado por Rosselló), la citada paralización carece de sustento legal y contractual.

Es todo cuanto informo a Ud. Señor Gerente General, salvo mejor e ilustrado parecer.

  
PROYECTO ESPECIAL OLMOs TINAJONES  
Abog. Víctor Ricardo Quijano Chávez  
ABOGADO - CALL 2803  
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica