



# Torneo Nacional de Arbitraje 2020

## EL CASO

*CALOSAC vs. DRTC*



APTA PERÚ

RODRIGO,  
ELIAS  
& MEDRANO  
ABOGADOS

Sede San Marcos  
Ciudad universitaria, Lima.



## EL CASO

### A. ANTECEDENTES

1. Pese a la intensa campaña publicitaria, las diversas mesas de diálogo y los millonarios compromisos sociales asumidos por la empresa Canales de Loreto S.A.C. ("CALOSAC"), las organizaciones sociales loretananas no dieron marcha atrás y mantuvieron su lucha contra la construcción y operación del proyecto "Hidrovia Local río Itaya - río Amazonas". Una obra de mejoramiento del sistema de transporte fluvial de la región, otorgada en concesión por la Dirección Regional de Transporte y Comunicaciones del Gobierno Regional de Loreto ("DRTC"), a favor de CALOSAC, en abril de 2013.
2. En el marco de dicha concesión, CALOSAC debía ejecutar determinadas obras para garantizar la profundidad y ancho del corredor fluvial río Itaya - río Amazonas, así como construir muelles, amarraderos, faros fluviales y otras instalaciones, todas ellas detalladas en las bases y los expedientes técnicos de la licitación. Las obras debían ejecutarse en el plazo de tres años de firmado el contrato de concesión. Vencido ese término, la empresa debía encargarse del mantenimiento de la infraestructura preexistente y la construida, así como del corredor fluvial durante los 27 años siguientes. El plazo de la concesión era de 30 años.
3. Los opositores argumentaron que el proyecto carecía de estudios técnicos "independientes" y que su instrumento de gestión ambiental había sido aprobado festinando trámites, lo que daba cuenta de claros actos de corrupción. También denunciaron que el proyecto iba a afectar a las comunidades nativas asentadas en su área de influencia y siendo que no se había realizado el procedimiento de consulta previa, las obras no contaban con la respectiva "licencia social". Se sabía que, por las condiciones climáticas y geográficas del lugar, era posible hacer algunas modificaciones a las obras previstas en los expedientes y que, como consecuencia de ello, se podía terminar afectando a algunas comunidades nativas. Sin embargo, se confiaba en que ello no ocurriría, pues los informes técnicos preparados por los consultores de la DRTC señalaban que las probabilidades eran muy bajas. Siendo ello así, dicha circunstancia no impidió la concesión del proyecto ni la aprobación de su respectivo instrumento ambiental sin considerar a las comunidades.
4. Las organizaciones sociales, invocando una dudosa legitimidad para obrar, demandaron la nulidad de la resolución que aprobó el instrumento de gestión ambiental, así como la nulidad del contrato de concesión. Se trataron de dos demandas interpuestas ambas el 10 de junio de 2014. Después de cuatro años de batallar en el Poder Judicial, y soportando los efectos de una medida cautelar que había ordenado paralizar todos los trabajos, finalmente ambas demandas fueron declaradas improcedentes. Actualmente está pendiente que se resuelvan unos recursos de casación, pero todo parece indicar que se confirmará la improcedencia.



5. Teniendo en cuenta los referidos fallos judiciales, CALOSAC y la DRTC decidieron reactivar las obras, para lo cual suscribieron la adenda del 16 de junio de 2018. Las partes acordaron que CALOSAC debía ejecutar la hidrovía según lo previsto en las bases, así como una obra social en los terrenos de la Comunidad Nativa de Belén Alto, de contarse con la aceptación de dicha persona jurídica. Esta comunidad era la única que estaba asentada en la zona influencia del proyecto y se sabía que era la organización que podía oponerse exitosamente a la hidrovía, si es que sus dirigentes dejaban de lado sus diferencias religiosas. Se pactó que las obras de la concesión debían entregarse el 16 de junio de 2021 y la obra social, de corresponder, en la oportunidad que las partes acuerden.
6. Paralelamente, CALOSAC suscribió un "convenio de ayuda mutua" con la Municipalidad Distrital de Belén ("MDB"), buscando que dicha institución canalice los recursos que serían donados por la empresa a favor del distrito, los cuales debían ser destinados a la ejecución de proyectos de infraestructura social o comunal. El convenio se celebró también el 16 de junio de 2018.
7. El 25 de agosto de 2018, CALOSAC suscribió un contrato de usufructo con la Comunidad Nativa de Belén Alto, mediante el cual esta última cedía a favor de la primera un terreno de 2 Ha, para la construcción y operación de un "relleno temporal de materiales". El referido relleno estaría compuesto por ocho amarraderos, dos muelles y un gran almacén. Se buscaba que los materiales recolectados por los sistemas de limpieza de la hidrovía -troncos, maleza y otros residuos, sin incluir el material dragado- sean depósitos en dicho relleno. Durante la construcción, también se previó almacenar ahí la maquinaria y amarrar las dragadoras. En el contrato se pactó que, terminadas las obras, CALOSAC daría en arrendamiento el relleno temporal a la comunidad, para que esta última opere dicha infraestructura, prestando los servicios logísticos de almacenamiento a favor y en exclusividad de CALOSAC. El contrato de arrendamiento y el de servicios se celebrarían por el plazo de un año, renovables automáticamente a consideración de CALOSAC.

