

A-178-16 - WLV.

Lima, 19 de febrero de 2018

Señores

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jirón Zorritos N° 1203 (Mesa de Partes de la Procuraduría Pública)
Lima.-

Ref.: Caso Arbitral N° 0401-2016-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Richard Martin Tirado, Ramón Huapaya Tapia, y Rolando Eyzaguire Maccan; con fecha 19 de febrero de 2018.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


RICHARD MORENO RODRÍGUEZ
Secretario Arbitral



2018 FEB 19 AM 11 57

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: GyM Ferrovías S.A. (En adelante, el
CONCESIONARIO o la EMPRESA).

DEMANDADO: Ministerio de Transportes y Comunicaciones (En
adelante, el CONCEDENTE o el MINISTERIO)

TIPO DE ARBITRAJE: INSTITUCIONAL, NACIONAL Y DE DERECHO

 **TRIBUNAL ARBITRAL:** Dr. Richard James Martin Tirado (Presidente del
Tribunal Arbitral)

Dr. Ramón Huapaya Tapia (Árbitro de parte)

Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan (Árbitro de
parte)

SECRETARIA ARBITRAL: Richard Alberto Moreno Martínez

EXPEDIENTE: 0401-2016-CCL

SEDE ARBITRAL: Av. Giuseppe Garibaldi N° 396, Jesús María.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 - Jesús María
Lima



**CASO ARBITRAL SEGUIDO POR LA EMPRESA GYM FERROVIAS S.A. CONTRA
EL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 12

Lima, 19 de febrero de 2018

El Tribunal Arbitral, conformado por el Dr. Richard Martin Tirado, en su calidad de Presidente, el Dr. Ramón Huapaya Tapia y el Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan, en calidad de árbitros (en adelante, el Tribunal Arbitral), luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia sometida a su conocimiento.

DECLARACIÓN.-

- 
1. El Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.
 2. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente.

EL CONVENIO ARBITRAL.-

- 
3. El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Concesión "Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto Especial del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1,

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho” (en adelante, CONTRATO DE CONCESIÓN), que celebraron de una parte el CONCESIONARIO y, de la otra parte, el MINISTERIO, en la cual se señalaba lo siguiente:

“SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)

Ámbito de aplicación.-

16.2. *La presente sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante las Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión.*

(...)

Trato directo.-

16.12 *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, eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen aplicable las tarifas reguladas por Regulador cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este organismo en el ejercicio de sus funciones administrativas, serán resueltos por trato directo entre las Partes.*

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

(...)

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

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



contraparte. En esta explicarán las razones por las cuales consideran que la controversia es de carácter técnico o no técnico.

Los conflictos o incertidumbres técnicas (cada una, una "Controversia Técnica") serán resueltos conforme al procedimiento estipulado en el Literal a) de la Cláusula 16.13. Los conflictos o incertidumbres que no sean de carácter técnico (cada una, una "Controversia No-Técnica") serán resueltos conforme al procedimiento previsto en el Literal b) de la Cláusula 16.13. En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo respecto de si el conflicto o controversia suscitado es una Controversia Técnica o una Controversia No-Técnica, o en caso el conflicto tenga componentes de Controversia Técnica y de Controversia No-Técnica, entonces tal conflicto o incertidumbre deberá ser considerado como una Controversia No-Técnica y será resuelto conforme al procedimiento respectivo previsto en el Literal b) de la Cláusula 16.13.

Del arbitraje.-

16.13. Modalidades de procedimientos arbitrales:

(...)

b) Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con el Numeral 1 y 2 del Artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

(...)

(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Diez Millones 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, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 y modificatorias. Las partes podrán someter las controversias las reglas o procedimientos de otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima, para ello se requerirá acuerdo expreso que deberá constar por escrito.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo correspondiente de conformidad con lo establecido en el Reglamento Procesal de arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima."

4. En ese sentido, el presente arbitraje es de tipo Institucional, Nacional y de Derecho, bajo el cual las partes resolverán cualquier controversia derivada del CONTRATO DE CONCESIÓN antes citado.

NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL.-

5. Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, son de aplicación al presente proceso arbitral, las reglas procesales establecidas por las partes, y las demás normas que fueran competentes. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma al Arbitraje.
6. Asimismo, en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el Principio de Legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el proceso se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL.-

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

7. Mediante Escrito s/n de fecha de presentación 18 de octubre de 2016, la CONCESIONARIA solicita al Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Lima el inicio del presente proceso arbitral al amparo de la Cláusula 16.13 del CONTRATO DE CONCESIÓN. Asimismo, en dicho documento la CONCESIONARIA designa como árbitro de parte al Dr. Rolando Eyzaguirre Maccan.
8. Por su parte, y en respuesta al documento presentado por la CONCESIONARIA de fecha 18 de octubre de 2016, el MINISTERIO designó como árbitro al Dr. Ramón Huapaya Tapia.
9. Mediante Carta s/n de fecha 30 de diciembre de 2016, se designó como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Richard Martin Tirado. Asimismo, en cumplimiento del literal a) del numeral 2 del artículo 26° del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Dr. Martin remite la Carta s/n de fecha de enero de 2017, mediante la cual adjunta el formato de "Declaración de Imparcialidad e Independencia".
10. Con el objeto de dar celeridad al proceso, el Tribunal Arbitral emite la Resolución N° 01 de fecha 26 de enero de 2017 mediante la cual se establecieron las reglas aplicables al arbitraje.
11. Mediante la Resolución N° 2 de fecha 03 de febrero de 2017, el Tribunal Arbitral resuelve dejar sin efecto la Resolución N° 01 de fecha 26 de enero de 2017. Asimismo, se procedió a citar a las partes a la Audiencia de Instalación a llevarse a cabo el 08 de febrero de 2017 a horas 11:00 a.m. en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
12. Con fecha 08 de febrero de 2017, en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, los representantes legales de las partes y el Sr. Richard Moreno Rodríguez, en calidad de Secretario Arbitral, con el objeto de fijar las reglas iniciales del presente proceso arbitral.

En la referida Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral se estableció que la presentación del escrito de Demanda Arbitral, conjuntamente con las pruebas correspondientes, se presentaría en un plazo de veinte (20) días hábiles computados desde el día siguiente de la notificación del acta de instalación. Asimismo, se indicó que el mismo plazo rige para la contestación de la demanda

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

y, de ser el caso, para la reconvención, la contestación a la reconvención, presentación de excepciones y cuestiones probatorias.

13. Con fecha de recepción 08 de marzo de 2017, y dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación, la CONCESIONARIA presenta su escrito de Demanda Arbitral cuyas pretensiones fueron las siguientes:

"PRETENSIONES

1. *Como primera pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías la suma de S/. 7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles) incluido el IGV, como compensación por los kilómetros efectivamente recorridos por GyM Ferrovías durante enero del 2012 a julio del 2014.*
2. *Como segunda pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior.*
3. *Como tercera pretensión, solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago de los costos y costas del presente arbitraje."*

14. Mediante la Resolución N° 3 de fecha 15 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral resuelve tener por presentado el escrito de Demanda Arbitral de fecha 08 de marzo de 2017, lo cual incluye la documentación probatoria adjunta como anexos. Del mismo modo, se procedió a correr traslado del escrito de Demanda al MINISTERIO para que, dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación, cumpla con contestar la demanda.

15. Con fecha de recepción 17 de abril de 2017, el MINISTERIO cumple con lo dispuesta en la Resolución N° 3 y presenta su escrito de Contestación de Demanda solicitando al Tribunal Arbitral declare infundadas las pretensiones de la CONCESIONARIA.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 - Jesús María
Lima

16. Con fecha de recepción 19 de abril de 2017, el MINISTERIO presentó la documentación correspondiente a sus medios probatorios a fin de ser analizados por el Tribunal Arbitral
17. Mediante la Resolución N° 04 de fecha 18 de mayo de 2017, el Tribunal Arbitral admite a trámite la Contestación de la Demanda, y procede a fijar los puntos controvertidos del proceso arbitral, conforme se detalla a continuación:

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que se ordene al demandado pagar al demandante, la suma de S/.7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles) incluido el IGV, como compensación por los kilómetros efectivamente recorridos por el demandante durante enero del 2012 a julio del 2014.*

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no ordenar al demandado pagar al demandante, los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior.*

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no ordenar al demandado, asumir el pago de los costos y costas del presente arbitraje.”*



En la referida Resolución N° 4, el Tribunal Arbitral también procedió a citar a las partes a una Audiencia de Ilustración de Hechos inicialmente programada para el 30 de mayo de 2017 a horas 03:00 pm, en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. A pedido de las partes dicha Audiencia fue reprogramada para el 16 de junio de 2017.

18. Con fecha 16 de junio de 2017, en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, así como los representantes legales de las partes con el objeto de llevar a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos.



El Tribunal Arbitral estimó conveniente otorgar a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten cualquier documento adicional en relación a todos los temas y puntos mencionados en la referida audiencia.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



19. Con fecha de recepción 03 de julio de 2017, y con motivo del plazo de diez (10) días hábiles otorgados en la Audiencia de Ilustración de Hechos, el CONCESIONARIO presenta un escrito con precisiones y argumentos a fin que los mismos sean evaluados por el Tribunal Arbitral.
20. Con fecha de recepción 04 de julio de 2017, y con motivo del plazo de diez (10) días hábiles otorgados en la Audiencia de Ilustración de Hechos, el MINISTERIO presenta un escrito con precisiones y argumentos a fin que los mismos sean evaluados por el Tribunal Arbitral.
21. Con fecha de recepción 06 de julio de 2017, el CONCESIONARIO solicita al Tribunal Arbitral se sirva admitir como nuevo probatorio adicional la declaración testimonial del Sr. Carlos Mainieri, Gerente de Operaciones de la empresa concesionaria, a fin que pueda brindar su testimonio sobre los hechos discutidos en el presente arbitraje.
22. Mediante la Resolución N° 6 de 24 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral procedió a notificar a las partes las documentaciones de fecha 03 y 04 de julio, para que en un plazo de diez (10) hábiles procedan a manifestar lo conveniente a sus derechos. Asimismo, se tuvo como no presentado el escrito de fecha 06 de julio de 2017 a cargo del CONCESIONARIO.
23. Con fecha de recepción 08 de agosto de 2017, y con motivo de la Resolución N° 6 de fecha 24 de julio de 2017, el CONCESIONARIO presentó un escrito en el cual realiza las precisiones que consideró oportunas a fin que el Tribunal Arbitral analice el presente caso.
24. Con fecha de recepción 09 de agosto de 2017, y con motivo de la Resolución N° 6 de fecha 24 de julio de 2017, el MINISTERIO presentó un escrito en el cual realiza las precisiones que consideró oportunas a fin que el Tribunal Arbitral analice el presente caso.
25. Con fecha de recepción 14 de agosto de 2017, y con motivo de la Audiencia de Ilustración de Hechos, el MINISTERIO presenta un escrito a fin de ser evaluado por el Tribunal Arbitral.
26. Mediante la Resolución N° 7 de fecha 16 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral resuelve tener por absuelto por las partes lo dispuesto en el primer extremo resolutivo de la Resolución N° 6. Asimismo, se otorgó un plazo de diez (10) días

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

hábiles para que las partes presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales, y de estimarlo conveniente, soliciten el uso de la palabra.

27. Con fecha de recepción 21 de agosto de 2017, el CONCESIONARIO presenta un Informe Legal elaborado por el Estudio Zusman en el cual emite opinión respecto al caso materia de análisis.
28. Con fecha de recepción 22 de agosto de 2017, y en virtud de la Resolución N° 7 de fecha 16 de agosto de 2016, el MINISTERIO presenta su escrito de alegatos con el objeto de que los mismos sean evaluados por el Tribunal Arbitral.
29. Con fecha de recepción 01 de setiembre de 2017, el CONCESIONARIO presentó un escrito con el objeto de modificar sus pretensiones formuladas en su Demanda Arbitral.
30. Con fecha de recepción 01 de setiembre de 2017, y en virtud de la Resolución N° 7 de fecha 16 de agosto de 2016, el CONCESIONARIO presenta su escrito de alegatos con el objeto de que los mismos sean evaluados por el Tribunal Arbitral.
31. Con fecha de recepción 27 de octubre de 2017, el CONCESIONARIO presentó un escrito que precisaba los argumentos desarrollados en su escrito de fecha 01 de setiembre de 2017.
32. Con fecha de recepción 28 de noviembre de 2017, el MINISTERIO presentó un escrito con el objeto que el Tribunal Arbitral proceda a su evaluación, en el mismo se adjuntó diversos medios de prueba.
33. Con fecha de recepción 18 de diciembre de 2017, el MINISTERIO presentó un escrito de conclusiones finales en el que desarrollaba sus argumentos de cierre en el presente caso.
34. Con fecha de recepción 19 de diciembre de 2017, el CONCESIONARIO presentó su escrito de conclusiones finales en los que se adjuntó diversos medios de prueba.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



MONTOS Y FORMA DE PAGO DE LOS HONORARIOS ARBITRALES Y SECRETARIALES A CARGO DE LAS PARTES.-

35. De conformidad con el Título II del Reglamento de Aranceles y Pagos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y tomando en cuenta la cuantía establecida por las partes en el numeral 28), 29) y 30) del Acta de Instalación, se fijó como honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/. 113,405.29 (Ciento Trece Mil Cuatrocientos Cinco con 29/100 Soles) más IGV y, como gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la suma de S/. 41,014.43 (Cuarentaiún Mil Catorce con 42/100 Soles) más IGV.

| Concepto | Monto |
|-----------------------------------|------------------------|
| Honorarios del Tribunal Arbitral | S/. 113,405.29 más IGV |
| Gastos Administrativos del Centro | S/. 41,014.43 más IGV |

36. Asimismo, se precisó que cada parte debía pagar en proporciones iguales estos gastos arbitrales dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de notificado el Acta de Instalación. Finalmente, se indicó que cualquier asunto vinculado con la liquidación y el pago a ser efectuados debían realizarse directamente a la Secretaría en la Sede General, los mismos que serían resueltos por el Centro de Arbitraje.

CONSIDERANDO:

HECHOS RELEVANTES DEL CASO.-

37. Con fecha 02 de setiembre de 2009, PROINVERSIÓN llegó a publicar las Bases para la Segunda Convocatoria del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Tramo Villa El Salvador – Av. Grau.¹
38. Con fecha 22 de febrero de 2011, el Comité de PROINVERSIÓN en Proyectos de Infraestructura Vial, infraestructura Ferroviaria e Infraestructura Aeroportuaria - PRO INTEGRACIÓN adjudicó la Buena Pro del Concurso de Proyectos

¹ Es importante mencionar que con fecha 16 de abril de 2010, el Comité de Proinversión comunicó que las Bases fueron modificadas debido a la inclusión del Tramo 2 que comprende la Av. Grau – San Juan de Lurigancho.

Integrales para la Concesión del Proyecto, al Consorcio Tren Eléctrico Lima Línea 1, cuyos integrantes han constituido al CONCESIONARIO, quien llegó a acreditar el cumplimiento de las condiciones previstas en las Bases para proceder a la suscripción del presente Contrato.

39. Con fecha 11 de abril de 2011, el CONCESIONARIO y el MINISTERIO suscribieron el CONTRATO DE CONCESIÓN, cuyo objeto se reguló en la Sección II numerales 2.3 hasta 2.7 del referido contrato, el que procedemos a citar:

"OBJETO

2.3. *Conforme a la definición contenida en el Artículo 3 del Reglamento del TUO y lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012, por el presente Contrato el CONCEDENTE otorga en Concesión al CONCESIONARIO el derecho al aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. El CONCESIONARIO se hace responsable por el diseño, construcción de las Obras, provisión de las Inversiones Obligatorias y Explotación del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (Tramo 1 y Tramo 2), de conformidad con las estipulaciones contenidas en este Contrato."*

40. Acorde a la Sección IV del CONTRATO DE CONCESIÓN, el plazo establecido de la Concesión se inició en la fecha de suscripción, es decir el 11 de abril de 2011, y culminará a los treinta (30) años contados desde la fecha del inicio de la explotación de la concesión, es decir desde la puesta en operación comercial del Material Rodante². Dicho plazo podrá ser ampliado por un periodo de cinco (05) años adicionales, hasta un plazo total máximo de sesenta (60) años siempre que el CONCESIONARIO no haya incurrido en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales.
41. A través del CONTRATO DE CONCESIÓN se transfirió al CONCESIONARIO la Concesión para el diseño, financiamiento y construcción del Taller de Mantenimiento Mayor para los trenes nuevos y existentes, ubicado en el segundo nivel del Patio Taller en Villa El Salvador, así como la provisión del

² En el CONTRATO DE CONCESIÓN se define Material Rodante como aquellos coches que conforman las unidades de trenes y que son empleados para transportar a los pasajeros (tanto el material rodante existente como el adquirido por el CONCESIONARIO).

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

Material Rodante Adquirido y la Explotación del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1.

42. La modalidad de la Concesión es cofinanciada, siendo así que el MINISTERIO garantiza al CONCESIONARIO un número determinado de kilómetros anuales recorridos durante la explotación de la Concesión, para lo cual el MINISTERIO procederá a pagar al CONCESIONARIO un monto por Kilómetro Tren Recorrido, el mismo que incluye los pagos por Kilómetros Garantizados y los pagos por Kilómetros Adicionales.
43. El CONTRATO DE CONCESIÓN establece un Precio por Kilómetro Tren (PKT) y un Precio por Kilómetro Tren Adicional (PKTA), los mismos que fueron ofertados por el CONCESIONARIO en la etapa del concurso del proyecto. Tanto el PKT y el PKTA deberán ser ajustados anualmente por la inflación medida por el Índice de Precios al por Mayor (IPM), conforme a lo establecido en el Apéndice 1 del Anexo 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
44. Con la finalidad de facilitar y garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones establecidas por las partes, el CONCESIONARIO se encuentra obligado a constituir y mantener un fideicomiso irrevocable de administración, el mismo que estará conformado principalmente por los recursos provenientes de la prestación del servicio de transporte de pasajeros. En caso que los recursos existentes en la cuenta de recaudación del fideicomiso no sean suficientes para completar el pago por los Kilómetros Garantizados y el pago por los Kilómetros Adicionales, el Concedente realizará los aportes necesarios, cuando corresponda, a fin de cumplir con dichos pagos.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES.

45. El CONCESIONARIO presentó, con fecha de recepción 01 de setiembre de 2017, un escrito con la finalidad de "precisar" sus pretensiones formuladas en su Demanda Arbitral:

"Primera Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago ascendente a S/. 3'401,482.02 (Tres Millones Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Ochenta y Dos 02/100 Soles), incluido IGV, por los kilómetros

**SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima**

efectivamente recorridos por el periodo del 09 de enero del 2012 al 24 de julio del 2013, por concepto de enriquecimiento sin causa.

Segundo Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago ascendente a S/. 4'117,199.07 (Cuatro Millones Ciento Diecisiete Mil Ciento Noventa y Nueve con 07/100 Soles), incluido IGV, por los kilómetros efectivamente recorridos por el periodo del 25 de julio del 2013 al 24 de julio del 2014, de acuerdo a lo pactado en el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas, suscritas entre GyM Ferrovías y el MTC.

Primera Pretensión Subordinada a la Segundo Pretensión Principal

Si se declarase que el Acta de Acuerdo Temporal no resulta aplicable, GyM Ferrovías solicita, entonces, que se declare que el MTC ha incurrido en un supuesto de enriquecimiento sin causa y que, por lo tanto, corresponde que el MTC restituya a GyM Ferrovías lo que esta última no percibió por los kilómetros efectivamente recorridos y no remunerados.

Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal y Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar los intereses devengados correspondientes a la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal y Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.

Tercera Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago de los costos y costas del presente arbitraje."

46. A través del referido escrito, el CONCESIONARIO solicitó que el Tribunal Arbitral tenga a bien analizar las pretensiones descritas en el numeral anterior, lo cual, a su criterio, resultaban siendo unas "precisiones" a las pretensiones planteadas inicialmente en su escrito de Demanda Arbitral de fecha 08 de marzo de 2017, ello en tanto seguían formando parte de una sola pretensión económica ascendente a S/. 7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles).

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

47. Si bien es cierto el CONCESIONARIO fundamenta su solicitud de modificación de sus pretensiones en base al artículo 38.5 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cabe precisar que dicho artículo establece que el Tribunal Arbitral se encuentra en la atribución de denegar la solicitud *"en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualquier otra circunstancia."*
48. El Tribunal Arbitral considera que la solicitud presentada por el CONCESIONARIO a título de "precisiones" tiene por objeto modificar las pretensiones planteadas en su escrito de Demanda Arbitral, toda vez que se modifican las tres pretensiones iniciales; en este sentido, y acorde al artículo 38.5 del Reglamento, cabe analizar si la misma resulta prudente para ser admitida.
49. Al momento que se presentó el escrito de fecha 01 de setiembre de 2017, el proceso se encontraba en una etapa avanzada con lo cual este colegiado considera que su admisión dificultaría su adecuado análisis, toda vez que las modificaciones de las pretensiones (dos de ellas con pretensiones económicas particulares) representaría un grave perjuicio tanto al derecho de defensa del MINISTERIO como a la naturaleza del proceso arbitral (celeridad).
50. En ese sentido, y al amparo de las atribuciones otorgadas por el artículo 38.5 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Tribunal Arbitral considera que la solicitud presentada por el CONCESIONARIO de fecha 01 de setiembre de 2017 no sea amparada con lo cual se mantienen las tres (03) pretensiones iniciales. Sin embargo, este colegiado tomará en cuenta los argumentos y medios probatorios que fueron presentados por el CONCESIONARIO a fin de ser analizados en el presente caso.

LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

51. Como consecuencia de lo señalado en los acápites anteriores, este Tribunal Arbitral tomará en cuenta el numeral 17 del presente Laudo Arbitral con ocasión de la emisión de la Resolución N° 04 de fecha 18 de mayo de 2017, a fin de establecer los puntos controvertidos que serán analizados en el presente proceso arbitral:

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

| | |
|---|--|
| <p>Primer Punto Controvertido (De la demanda)</p> | <p>Determinar si corresponde o no que se ordene al MINISTERIO pagar al CONCESIONARIO, la suma de S/.7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles) incluido el IGV, como compensación por los kilómetros efectivamente recorridos por el demandante durante enero del 2012 a julio del 2014.</p> |
| <p>Segundo Punto Controvertido (De la demanda)</p> | <p>Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO pagar al CONCESIONARIO, los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior.</p> |
| <p>Tercer Punto Controvertido (De la demanda)</p> | <p>Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO, asumir el pago de los costos y costas del presente arbitraje.</p> |

52. En concordancia con lo señalado en la Resolución N° 04 de fecha 18 de mayo de 2017, el Tribunal Arbitral podrá resolver los puntos controvertidos modificando el orden de los mismos, uniéndolos o tratándolos por separado, de acuerdo a la finalidad del proceso, con la finalidad de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos.

Del Primer Punto Controvertido.-

Introducción.-

53. El primer punto controvertido consiste en:

“Determinar si corresponde o no que se ordene al MINISTERIO pagar al CONCESIONARIO, la suma de S/.7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles) incluido el IGV,

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



como compensación por los kilómetros efectivamente recorridos por el demandante durante enero del 2012 a julio del 2014".

Posición de las partes.-

54. En relación a este punto controvertido, a lo largo del presente proceso arbitral, el CONCESIONARIO ha manifestado lo siguiente:

54.1. El CONCESIONARIO indica que ellos no estuvieron a cargo ni del diseño ni de la construcción del Tramo 1: Villa El Salvador y Av. Grau, sino que las mismas se encontraban a cargo del Consorcio CTCL como consecuencia de la Licitación Pública N° 0003-2009-MTC/20 denominada "Elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de las Obras Civiles y Electromecánicas del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea1: Tramo Villa El Salvador – Av. Grau."

54.2. El CONCESIONARIO menciona que una vez suscrito el CONTRATO DE CONCESIÓN, el MINISTERIO comenzó a incumplir con sus obligaciones contractuales establecidas para el primer año de la concesión. Según señala la empresa concesionaria, el MINISTERIO incumplió lo establecido en la Cláusula 5.17.1 del CONTRATO DE CONCESIÓN que mencionaba que el CONCEDENTE debía entregar el Área de Concesión a más tardar a los treinta (30) días calendario contados desde la fecha de suscripción contractual (es decir, el 11 de mayo de 2011); sin embargo, ello no se suscitó. Ello ocasionó un retraso en el inicio de la Explotación de la Concesión, ocasionando perjuicios económicos a la empresa.

54.3. Del mismo modo, el CONCESIONARIO indica que debido a que el MINISTERIO incumpliría la Cláusula 5.17.2 del CONTRATO DE CONCESIÓN de entregar la totalidad de los Bienes del Concedente necesarios para dar inicio a la Explotación del Sservicio, se llegó a suscribir un "Acta de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales del Contrato de Concesión". Ello se produjo a tan solo una semana de haberse suscrito el CONTRATO DE CONCESIÓN.

54.4. A pesar de haberse suscrito el "Acta de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales del Contrato de Concesión", nuevamente el MINISTERIO incumplió con entregar los Bienes del Concedente en las fechas que se pactaron, siendo necesaria una Adenda al Acta de

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



Suspensión. Según el CONCESIONARIO, esta situación generó que se deba postergar nuevamente el Inicio de la Explotación de la Concesión.

- 54.5. El CONCESIONARIO indica que los Bienes del Concedente recién fueron entregados por el MINISTERIO el 10 de octubre de 2011 con la suscripción del "Acta de Entrega Final de los Bienes del Concedente"; sin embargo, la entrega no se realizó acorde a lo pactado razón por la cual se remitió una carta en la que se comunicaban observaciones de las deficiencias.
- 54.6. El CONCESIONARIO manifiesta que si bien el MINISTERIO entregó el Tramo 1, el mismo aún se encontraba en proceso de construcción incluso después de la fecha de suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN, con lo cual el CONCESIONARIO no podía saber con total exactitud la longitud del Tramo 1. En la misma línea argumentativa, la empresa indica que al momento de publicarse la Segunda Convocatoria del Tramo 1, se pudo apreciar que las estaciones Atocongo – Av. Grau aún se encontraban en construcción.
- 54.7. Asimismo, el CONCESIONARIO indica que luego de prácticamente siete (07) meses de la fecha prevista para la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1, recién el 09 de enero de 2012 se realiza la misma. Posteriormente, con fecha 04 de abril de 2012, se suscribe el Acta de Conformidad de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1, otorgando al CONCESIONARIO la posibilidad del cobro de la tarifa a los pasajeros.
- 54.8. Es en esta etapa en la que, según el CONCESIONARIO, se percata de una diferencia entre la distancia real del Tramo 1 y de la distancia prevista inicialmente, razón por la cual comunica esta diferencia al OSITRAN con motivo de la primera liquidación trimestral del Pago de los Kilómetros Tren Recorridos. Sin embargo, el organismo regulador responde las observaciones reiterando que el cálculo para el Pago de los Kilómetros Recorridos se efectuó de manera válida.
- 54.9. El CONCESIONARIO indica que al momento de modificar los kilómetros recorridos a fin de procederse a su pago, se reservó el derecho de reclamar con posterioridad el desembolso de los kilómetros que

efectivamente llegó a recorrer. Sin embargo, el OSITRAN menciona que la longitud utilizada por el CONCESIONARIO para calcular los kilómetros efectivamente recorridos en el año 2012 no figura en el CONTRATO DE CONCESIÓN.

- 54.10. El CONCESIONARIO indica que un hecho importante que debe ser tomado en cuenta en el presente caso, viene a ser la firma del Acta de Acuerdo Temporal, suscrita por las partes en julio de 2013 mediante la cual, el CONCESIONARIO contaba con un reconocimiento expreso del MINISTERIO sobre cómo se remunerarían los kilómetros efectivamente recorridos y también los kilómetros recorridos por la mayor longitud del Tramo 1; posteriormente se llegaron a suscribir dos adendas al Acta en la cual las partes reiteraron los nuevos recorridos con doce (12) trenes y la forma de remuneración mediante PKT1.
- 54.11. Según el Acta de Acuerdo Temporal, el CONCESIONARIO cuenta con el derecho a ser compensado por todas las carreras efectivamente recorridas a valor PKT por lo que si el CONCESIONARIO recorrió mayores carreras como consecuencia de una mayor longitud del Tramo 1, la lógica y la razonabilidad indican que le corresponde una compensación por los kilómetros efectivamente recorridos y a valor PKT.
- 54.12. El CONCESIONARIO reitera al OSITRAN que la longitud real del Tramo 1 es de 20.888 kilómetros, ello al amparo del Informe N° 081-2013-MTC/25 y el Memorándum N° 010-2013-MTC/33.3. Asimismo, la empresa indica que la distancia del Tramo 1 no estaba especificada en el CONTRATO DE CONCESIÓN.
- 54.13. Con motivo de la Segunda Adenda del CONTRATO DE CONCESIÓN, se llegó a precisar que la longitud del Tramo1 era de 20.888 km con lo que, a criterio del CONCESIONARIO, quedaría claro que el Tramo 1 fue terminado de construirse luego de la suscripción de CONTRATO DE CONCESIÓN siendo su longitud la de 20.888 km.
- 54.14. Acorde al Informe N° 563-2014-MTC/25 y el Informe N° 035-2014-MTC/33.3-LQM, se evidenciarían kilómetros en exceso que habría recorrido el CONCESIONARIO. En ese sentido, y al amparo de diversas comunicaciones, las partes llegan a suscribir la Segunda Adenda del

CONTRATO DE CONCESIÓN de fecha 23 de julio de 2014, que introduce el numeral 1.2.59 del Anexo 7 en la cual se reconoce la distancia de 20,888 kilómetros para el Tramo 1, prácticamente luego de veintiséis (26) meses contados desde que el CONCESIONARIO informó sobre dicha longitud al OSITRAN.

54.15. El CONCESIONARIO indica que durante los tres primeros años de la Concesión se presentó las liquidaciones trimestrales del PKT correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014, solicitándose el reconocimiento y pago de los mayores kilómetros recorridos a través de diversas cartas. Luego de la suscripción de la Segunda Adenda del CONTRATO DE CONCESIÓN, la concesionaria presenta una actualización de las liquidaciones de valorizaciones de PKT trimestrales entregadas durante los años 2012, 2013 y 2014.

54.16. A pesar que el CONCESIONARIO remitió la CARTA/METRO/MTC/0584/2014 de fecha 29 de agosto de 2014 con la actualización de las valorizaciones de los años 2012, 2013 y 2014, el MINISTERIO no llegó a contestar el requerimiento que realizara la empresa.

54.17. El CONCESIONARIO menciona que ante la negativa del MINISTERIO de reconocer los kilómetros efectivamente recorridos, se procedió a solicitar el inicio del Trato Directo al amparo del artículo 16.12 del CONTRATO DE CONCESIÓN. No obstante, el Trato Directo fue infructuoso con lo que se procede a suscribir el "Acta de Acuerdo y Fin de Trato Directo" definiéndose la controversia como una No Técnica.