## **B. EL NUEVO DIRIGENTE**

8. CALOSAC ejecutó prioritariamente las obras pactadas en el contrato de usufructo, pues necesitaba con urgencia hacer uso del almacén y de los amarraderos del relleno temporal. La DRTC nunca observó la celebración del usufructo ni la realización de las obras. De hecho, según las declaraciones del antiguo Gobernador Regional, muchos creían que las obras se hacían en cumplimiento de la adenda al contrato de concesión suscrita durante su gestión. Una interpretación distinta tenía el actual alcalde de la MDB, quién venía anunciando que las obras se hacían en el marco del convenio de ayuda mutua que su gestión decidió mantener, pues las obras eran financiadas con recursos de la municipalidad, aunque claro provenientes de las donaciones de CALOSAC.
9. Independientemente del título, lo cierto es que las obras fueron ejecutadas y terminadas por CALOSAC el 25 de agosto de 2019 y, en ese mismo acto,



dadas en arrendamiento por un año a la Comunidad Nativa de Belén Alto. También se celebró el contrato de servicios logísticos por el mismo plazo.

10. CALOSAC fue la encargada de tramitar las autorizaciones que consideraba necesarias para la construcción y operación de la referida infraestructura, obteniéndolas de las entidades administrativas correspondientes (instrumento de gestión ambiental, derecho de uso de área acuática, licencia de habilitación urbana y de edificación, etc.).
11. Todo iba bien hasta el 30 de noviembre de 2019, fecha en la que se renovó la directiva de la comunidad y asumió la presidencia el dirigente Arbildo Martínez Sánchez, conocido internacionalmente por su lucha en defensa de la intangibilidad de los terrenos comunales y su visión cosmocentrista de la sociedad. Apenas en el poder, Martínez convocó a una asamblea general de emergencia para discutir la validez del contrato de usufructo y de los otros contratos celebrados con CALOSAC.
12. La asamblea concluyó que la construcción del referido relleno temporal requería de la consulta previa, lo que "injustamente" no se había hecho, por lo que las autorizaciones emitidas y los contratos celebrados eran actos nulos. Con esa consideración, correspondía que la comunidad retuviera la posesión del terreno dado en usufructo y que se niegue a prestar los servicios de almacenamiento para CALOSAC. Igualmente, se debían interponer las acciones judiciales para anular la inscripción registral de los contratos de usufructo y arrendamiento, así como para destruir las obras que perturbaban el entorno natural de la comunidad. La asamblea tomó esta decisión el 15 de diciembre de 2019 y la notificó a CALOSAC, con copia a la DRTC y a la MDB, el 16 de enero de 2020.
13. CALOSAC respondió la misiva indicando que la decisión de la comunidad era contraria a la buena fe y al ordenamiento jurídico vigente, por lo que acudiría a las instancias correspondientes para impugnarla. Igualmente señaló que la construcción y operación del referido relleno no requerían de la consulta previa, pues se trataban de instalaciones eminentemente comunales o, en todo caso, privadas. El almacén, los amarraderos y los muelles no formaban parte de los activos de la concesión. Al ser una obra privada y siendo que se tiene los contratos y los acuerdos de asamblea comunal, no correspondía realizar una consulta previa, que solo está pensada para obras en las que interviene el Estado investido de potestades públicas. ¡Qué mejor consulta que el celebrar un contrato! Cerró su respuesta indicando que la comunidad no había acreditado ser un pueblo originario.
14. Siendo que la habilitación de un nuevo relleno tomaría meses o años, considerando las condiciones geográficas del distrito, CALOSAC decidió suspender sus obligaciones previstas en el contrato de concesión y requerir el pago de gastos adicionales, invocando la ocurrencia de un evento de fuerza mayor. Igualmente solicitó que la DRTC entregue un terreno apto para el depósito de los materiales, al no estar este contemplado como una obra a cargo del concesionario. Para ese efecto, recomendó que la DRTC iniciara el procedimiento de expropiación para adquirir el relleno temporal



de la comunidad, considerando que la hidrovía había sido declarada como un proyecto de necesidad pública y de gran envergadura, mediante la Ley No. 40640, autorizándose en dicha norma la expropiación de los terrenos que resulten necesarios.