54.18. El CONCESIONARIO considera que se ha llegado a configurar los cinco (05) elementos necesarios para el "enriquecimiento sin causa" en su vertiente negativa, los mismos que se proceden a citar:

- a. **Enriquecimiento del demandado.-** En el presente caso se ha llegado a configurar un enriquecimiento sin causa negativo debido a que el MINISTERIO no procedió a desembolsar la contraprestación que correspondía al CONCESIONARIO, siendo así que la entidad administrativa se ha ahorrado, a favor de sí mismo, dicho desembolso.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 - Jesús María
Lima

- b. **Empobrecimiento del demandante.**- Como consecuencia que el MINISTERIO no ha procedido con la contraprestación por los kilómetros efectivamente recorridos, el CONCESIONARIO se ha visto perjudicado; en ese sentido, el empobrecimiento del demandante también incluye las ganancias que dejó de percibir por la ejecución de las prestaciones convenidas.
- c. **Correlación entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante.**- En el presente caso existe un nexo causal entre el enriquecimiento del MINISTERIO y el empobrecimiento del CONCESIONARIO, debido a los recorridos en exceso que éste último efectuó y que la entidad administrativa se ha negado a reconocer. El MINISTERIO ha reconocido que la distancia entre los ejes del Tramo 1 es de 20.888 km, y no sólo el MINISTERIO ha reconocido esta longitud real, sino también el OSITRAN y el AATE, distancia que llegó a concretizarse en la Segunda Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN en el que se establece que, efectivamente, el Tramo 1 tiene una distancia de 20.888 km.

En la misma línea argumentativa, el OSITRAN ha reconocido en sus Informes de Desempeño de Concesión que se recorrió kilómetros en exceso por encima de los Kilómetros Garantizados, siendo así que para el informe emitido en el año 2013 y 2014 se evidencia que el CONCESIONARIO ha recorrido mayores kilómetros. Asimismo, a través de los Planes de Prestación de Servicios elaborados por el CONCESIONARIO en los años 2012, 2013 y 2014, se venía informando al MINISTERIO y al OSITRAN que con la programación de carreras ofrecidas se iban a superar los Kilómetros Garantizados establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN.

El CONCESIONARIO indica que quien asumía el riesgo de demanda es el MINISTERIO, lo que implica que los números de salidas (carreras) son determinadas en función a la demanda de pasajeros. Asimismo, el servicio de transporte ferroviario a ser efectuado por el CONCESIONARIO debe brindarse bajo estándares de calidad, establecidos en el Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN. En vista de ello, el CONCESIONARIO se encuentra en la obligación de cumplir con

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

los parámetros mínimos de calidad a efectos de cumplir con la prestación del servicio, siendo que la misma debe ser de manera ininterrumpida, y en caso de incumplimiento, se vería sujeta a sanción y hasta la culminación del vínculo contractual.

En cumplimiento de los Niveles de Servicio establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN es que el CONCESIONARIO se vio obligado a recorrer más kilómetros de los inicialmente garantizados debido a que resultaba materialmente imposible el cumplimiento con los parámetros mínimos establecidos contractualmente. En ese sentido, se recorrió en los años 2012, 2013 y 2014 mayores kilómetros, tal y como ha sido aceptado por el MINISTERIO, el OSITRAN y la AATE.

Con el objetivo de cumplir con los Niveles de Servicio, el CONCESIONARIO recorrió kilómetros en exceso a los inicialmente garantizados, caso contrario se hubiera suscitado un incumplimiento contractual y además la interrupción del servicio en perjuicio de los usuarios. Así pues, los kilómetros recorridos por el CONCESIONARIO no fueron efectuados como un mero capricho o viveza, sino que era la obligación cumplir con el CONTRATO DE CONCESIÓN. En dicho contexto, resultaría absurdo que el Estado pretenda sancionar negándose a pagar el PKT correspondiente por cumplir con su obligación contractual de prestar el servicio de conformidad con los estándares de eficiencia y calidad.

Acorde con el Informe N° 035-2014 es el MINISTERIO a quien le corresponde tomar las acciones necesarias a fin de corregir la discrepancia entre los kilómetros efectivamente recorridos y los Kilómetros Garantizados; sin embargo, desde el inicio de la Explotación de la Concesión (2012) hasta la suscripción de la Segunda Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN (julio 2014), el MINISTERIO no tomó las acciones necesarias para corregir dicha situación.

El CONCESIONARIO desde el 2012 ha venido prestando sin interrupción alguna un servicio público (esto es, el recorrido de un mayor número de Kilómetros Garantizados) sin que esté contractualmente obligado; a pesar de ello, el MINISTERIO no ha cancelado los montos viéndose indubitablemente enriquecida por

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



el ahorro y empobrecido el CONCESIONARIO con la imposibilidad de ver satisfecho su derecho de crédito.

El CONCESIONARIO formula la siguiente pregunta: ¿Cuál hubiera sido la solución a ejecutarse para evitar un mayor recorrido de los kilómetros?, ¿suspender la prestación del servicio o dejar de realizar las carreras programadas una vez que haya alcanzado recorrer la totalidad de los Kilómetros Garantizados?

- d. **Ausencia de causa justificante del enriquecimiento.-** Dicho requisito se refiere a la inexistencia de causa o título que habilite al demandado enriquecerse a costa del demandante. Asimismo, el CONSORCIO argumenta que la doctrina de los "actos propios" requiere de la configuración de sus elementos.

El primer requisito para la configuración de los actos propios corresponde a la "conducta vinculante" entendida como la realización de alguna conducta que genere en el otro sujeto una expectativa razonable de que el primero actuará de determinada forma. El segundo requisito viene a ser la "pretensión contradictoria", y se suscita cuando el sujeto posteriormente incurre en una conducta opuesta o contradictoria a la primera conducta vinculante. El tercero y último requisito viene a ser la "identidad de sujetos" consistente en que la conducta inicial vinculante y la conducta posterior contraria hayan sido realizadas por un mismo sujeto, de forma que dicho sujeto haya incurrido en una contradicción y haya ido en contra de sus propios actos.

En el presente caso, el MINISTERIO ha actuado de manera contradictoria con sus propios actos debido a que, en un primer momento llegó a reconocer la retribución a favor del CONCESIONARIO por los kilómetros efectivamente recorridos para luego negarse a ella. En efecto, y acorde al Acta de Acuerdo Temporal de fecha 25 de julio de 2013, se establecieron ciertos acuerdos sobre recorridos de trenes y el PKT a ser pagado, con lo que dicho acuerdo fue celebrado de forma válida y vinculante.

Como consecuencia del requerimiento efectuado por el propio MINISTERIO es que las partes deciden celebrar el Acta de Acuerdo Temporal a fin de modificar los intervalos de paso y horarios de operación, decidiéndose poner en circulación cinco

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

(05) trenes del Material Rodante Adquirido de manera inmediata a fin de atender la demanda real de pasajeros. Asimismo, en el Acta de Acuerdo Temporal se acordó expresamente que todas las carreras efectuadas por el CONCESIONARIO producto de la operación de los cinco (05) trenes se pagarían a valor PKT.

Transcurrido dos meses de la suscripción del Acta de Acuerdo Temporal, las partes celebraron una primera adenda mediante la cual se decide la incorporación de dos (02) trenes adicionales como consecuencia de la saturación de trenes en hora punta; en ese sentido, el CONCESIONARIO operaba doce (12) trenes en total los mismos que serían cancelados a valor de PKT1. Finalmente, las partes suscriben una segunda adenda mediante la cual pactan una prórroga del plazo de la primera adenda hasta la fecha en que se suscriba la Segunda Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN.

En la segunda adenda al Acta de Acuerdo Temporal, las partes establecieron expresa constancia de la forma de pago a favor del CONCESIONARIO, con lo cual no quedaba duda respecto a la intención del MINISTERIO de remunerar al CONCESIONARIO por los kilómetros efectivamente recorridos desde la fecha de firma del Acta de Acuerdo Temporal hasta la suscripción de la Segunda Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN.

En ese sentido, el OSITRAN no puede interpretar el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas de manera contraria a lo pactado expresamente entre el CONCESIONARIO y el MINISTERIO. Muy por el contrario, de una interpretación literal de la Cláusula 2.6 del Acta de Acuerdo Temporal, 2.2 de la Primera Adenda al Acta de Acuerdo Temporal y el 2.3 de la Segunda Adenda al Acta de Acuerdo Temporal, se puede colegir que la común intención de las partes era establecer que todas las carreras efectivamente recorridas serían pagadas como Kilómetros Garantizados a precio PKT1.

Como se puede entender, las partes establecieron que durante la vigencia del Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas, el número de Kilómetros Garantizados regulados en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN no era aplicable para la liquidación

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



del valor del PKT sino que se tomaría en cuenta los kilómetros efectivamente recorridos y éstos serían cancelados a valor PKT.

Tomando en consideración que el MINISTERIO negoció, autorizó y suscribió el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas, no puede desconocer los acuerdos contenidos en ellas. Su desconocimiento atentaría contra el Principio de Buena Fe regulado en el artículo 1362° del Código Civil.

Asimismo, en el Acta de Acuerdo Temporal se reguló que, en caso alguna entidad no reconociera los acuerdos recogidos, el MINISTERIO debía de indemnizar al CONCESIONARIO por cualquier afectación que podría sufrir. Así pues, el compromiso regulado en el numeral 2.10. del Acta incluye inequívocamente y expresamente la obligación de indemnizar por cualquier acción a cargo, por ejemplo de OSITRAN que impida restrinja o limite la compensación económica que corresponde por los kilómetros de las nuevas mallas horarias.

Si el MINISTERIO llegó a reconocer el derecho del CONCESIONARIO de cobrar PKT por los kilómetros recorridos en el Acta de Acuerdo Temporal, también resulta lógico que se reconozca este derecho desde su "nacimiento" u "origen", es decir, desde el inicio de la Explotación de la Concesión en enero de 2012.

A criterio del CONCESIONARIO, y luego del desarrollo de sus argumentos, considera que se ha configurado la figura de los "actos propios" debido a que i) el MINISTERIO reconoció, a través del Acta de Acuerdo Temporal, el pago de los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1 generándose una expectativa; ii) a pesar del reconocimiento del MINISTERIO, la entidad administrativa se ha negado al pago de los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1 por el periodo 2012 siendo ésta una conducta opuesta a la descrita anteriormente; y, iii) la conducta vinculante y la contradicción fueron ejecutadas por el mismo sujeto, es decir el MINISTERIO.