### C. EL CONTRATO DE CONCESIÓN

15. Según la cláusula décima quinta del contrato de concesión, las autorizaciones y cualquier otro título habilitante necesario y/o conveniente para ejecutar y operar el proyecto, son de cargo y riesgo de CALOSAC, quién debía tramitarlos oportunamente para ejecutar las obras dentro de los plazos previstos. Lo anterior no aplicaba para los actos administrativos obtenidos por la DRTC, al momento de la adjudicación. Estos últimos eran el instrumento de gestión ambiental del proyecto y los derechos de uso de área acuática para las obras previstas en los estudios definitivos de ingeniería. Es importante indicar que en los referidos estudios no se incluyó ningún relleno de materiales, lo que era un defecto técnico que conocía muy bien CALOSAC, lo que buscó suplir con el usufructo adquirido de la comunidad. Las partes era conscientes de que la empresa aceptaba sin objeción construir una obra social en los terrenos comunales para levantar ahí el relleno temporal que tanto necesitaba.
16. Con relación a la ocurrencia de eventos de fuerza mayor que pudieran impedir o dificultar la realización de las obras, se pactaron los siguientes numerales:

Cláusula vigésima. -

*"20.1. El CONCESIONARIO queda únicamente liberado de las responsabilidades imputables al incumplimiento de sus respectivas obligaciones, cuando tal incumplimiento se deba a motivo de Caso Fortuito o de Fuerza Mayor, siendo estos hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, que impiden la ejecución de sus respectivas obligaciones o determinen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (...)"*.

*"20.3. Producido el evento determinante de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito, quedarán suspendidas las obligaciones a cargo de la parte afectada solo por el tiempo que dure la incapacidad causada, debiéndose actuar diligentemente, de tal manera que la causa o los efectos sean solucionados con la mayor celeridad posible. El CONCESIONARIO deberá notificar dicha circunstancia al CONCEDENTE dentro del plazo de 5 días hábiles"*.

*"20.6. La disminución o el incremento de los costos y/o de los gastos adicionales que pudieran resultar de la suspensión del desarrollo de la obra, en razón de la Fuerza Mayor o del Caso Fortuito, serán determinados de común acuerdo entre las Partes contratantes. Los términos del posible acuerdo para el reconocimiento de los mayores o menores costos y/o gastos serán formalizados por escrito y tendrán la naturaleza de una transacción de extrajudicial"*.



17. Con relación al convenio arbitral, se pactó lo siguiente:

Cláusula trigésima quinta. -

*La validez, interpretación y cumplimiento de este contrato se regirá de conformidad con las leyes peruanas. Cualquier desacuerdo respecto a la validez, eficacia, oponibilidad e interpretación de este contrato se someterá a arbitraje de Derecho bajo las normas legales vigentes, cuyo laudo será definitivo e inapelable, de conformidad con el Reglamento del Centro de Arbitraje de Ingenieros de Maynas, debiendo toda objeción o excepción, así como la exclusión y extensión del convenio arbitral ser resuelta única y directamente por el Tribunal Arbitral, compuesto por tres miembros. El arbitraje será administrado por el Centro de Arbitraje de Ingenieros de Maynas.*

18. Por su lado, la adenda se limitó a establecer los nuevos plazos para ejecutar las obras, sin afectar las otras cláusulas del contrato de concesión. También se estipuló que CALOSAC debía ejecutar una obra a favor de la Comunidad Nativa de Belén Alto, dentro de su respectivo territorio comunal, pero sin que dicha obra sea retribuida por la DRTC, ya que esta se haría en el marco de la política de responsabilidad social de la empresa. También se estableció que todas las autorizaciones y demás actos administrativos que se requiriesen para la construcción de esta nueva obra, aunque no forme parte de los activos de la concesión, serían de cuenta y riesgo de CALOSAC o de la comunidad, dependiendo de cómo lo acuerden las partes.