En ese sentido, el MINISTERIO no puede oponer esta conducta contradictoria al CONCESIONARIO (negarse al pago) y defraudar sus legítimas expectativas a la satisfacción de su derecho de

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima





crédito para el periodo 2012, de lo contrario estaría yendo en contra de sus "actos propios".

- e. **Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio,** - Acorde al artículo 1955° del Código Civil, la acción de enriquecimiento sin causa es de carácter subsidiario en tanto no exista otra vía destinada a proteger al acreedor. En el presente caso, el CONCESIONARIO carece de un derecho de acción que tutele adecuadamente su derecho lesionado por el MINISTERIO.

Asimismo, el CONCESIONARIO fundamenta que el no reconocimiento por parte del MINISTERIO del PKT por los kilómetros recorridos vulnera el principio de equilibrio contractual al producirse un desequilibrio en las prestaciones de las partes no atribuible al CONCESIONARIO. El principio de equilibrio no solo busca mantener al mismo nivel los derechos y obligaciones que cada parte ha asumido logrando que los riesgos, costos y beneficios sean proporcionales a los derechos asumidos, sino que también actúa con una suerte de garantía a favor del privado a fin de proteger el nivel de inversión realizado.

A criterio del CONCESIONARIO, este equilibrio se vio vulnerado en el presente caso desde el inicio de la concesión, pues durante el periodo de 2012 al 2014, el CONCESIONARIO se vio afectada pues no se le reconoció la retribución que le correspondía por los mayores kilómetros recorridos. Los Kilómetros efectivamente recorridos en exceso no han sido reconocidos por el MINISTERIO pese a tener conocimiento de dicha realidad, lo que terminó impactando de forma negativa en la expectativa económica del concesionario, llegando a generar una vulneración al equilibrio de la concesión en los dos primeros años de operación.

El CONCESIONARIO indica que existe un vacío en el CONTRATO DE CONCESIÓN, en tanto el Estado se comprometió a pagar los Kilómetros Garantizados a un valor PKT y los Kilómetros Adicionales a valor PKTA; sin embargo, no se ha establecido un valor para los kilómetros efectivamente recorridos necesarios para cumplir con el CONTRATO DE CONCESIÓN, dado que estos kilómetros efectivamente recorridos tienen la misma naturaleza que los Kilómetros Garantizados. Debido a que el Estado se negaba a reconocer el pago de los kilómetros

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



efectivamente recorridos, el CONCESIONARIO quedó completamente desprotegido vulnerándose su derecho a recibir el PKT que remunerare los costos incurridos.

- 54.19. Como consecuencia de la Audiencia de Ilustración de Hechos llevada a cabo el 16 de junio de 2017, el CONCESIONARIO precisa que la controversia materia del presente arbitraje gira en torno a que el MINISTERIO no ha pagado al CONCESIONARIO retribución alguna por los kilómetros efectivamente recorridos en el marco de la prestación regular del servicio de transporte de pasajeros, excediéndose los Kilómetros Garantizados establecidos en el artículo 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
- 54.20. El CONCESIONARIO no viene reclamando una modificación o incremento en el monto de la retribución pactada en el CONTRATO DE CONCESIÓN por los kilómetros efectivamente recorridos, sino lo que el CONCESIONARIO reclama es el pago de los kilómetros efectivamente recorridos de acuerdo al monto de la retribución pactado por las partes en el referido contrato.
- 54.21. El CONCESIONARIO menciona que no está discutiendo lo establecido en las Bases del Concurso, ni tampoco que las pretensiones se sustentan en el Acta de Acuerdo Temporal, sino que se hizo referencia a dicho acuerdo con la finalidad de demostrar la conducta vinculante del MINISTERIO.
- 54.22. En la misma línea argumentativa, el CONCESIONARIO señala que aunque se hubiera calculado los kilómetros recorridos con una longitud del Tramo 1 de 20.3 km, 20.8 km o 21.5 km, de igual manera se hubiera recorrido mayores kilómetros que los Kilómetros Garantizados, con lo que la longitud del Tramo 1 es irrelevante para efectos de la controversia materia de este arbitraje. En efecto, el Informe N° 563-2014-MTC/25 y el Informe N° 035-2014-MTC/33.3-LQM evidencian que por más que se calculen los kilómetros efectivamente recorridos tomando como base distintas longitudes del Tramo 1 (ya sea 20.3 km o 20.8 km), el resultado sigue siendo el mismo, es decir que el CONCESIONARIO recorría más kilómetros que los kilómetros garantizados establecidos en la cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN con lo que no resulta relevante discutir la longitud del Tramo 1 si es que el resultado es el mismo.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



- 54.23. El CONCESIONARIO manifiesta que el cálculo de los Kilómetros Garantizados fue determinado por una consultora contratada por PROINVERSIÓN en el año 2010, siendo que dichos cálculos estuvieron incorrectamente calculados debido a que las proyecciones de demanda de pasajeros que utilizaron como base para calcular los Kilómetros Garantizados no fue estimada adecuadamente. En tal sentido, la "bolsa" de Kilómetros Garantizados que fue incorporado por el MINISTERIO en la Cláusula 10.4 del contrato no fueron estimados correctamente.
- 54.24. En ese sentido, sería incorrecto mencionar que el MINISTERIO "sobre garantizó" al CONCESIONARIO por haberse efectuado el cálculo de los Kilómetros Garantizados sobre una longitud de 21.5 km. La realidad de los hechos es que estos Kilómetros Garantizados estuvieron mal calculados pues una de las variables necesarias que se utilizó para el cálculo de los kilómetros era la del número de salida de trenes, calculada a su vez sobre la base de la proyección de la demanda de pasajeros, la cual estuvo incorrectamente calificada según lo reconoce el propio MINISTERIO en su Informe N° 0594-2016-MTC/25.
- 54.25. El CONCESIONARIO reitera que aunque se hubiera calculado los kilómetros efectivamente recorridos con una longitud del Tramo 1 de 20.3 km, 20.8 km o 21.5 km, lo cierto es que se recorrió efectivamente mayores kilómetros a los kilómetros Garantizados; por lo tanto, que el MINISTERIO haya calculado los Kilómetros Garantizados bajo una longitud de 21.5 km resulta irrelevante debido a que la realidad de los hechos es que el CONCESIONARIO recorrió una distancia de 20.8 km (distancia real y comprobada), y aún así se recorrió mayores kilómetros.
- 54.26. En la misma línea, el CONCESIONARIO se cuestiona por qué tuvo que recorrer mayores kilómetros que los Kilómetros Garantizados, a lo cual responde que lo hizo para cumplir con los Niveles de Servicios establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN ello según el Anexo 7 del contrato. En efecto, viene a ser una obligación contractual que el CONCESIONARIO cumpla a cabalidad con la prestación del servicio de manera ininterrumpida por ser un servicio público debido a que era materialmente imposible que el CONCESIONARIO cumpla con los Niveles de Servicio recorriendo únicamente el número de Kilómetros Garantizados fijados en el CONTRATO DE CONCESIÓN.

- 54.27. El CONCESIONARIO señala que es falsa la afirmación hecha por el MINISTERIO respecto al supuesto error en el que incurrió la empresa al haber considerado la longitud del Tramo 1 en 20.3 km, ello debido a que la elaboración de la Propuesta Técnica no se tuvo el dato exacto de la longitud del tramo ya que éste se encontraba en proceso de construcción por el contratista. Así pues, recién las obras de construcción culminaron en diciembre de 2011, suceso posterior a la firma del CONTRATO DE CONCESIÓN que fue en abril de 2011.
- 54.28. Asimismo, indica que el riesgo de infraestructura lo asume el MINISTERIO en el entendido de que fue este último el encargado de la construcción de la infraestructura (en la modalidad de obra pública), mientras que la única obligación de construcción a cargo del CONCESIONARIO era la construcción del Patio Taller de Mantenimiento de Trenes. Ello quiere decir que el proyecto es una concesión de operación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria.
- 54.29. El CONCESIONARIO menciona que el riesgo de la demanda de pasajeros recae únicamente en el MINISTERIO tal y como se llegó a establecer en la matriz de riesgos de la Concesión contenida en el Informe elaborado por la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB de fecha 25 de octubre de 2010. Cabe señalar que el consultor de PROINVERSIÓN efectuó la estimación de los Kilómetros Garantizados considerando la longitud del Tramo 1, multiplicándolo por el número de salidas o servicios al día (carreras), este número de salidas fueron determinados en función a las Proyecciones de Demanda de Pasajeros con lo que, acorde a lo señalado anteriormente, el CONCESIONARIO recorrió mayores kilómetros que los Kilómetros Garantizados debido a que éstos estuvieron mal calculados como consecuencia de la incorrecta proyección de demanda elaborada por la consultora.
- 54.30. En ese sentido, esta incorrecta estimación de la Proyección de Demanda es un riesgo que es asumido por el MINISTERIO, de acuerdo a lo establecido en la matriz de riesgo elaborado por el consultor de PROINVERSIÓN.

- 54.31. En su escrito de fecha 03 de julio de 2017, el CONCESIONARIO aclara que el Acta de Acuerdo Temporal fue presentada en calidad de prueba para ilustrar al Tribunal Arbitral respecto de otros acuerdos adoptados entre las partes durante el periodo de la controversia. En primer lugar, en la suscripción del acuerdo para el periodo 2013-2014 se pacta a favor del CONCESIONARIO el pago de los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1, generando una expectativa razonable para que el CONCESIONARIO de que éste era el criterio del MTC respecto de cómo se remunerarían los kilómetros efectivamente recorridos durante ese periodo de tiempo.
- 54.32. A pesar de ello, el MINISTERIO se ha negado al pago de los kilómetros efectivamente recorridos durante el periodo 2012-2014, configurándose una conducta opuesta o contradictoria a la conducta vinculante del MINISTERIO que se estableció en el Acta de Acuerdo Temporal; sin embargo, la entidad administrativa no puede actuar contradictoriamente y defraudar las legítimas expectativas del derecho de crédito del CONCESIONARIO.
- 54.33. Asimismo, el CONCESIONARIO consideró importante precisar que la presente controversia arbitral difiere de otro arbitraje en el cual también el CONCESIONARIO y el MINISTERIO son partes (Caso N° 0276-2016), siendo así que una de las pretensiones de dicha controversia no es cuestionar la validez del Acta de Acuerdo Temporal, sino la interpretación de la cláusula de pago de los kilómetros efectivamente recorridos por el CONCESIONARIO cuando se empezó a operar con el Material Rodante Adquirido ello debido a que las partes tienen interpretaciones distintas respecto de esta cláusula contenida en el Acta de Acuerdo Temporal.
- 54.34. El CONCESIONARIO menciona que la controversia arbitral (Caso N° 0276-2016), no tiene relación alguna con el reclamo materia de este arbitraje, pues como lo ha señalado, el CONCESIONARIO en ningún momento ha fundado su pretensión en la ejecución de las obligaciones establecidas en el marco del Acta de Acuerdo Temporal.
- 54.35. En respuesta a la Resolución N° 06 de fecha 24 de julio de 2017, el CONCESIONARIO precisa que en el presente proceso no está reclamando la modificación o incremento del PKT, sino que por el

contrario, lo que el CONCESIONARIO viene reclamando es que el MINISTERIO reconozca y pague los kilómetros efectivamente recorridos pero que no han sido retribuidos de acuerdo al monto pactado contractualmente.

- 54.36. Asimismo, reitera que no viene a ser punto controvertido la longitud del Tramo 1 debido a que (i) la misma quedó establecida al momento de suscribirse la Adenda N° 2 al CONTRATO DE CONCESIÓN, y (ii) aun cuando se considerase la distancia de 20.3 km, que viene a ser una distancia menor al 21.5 km, se ha llegado a demostrar que en la práctica, los Kilómetros Garantizados siempre han sido excedidos desde el inicio de la operación de la Concesión.
- 54.37. El CONCESIONARIO señala que hizo referencia al Acta de Acuerdo Temporal únicamente para demostrar al Tribunal Arbitral cómo es que el MINISTERIO frente a una situación de naturaleza análoga actúa de manera distinta yendo en contra de sus propios actos. Por tanto, el CONCESIONARIO no pretende obtener una doble retribución al amparo de dicha acta.
- 54.38. Del mismo modo, con fecha 21 de agosto de 2017 el CONCESIONARIO presenta Informe Legal elaborado por el Estudio Zusman el cual concluye lo siguiente:

- 
- a) El MINISTERIO se ha enriquecido indebidamente y sin título justo y el CONCESIONARIO se ha empobrecido, también indebidamente, por el no reconocimiento de la diferencia por parte del Estado entre los Kilómetros Recorridos y los Kilómetros Garantizados a valor PKT1, correspondiente al período que va desde enero del 2012 hasta julio de 2013. Se ha producido, entonces, un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, que debe ser resarcido por éste al CONCESIONARIO.
- b) El Acta de Acuerdo Temporal y sus Adendas, si bien no han modificado el CONTRATO DE CONCESIÓN, conforman un contrato administrativo. La eficacia de dicho contrato puede ser exigida por el CONCESIONARIO al MINISTERIO en virtud de que este último ha atentado contra los Principios de Buena Fe y de Confianza Legítima y contra la prohibición de comportarse a
- 

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



manera contradictoria a su conducta anterior que creó confianza en el CONCESIONARIO. La mala fe del MINISTERIO se habría materializado en primer lugar, al suscribirse el Acta de Acuerdo Temporal y sus Adendas y, luego, negarles reconocimiento y valor.

c) Por las mismas razones que las expresadas respecto del período 2012-2013, el período 2013-2014 puede ser igualmente resarcido bajo el fundamento del enriquecimiento sin causa.

54.39. Finalmente, con fecha de recepción 01 de setiembre de 2017 el CONCESIONARIO presenta su escrito de Alegatos Finales en la cual concluye que en el presente arbitraje se reclama el pago de una parte del valor del exceso de los Kilómetros Recorridos respecto de los Kilómetros Garantizados durante el periodo comprendido entre el 09 de enero de 2012 al 23 de julio de 2014.

54.40. Señala que en el Arbitraje N° 0276-2016 se viene reclamando el pago de la parte del valor de los Kilómetros en exceso considerando la longitud de vía 20.3 km; y en el presente arbitraje, el pago de la parte restante de dicho valor teniendo en cuenta el 0.5 km de diferencia con los 20.8 km de la longitud real del tramo.

54.41. El CONCESIONARIO manifiesta que el monto total de su petitorio asciende a S/. 7'518,681.10 (Siete Millones Quinientos Dieciocho Mil Seiscientos Ochenta y Uno con 10/00 Soles) que es el resultado de multiplicar tres factores: Kilómetros Garantizado, Kilómetros Recorridos y el PKT1.

54.42. El CONCESIONARIO indica que en el Informe N° 1074-13-GS-OSITRAN se reconoce que en el año 2012 los Kilómetros Recorridos excedieron los Kilómetros Garantizados. Asimismo, los Informes de Desempeño del OSITRAN de los años 2013 y 2014 reconocieron que los Kilómetros Recorridos en cada uno de esos años sobrepasaron los Kilómetros Garantizados.

54.43. En la misma línea, el CONCESIONARIO manifiesta que según el Acta de Acuerdo Temporal firmado por las partes el 25 de julio de 2017, el MINISTERIO reconoció que todos los kilómetros Recorridos (incluyendo

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



los que excedían los Kilómetros Garantizados) serían remunerados a valor PKT1.

54.44. A modo de conclusiones, el CONCESIONARIO presenta su escrito de fecha 19 de diciembre de 2017, en el que argumenta que los Arbitrajes N° 276-2016-CCL y N° 401-2016-CCL difieren del presente. En ese sentido, el argumento del MINISTERIO no tendría sustento debido a que se argumentaba que existía puntos que se habían tratado en los arbitrajes citados.

55. En relación a este punto controvertido, en el marco del presente proceso arbitral, el MINISTERIO ha manifestado lo siguiente:

55.1. El MINISTERIO manifiesta que, efectivamente, se suscribió el CONTRATO DE CONCESIÓN el 11 de abril de 2011 con el objeto de mejorar la calidad de los servicios e incrementar el alcance de la infraestructura. Asimismo, con fecha 18 de abril de 2011, las partes suscribieron el Acta de Acuerdo – Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales del CONTRATO DE CONCESIÓN en el que se acordó suspender el plazo de las obligaciones pactadas en el referido contrato.

55.2. El MINISTERIO considera importante mencionar que la cantidad de los Kilómetros Garantizados no ha llegado a sufrir ninguna variación, sea disminución o aumento, con motivo de la suscripción de las Adendas efectuadas al CONTRATO DE CONCESIÓN. En ese sentido, el número de Kilómetros Garantizados establecido desde el concurso del proyecto hasta la actualidad aún se mantienen vigentes.

55.3. El MINISTERIO indica que en caso se autorice la circulación de mayores kilómetros originando un incremento de la cantidad de los Kilómetros Garantizados, entonces corresponderá el pago al CONCESIONARIO en calidad de Kilómetros Adicionales. En tal sentido, en caso el CONCESIONARIO recorriera una mayor cantidad de kilómetros distintos a los garantizados o adicionales, sin haber sido éstos aprobados por el MINISTERIO no podrían ser reconocidos en la liquidación debido a que solo corresponde su reconocimiento previa aprobación.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



- 55.4. El MINISTERIO indica que, de acuerdo a las cláusulas correspondientes a los Kilómetros Garantizados y Adicionales así como al Apéndice del Anexo 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, se evidencia claramente que para que el CONCESIONARIO tenga derecho al pago de los kilómetros recorridos se debe respetar en todo momento los requisitos y procedimientos que fueron previamente establecidos. Ello significa que el CONCESIONARIO tiene derecho al pago de los kilómetros recorridos siempre que formen parte de los kilómetros garantizados de acuerdo a los trenes en operación, o a los Kilómetros Adicionales.
- 55.5. El MINISTERIO indica que sí ha llegado a cumplir con el pago íntegro de los Kilómetros Garantizados establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN, ello desde el inicio de la operación (09 de enero de 2012) hasta la actualidad, pagando en cada trimestre lo correspondiente al derecho del CONCESIONARIO.
- 55.6. El MINISTERIO manifiesta que en las Bases del Proceso se llegaron a establecer los términos bajo los cuales se desarrolló el concurso, determinándose de forma expresa que toda información del proceso iba a ser puesta a disposición de los postores para su uso. En ese sentido, la propuesta a ser presentada por los privados sería de su entera responsabilidad no pudiendo en el futuro alegar o reclamar perjuicios, indemnizaciones ni compensaciones por eventuales errores, omisiones, inexactitudes o deficiencias de cualquier naturaleza.
- 55.7. En base a los informes elaborados por los Consultores Euro Praxis, ALG, Helios y TBM se ha llegado a establecer que el Tramo 1, comprendido entre Villa El Salvador hasta la Av. Grau, tiene una distancia de 21.5 km. Es así que en el Informe N° 038-10-GRE-GS-GAL-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2010 se señaló de forma expresa que la distancia del Tramo 1 es de 21.5 km.
- 55.8. El MINISTERIO señala que, tomando en cuenta la distancia de 21.5 km es que PROINVERSIÓN realizó el cálculo de los Kilómetros Garantizados que sería establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN. En la misma lógica, PROINVERSIÓN señala de forma expresa en su Informe N° 25-2010-JP-AFERR-DAT/PROINVERSION cuáles serían los Kilómetros Garantizados en función al número del material rodante (trenes) que entrarían en operación.



- 55.9. El MINISTERIO indica que los Kilómetros Garantizados no se han variado desde el inicio del proceso, habiéndose calculado en función a la longitud del Tramo 1 correspondiente a 21.5 km, información que los postores contaban durante el proceso. En ese sentido, la longitud que se consideró para el cálculo de los Kilómetros Garantizados fue mayor a la longitud que señala el CONCESIONARIO, es decir mayor a los 20.8 km.
- 55.10. A criterio del MINISTERIO ello significa que los Kilómetros Garantizados fueron calculados teniendo en consideración una distancia mayor a la distancia que el CONCESIONARIO manifiesta. Los Kilómetros Garantizados calculados en función a 21.5 km otorgó una garantía superior a lo que a la fecha correspondería, puesto que la longitud actualizada es de 20.8 menor a 21.5 km (diferencia de 0.7 km).
- 55.11. El MINISTERIO indica que en el proceso del concurso se informó a todos los postores que la Longitud del Tramo 1 era de 21.5 km, con lo que los estudios que los postores realizaron sobre la base de la información proporcionada eran de su cuenta y riesgo propio no pudiendo después alegar responsabilidad alguna al Estado. Fue el propio CONCESIONARIO quien ofertó en su propuesta técnica que la distancia del Tramo 1 que él consideraba entre Villa El Salvador y la Av. Grau era de 20.3 km.
- 55.12. El CONCESIONARIO no podría alegar que existe una pérdida económica o una falta de reconocimiento de su derecho de retribución, puesto que los Kilómetros Garantizados que son pagados por el MINISTERIO, fueron calculados sobre una longitud de 21.5 km la cual viene a ser una distancia mucho mayor a los 20.3 km ofertados por el CONCESIONARIO, o en su defecto, de la longitud correspondiente a 20.8 km según la actualización.
- 55.13. El MINISTERIO alega que la suscripción de la Adenda 2 al CONTRATO DE CONCESIÓN sólo llegó a reconocer la real longitud del Tramo 1 consistente en 20.888 km sin que este cambio implique modificación de los Kilómetros Garantizados reconocidos a favor del CONCESIONARIO. Es por ello que no se ha procedido a realizar ningún pago distinto que



no sean los referentes a los Kilómetros Garantizados y/o los Kilómetros Adicionales debidamente aprobados por la entidad administrativa.