#### **D. EL ARBITRAJE**

19. El 4 de febrero de 2020, CALOSAC solicitó a la DRTC determinar de mutuo acuerdo el pago de los gastos adicionales derivados de la suspensión de las obras, en aplicación del numeral 20.6 del contrato de concesión. Igualmente, requirió que la DRTC cumpliera con su obligación de entregar los terrenos necesarios para ejecutar las obras, lo que incluía un espacio apto para el depósito temporal de los materiales, así como los amarraderos. Estas instalaciones son fundamentales para iniciar la construcción y mantener la operación del proyecto.
20. El 20 de febrero de 2020, la DRTC contestó la solicitud señalando que esta era improcedente, pues fue presentada fuera de plazo y la decisión de la comunidad de cuestionar el contrato de usufructo constituye un riesgo que CALOSAC no puede trasladar al concedente. La empresa sabía que la consulta previa era un tema que no podía descuidar, considerando los procesos iniciados en el año 2014, que incluso lograron paralizar las obras en ese entonces por 4 años. Igualmente indicó que no formaba parte del contrato de concesión la construcción de un relleno o depósito temporal de materiales, por lo que la empresa debía contratar los servicios de los rellenos sanitarios existentes en el país o el Brasil, asumiendo los costos.
21. Ante la respuesta insatisfactoria de la DRTC, CALOSAC decidió presentar su solicitud arbitral ante el Centro de Arbitraje de Ingenieros de Maynas,



dándose con la sorpresa de que dicho establecimiento había cerrado sus oficinas en el año 2015. Teniendo en cuenta dicha circunstancia, decide que el arbitraje se lleve a cabo como uno *ad hoc*, en aplicación del artículo 7° del Decreto Legislativo No. 1071. En su solicitud arbitral del 6 de marzo de 2020, requiere el pago de setecientos mil dólares por concepto de costos y gastos adicionales por la paralización de las obras durante todo el 2020, así como la entrega de los terrenos necesarios para la construcción de las obras, incluyendo un área necesaria para el depósito temporal de los materiales que incluya los amarraderos.

22. El 13 de marzo de 2020, la DRTC responde que, como entidad pública, está impedida de participar en un arbitraje *ad hoc*, pues la suma reclamada en el petitorio supera las 10 UIT. Si bien nombra a su árbitro, lo hace sin consentir el arbitraje. Igualmente indica que ante la inexistencia de un convenio arbitral válido y ejecutable, corresponde remitir la controversia al fuero judicial. Con relación a las cuestiones de fondo, reitera lo señalado en su comunicación del 20 de febrero de 2020, con cargo a ampliar sus argumentos al recibir la demanda.
23. Por un descuido de la DRTC, la entidad acompañó en su contestación el informe legal del 15 de agosto de 2012, en el que se recoge la postura de los consultores de incluir en los estudios de ingeniería un depósito para los materiales extraídos durante la limpieza del corredor, pues no existían depósitos o rellenos en la región ni hay condiciones para construir uno por operadores privados en el mediano plazo. También aparece la respuesta de la entidad, dando su conformidad con dicha incorporación, pues ello había sido previsto para otros corredores fluviales. Igualmente, en ese informe se desarrollaba la postura de los consultores de realizar necesariamente la consulta previa y la respuesta informal de la entidad, en la que sostiene que "si bien corresponde llevar a cabo dicho procedimiento, esperamos que este recién se haga cuando las obras estén terminadas y así no haya oposición relevante. Buscaremos que el área legal esté de acuerdo".
24. Presentada y notificada la contestación a CALOSAC, al día siguiente la DRTC solicita que dicho informe no sea admitido, pues se trataba de información privilegiada y no hubo un acto postulatorio válido. CALOSAC pide que se admita bajo el principio de verdad material y otros argumentos que desarrollará en su respectiva demanda.

## E. NOTAS

25. Las partes del arbitraje son CALOSAC, en calidad de demandante, y la DRTC, en calidad de parte demandada. La demanda y la contestación se presentarán según el reglamento de la competencia. La suma solicitada por gastos o costos adicionales se encuentra debidamente sustentada.
26. Las pretensiones y objeciones podrán ser modificadas por los equipos siempre que se sustenten en los hechos planteados en el caso y sus aclaraciones. No se solicitarán medidas cautelares. La DRTC no reconviene en este proceso. No son controvertidas la competencia de la DRTC ni la representación de la comunidad para suscribir sus respectivos contratos.