- 55.14. El MINISTERIO indica que la inclusión del numeral 1.2.59 del Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN sólo ha precisado la longitud del Tramo 1 sin que se alteren los Kilómetros Garantizados. Asimismo, la entidad administrativa argumenta que el Informe N° 563-2014-MTC/25 que fuera presentado por el CONCESIONARIO en calidad de prueba, no llega a reconocer en ningún extremo que si los kilómetros recorridos se incrementarían por la modificación de la longitud del Tramo 1 se tendría que modificar los Kilómetros Garantizados y por ende, se tendría que realizar un pago adicional al CONCESIONARIO.
- 55.15. En el Informe N° 563-2014-MTC/25 se señala que los Kilómetros Garantizados no se deben ver alterados o modificados, por lo que no se efectuaría un mayor desembolso económico lo que ha sido sustentado en todo momento al OSITRAN y al MEF. En tal sentido, la Adenda N° 2 al CONTRATO DE CONCESIÓN solo llega a precisar la real longitud del Tramo 1 que viene a ser 20.888860 km sin que ello haya implicado la modificación de los Kilómetros Garantizados establecidos contractualmente.
- 55.16. Respecto a los riesgos estos deben ser asumidos por aquellos quienes se encuentran en mejor situación de afrontarlos, ello conforme a los Lineamientos para la Asignación de Riesgos en los Contratos de Asociación Público Privadas. En ese sentido, el riesgo de la infraestructura existente es transferido al CONCESIONARIO, considerando que tuvo acceso a toda la información correspondiente al Tramo 1 durante el proceso del concurso con lo que la presentación de su propuesta fue de su entera responsabilidad.
- 55.17. Los Kilómetros Garantizados fueron calculados de acuerdo a la operación de un número determinado de material rodante, siendo que los referidos Kilómetros Garantizados han sido cancelados cumpliéndose con las obligaciones contractuales.
- 55.18. El MINISTERIO menciona que el pago que viene solicitando el CONCESIONARIO a través de la presente demanda no forma parte de

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

los Kilómetros Garantizados, excediéndose todo acuerdo de las partes que fueran reguladas en el CONTRATO DE CONCESIÓN.

- 55.19. En la misma línea argumentativa, el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas deben leerse y aplicarse en concordancia con la cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN que establece el total de los Kilómetros Garantizados anuales en función del número de trenes en operación. Es así que el reconocimiento y liquidación por parte de OSITRAN del tercer y cuarto trimestre del 2013, así como del primer trimestre del 2014 se encuentran expresamente analizados y aprobados en diversos oficios emitidos por la entidad administrativa.
- 55.20. Los Kilómetros reconocidos son los regulados en el artículo 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, siendo que el Acta de Acuerdo Temporal debe interpretarse de acuerdo en lo establecido en dicho contrato. El MINISTERIO reitera que la referida acta no otorga derecho al CONCESIONARIO a un mayor pago de Kilómetros Garantizados a valor PKT1 por la mayor longitud del Tramo 1 como pretende insinuar el CONCESIONARIO en su escrito de Demanda Arbitral.
- 55.21. Asimismo, a criterio del MINISTERIO tenemos que el CONCESIONARIO ha llegado a solicitar en otro arbitraje (Caso Arbitral N° 276-2016-CCL) un pago a valor PKT por el recorrido del nuevo material rodante, con lo que el CONCESIONARIO pretende, mediante la presente demanda, que se actúe la misma prueba que supuestamente le genera el derecho a un mayor pago por la circulación del nuevo material rodante, ello produce una doble interpretación del acta y sus adendas.
- 55.22. El MINISTERIO reitera que no existe un derecho de retribución a favor del CONCESIONARIO, puesto que los Kilómetros Garantizados fueron cancelados sobre una longitud de 21.5 km, que viene a ser mucho mayor de lo que finalmente correspondía según su oferta (20.3 km) o, en su defecto, según la longitud actualizada del Tramo 1 (20.8 km). Asimismo, la entidad administrativa manifiesta que no existe la configuración de un enriquecimiento sin causa alegado por el CONCESIONARIO.
- 55.23. Con motivo de la Audiencia de Ilustración de Hechos, el MINISTERIO reitera en su escrito de fecha 04 de julio 2017 que los Kilómetros

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



Garantizados, calculados en base a la longitud del Tramo 1 correspondiente a 21.5 km, no han variado desde el proceso de selección hasta la fecha. Asimismo, indica que los Kilómetros Garantizados establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN fueron calculados teniendo en consideración una distancia mayor a la indicada por el CONCESIONARIO (20.3 km).

- 55.24. El MINISTERIO indica que no resulta amparable fundamentar que en el presente caso se ha configurado un escenario en el que existe una pérdida económica en perjuicio del CONCESIONARIO, o una falta de reconocimiento de su derecho de retribución, puesto que los Kilómetros Garantizados fueron calculados sobre una longitud (21.5 km) mayor de lo que finalmente correspondería según su oferta (20.3 km), o en su defecto, según la longitud actualizada del Tramo 1 (20.8 km).
- 55.25. Asimismo, reitera que los estudios técnicos presentados por los postores fueron realizados sobre la base de la información proporcionada por Proinversión, con lo que cada postor asume a cuenta y riesgo propio sus propuestas. Respecto al Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas, el MINISTERIO menciona que dicha acta dispuso el pago de los kilómetros recorridos a valor PKT1 y PKTA respecto de (i) carreras adicionales con la flota existente, y (ii) por el aumento de la flota de Material Rodante.
- 55.26. La suscripción del Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas se debió al aumento de la demanda considerando la necesidad de un mayor recorrido para poder atender la necesidad existente. Este escenario motivó un mayor aumento del recorrido del Material Rodante Existente y la operación del nuevo Material Rodante Adquirido.
- 55.27. Según el MINISTERIO, en ningún extremo del Acta de Acuerdo Temporal se menciona algún tipo de reconocimiento de pago a favor del CONCESIONARIO por una mayor longitud del Tramo 1 ya que dicha acta tiene como único objetivo atender la demanda existente solucionando de forma temporal, los problemas técnicos y de operación del Material Rodante. En ese sentido, las referidas actas no otorgan derecho alguno al CONCESIONARIO a un mayor pago de Kilómetros Garantizados a valor PKT1 por una mayor longitud del Tramo 1 como lo pretende insinuar el CONCESIONARIO en su demanda arbitral, pues



ésta se encuentra íntimamente relacionada con la cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.

- 55.28. El MINISTERIO reitera que el CONCESIONARIO ya ha solicitado en otro arbitraje (caso arbitral N° 276-2016-CCL) un pago a valor de PKT, por el recorrido del nuevo Material Rodante solicitándose a la entidad pública el pago de la suma de S/. 4'832,214.00 (Cuatro Millones Ochocientos Treinta y Dos Mil Doscientos Catorce con 00/100 Nuevos Soles) incluido IGV en calidad de los montos dejados de percibir por el no reconocimiento por parte del MINISTERIO.
- 55.29. A criterio del MINISTERIO, la argumentación presentada por el CONCESIONARIO llega a contradecirse debido a que en un primer momento indica que el Acta de Acuerdo Temporal solo reconoce pagos sobre una longitud de 20.3 km, para luego señalar que el acta reconoce un derecho de pago sobre una mayor longitud a valor PKT1.
- 55.30. Con fecha 22 de agosto de 2017, el MINISTERIO presenta su escrito de Alegatos en los que argumenta nuevamente que llegó a actuar acorde al ordenamiento jurídico sin vulnerar las obligaciones establecidas en el CONTRATO DE CONCESIÓN. En ese sentido, solicita al Tribunal Arbitral declare infundadas las pretensiones del CONCESIONARIO.

Posición del Tribunal Arbitral.-

56. En atención a los hechos expuestos, así como a las particularidades del caso, conviene advertir que el tema a ser abordado en el presente proceso arbitral se encuentra dentro del marco de las denominadas modalidades de participación de la inversión privada la mismas que pretenden, dependiendo de cada caso en concreto, la creación, desarrollo, mejora, operación o mantenimiento de infraestructura pública con la finalidad de brindar servicios públicos de calidad a la comunidad.
57. En virtud de lo expuesto, las partes llegaron a suscribir el 11 de abril de 2011 el CONTRATO DE CONCESIÓN cuyo objeto contractual consiste en:
- a) El diseño, financiamiento y construcción del Taller de Mantenimiento Mayor (denominado "Obras" en el CONTRATO DE CONCESIÓN), en el

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

cual se realizaría el mantenimiento del Material Rodante³ que vienen a ser los trenes a ser empleados para el transporte de pasajeros.

- b) La provisión de las Inversiones Obligatorias⁴ que vienen a ser el Taller de Mantenimiento Mayor y el Material Rodante Adquirido (trenes nuevos a ser adquiridos por el CONCESIONARIO).
- c) La explotación del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – Línea 1, que consistente en la prestación del servicio público de transporte ferroviario urbano de pasajeros a cargo del CONCESIONARIO, la misma que comprende también la operación y conservación de los bienes entregados por el CONCEDENTE.

58. En ese sentido, las obligaciones asumidas por el CONCESIONARIO consisten en diseñar, financiar y construir el Taller de Mantenimiento Mayor, conservar el Material Rodante Existente, proveer el Material Rodante Adquirido (nuevos trenes) y explotar el servicio (prestación del servicio de transporte ferroviario al público). Vale precisar que, acorde al literal g) del numeral 3.4. del CONTRATO DE CONCESIÓN, se considera a la explotación del servicio como un derecho que tiene el CONCESIONARIO. Por su parte, el MINISTERIO se encuentra obligado a proveer Bienes del Concedente⁵, dentro de los cuales se encontraba otorgar al CONCESIONARIO el Material Rodante Existente correspondiente a cinco (05) trenes.

59. Es importante mencionar que en el CONTRATO DE CONCESIÓN se han establecido definiciones diferentes tanto para los denominados "**Kilómetros Recorridos**", los "**Kilómetros Garantizados**" y los "**Kilómetros Adicionales**", tal y como se puede apreciar a continuación:

| Kilómetros Recorridos | Kilómetros Garantizados | Kilómetros Adicionales |
|------------------------------|--------------------------------|-------------------------------|
| Son los kilómetros - tren | Es la garantía anual | Equivale a la diferencia |

³ En el CONTRATO DE CONCESIÓN se define Material Rodante como "los coches que conforman las unidades de trenes y que sirven para transportar a los pasajeros. Comprende el Material Rodante Existente y el Material Rodante Adquirido."

⁴ En el CONTRATO DE CONCESIÓN se define Inversiones Obligatorias como "las Obras y el Material Rodante Adquirido, cuya ejecución y adquisición se le exige al CONCESIONARIO sobre los bienes del CONCEDENTE para efectos de su rehabilitación y/o adaptación, en los términos previstos en el CONTRATO DE CONCESIÓN."

⁵ En el CONTRATO DE CONCESIÓN se define Bienes del Concedente como "todos los bienes destinados a la ejecución del Contrato, que serán entregados por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO en la Toma de Posesión, detallados en el Anexo N° 5 del presente Contrato."

| | | |
|---|---|--|
| recorridos por el CONCESIONARIO producto de la prestación del Servicio. Los Kilómetros Recorridos no incluyen aquellos que se recorren sin transportar pasajeros para ir y volver de las estaciones o patio taller para fines de mantenimiento o para fines distintos a la prestación del Servicio. | otorgada por el CONCEDENTE a efectos de asegurar al CONCESIONARIO un nivel mínimo de kilómetros - tren anuales. | entre los kilómetros recorridos anuales y los Kilómetros Garantizados anuales durante la Explotación de la Concesión. La aplicación de estos kilómetros deberán ser aprobados previamente por el CONCEDENTE. |
|---|---|--|

60. Dichos conceptos son de importancia para el presente caso toda vez que se encuentran íntimamente vinculados con el denominado "**Precio Kilómetro Tren**" (PKT) definido en el artículo 10.5 del CONTRATO DE CONCESIÓN como "*el precio ofertado por el Adjudicatario de la Buena Pro en la etapa del Concurso por cada Kilómetro Tren Recorrido para la prestación del Servicio que realizará el CONCESIONARIO en el Tramo 1 y el Tramo 2. El PKT remunera los costos de operación, mantenimiento de la infraestructura, equipos y Material Rodante de la Concesión, así como las Inversiones Obligatorias para el Tramo 1 y Tramo 2 de la Concesión.*"

61. Al respecto, el Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao – Línea 1, abarca dos tramos: (i) Tramo 1 comprendido entre Villa El Salvador y la Av. Grau, y (ii) Tramo 2 comprendido entre la Av. Grau y San Juan de Lurigancho. Siendo ello así, y con motivo de la publicación de las Bases del proyecto, el CONCESIONARIO presentó el 21 de febrero de 2011 su propuesta económica señalando los siguientes importes:

| Concepto | Monto |
|--|---|
| Precio Kilómetro Tren Tramo 1 (PKT1) | S/. 73.97 (Setenta y Tres con 97/100 Nuevos Soles) |
| Precio Kilómetro Tren Tramo 2 (PKT2) | S/. 71.97 (Setenta y Uno con 97/100 Nuevos Soles) |
| Precio Kilómetro Tren Adicional (PKTA) | S/. 27.97 (Veintisiete con 97/100 Nuevos Soles) |

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

62. Como consecuencia de la adjudicación de la Buena Pro a favor del CONCESIONARIO, los montos presentados por éste llegaron a ser recogidos en el artículo 10.6. del CONTRATO DE CONCESIÓN:

"10.6. El PKT₁ corresponde al PKT para el Tramo 1, el mismo que asciende a Setenta y tres con 97/100 Nuevos Soles (S/. 73,97) y corresponde a uno de los componentes de la propuesta económica presentada por el Adjudicatario en la etapa del Concurso. El PKT₂ corresponde al PKT de toda la Línea 1 (incluyendo Tramo 1 y Tramo 2), cuyo importe asciende a Setenta y uno con 97/100 Nuevos Soles (S/. 71,97) y corresponde a uno de los componentes de la propuesta económica presentada por el Adjudicatario en la etapa del Concurso. Los importes antes señalados no incluyen el impuesto general a las Ventas (IGV)."

63. En ese sentido, tenemos que la contraprestación a favor del CONCESIONARIO con motivo de la explotación del servicio se calcula en función a los Kilómetros Garantizados y los Kilómetros Adicionales, los que a su vez se encuentran vinculados con los números de trenes (Material Rodante), la demanda de pasajeros y el número de carreras a ser recorridas por los trenes por año, siendo aplicable los montos establecidos en el numeral 10.6 del CONTRATO DE CONCESIÓN a fin de determinar los Kilómetros Recorridos por el CONCESIONARIO en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

64. Como se ha indicado, los Kilómetros Garantizados constituyen una garantía que aseguran al CONCESIONARIO un mínimo de kilómetros recorridos anuales durante la etapa de explotación del servicio, los mismos que serían cancelados a través del Pago por Kilómetro Tren Recorrido:

"SECCIÓN X: RÉGIMEN FINANCIERO

10.1. *El CONCEDENTE garantiza al CONCESIONARIO un número determinado de kilómetros recorridos durante la Explotación de la Concesión, para lo cual el CONCEDENTE pagará al CONCESIONARIO un Pago por Kilómetro Tren Recorrido. El CONCEDENTE no realizará el Pago por Kilómetro Tren Recorrido en el periodo de activación de las coberturas de los seguros establecidos en la Cláusula 12.3.3. El CONCEDENTE*

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

realizará el Pago por Kilómetro Recorrido siempre y cuando el CONCESIONARIO haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente y cuando la no ejecución de esta obligación no sea imputable a él." (El subrayado es nuestro)

65. Los Kilómetros Garantizados se encuentran regulados en el numeral o 10.4. del CONTRATO DE CONCESIÓN, los mismos que varían dependiendo del número de Material Rodante (trenes) que se encuentren operativos, lo que implica que a medida que el CONCESIONARIO adquiera mayores trenes también aumentará la cantidad de los Kilómetros Garantizados.⁶

10.4. Los Kilómetros Garantizados corresponde a aquellos kilómetros que garantiza el CONCEDENTE al CONCESIONARIO para la etapa de Explotación.

Los Kilómetros Garantizados anuales siempre que se explote la concesión durante un periodo de 12 meses ascienden a lo indicado a continuación. En caso la explotación sea por un periodo menor deberá considerarse únicamente la proporción correspondiente a los meses operados por cada número de trenes.

- Ochocientos doce mil quinientos treinta y nueve (812 539) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con el Material Rodante Existente (5 trenes).
- Un millón ochocientos setenta y nueve (1000 879) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 6 trenes.
- Un millón doscientos setenta y cinco mil trescientos veintiséis (1275 326) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 7 trenes.
- Un millón trescientos ochenta y seis mil seiscientos noventa y uno (1386 691) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 8 trenes.
- Un millón quinientos ocho mil cuatrocientos noventa y cuatro (1508 494) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 9 trenes.
- Un millón quinientos sesenta y siete mil seiscientos setenta y tres (1567 673) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 10 trenes.
- Un millón quinientos noventa y ocho mil seiscientos treinta y tres (1598 633) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 11 trenes.
- Un millón seiscientos veintiséis mil novecientos cinco (1626 905) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 12 trenes.
- Un millón seiscientos cincuenta y cinco mil ciento setenta y ocho (1655 178) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 13 trenes.
- Un millón seiscientos setenta mil ochocientos setenta y tres (1 670 873) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 14 trenes. Los trenes 15 y 16 corresponden a la flota por mantenimiento y reserva que el CONCESIONARIO está obligado a mantener durante la operación del Tramo 1.
- Dos millones seiscientos tres mil cuatrocientos cincuenta y tres (2 603 453) kilómetros tren, cuando se opere el Tramo 1 y el Tramo 2, con la totalidad de la flota (24 trenes).

Durante la Explotación del Tramo 1, el CONCESIONARIO deberá programar todo el Material Rodante entregado por el CONCEDENTE a la Toma de Posesión señalada en la Cláusula 5.17.2 tanto en horas pico y hora valle, en coordinación con el CONCEDENTE logrando operar a las frecuencias establecidas en el Anexo 7 del presente Contrato. A medida que vaya agregándose el Material Rodante Adquirido al sistema, el CONCESIONARIO procederá a reprogramar las frecuencias de los mismos, las cuales deberá contar con la aprobación del CONCEDENTE.

⁶ Es importante señalar que la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN fue modificada a través de la Adenda N° 2 y N° 4; sin embargo, para el análisis del presente proceso arbitral se tomará en cuenta la cláusula 10.4 original toda vez que las pretensiones del CONCESIONARIO se circunscriben a los periodos comprendidos entre el 09 de enero de 2012 al 24 de julio de 2014.

66. Respecto a los Kilómetros Adicionales, se tiene que éste ha sido regulado en la Cláusula 10.11. del CONTRATO DE CONCESIÓN siendo de naturaleza distinta a los Kilómetros Garantizados citados anteriormente; así pues, los Kilómetros Adicionales requieren de un consentimiento previo por parte del CONCEDENTE a efectos que el CONCESIONARIO circule mayores kilómetros (originándose un incremento en la cantidad de los Kilómetros Recorridos en comparación al número de los Kilómetros Garantizados). En caso de configurarse ello, el CONCESIONARIO tendrá el derecho a recibir el Pago por los Kilómetros Adicionales recorridos, en función del valor PKTA que asciende al monto de S/. 27.97 (Veintisiete con 97/100 Nuevos Soles).
67. Como se ha indicado, la naturaleza jurídica de los Kilómetros Adicionales difiere de los Kilómetros Garantizados en tanto que los Kilómetros Adicionales requieren de la aprobación previa del CONCEDENTE para su recorrido, mientras que los Kilómetros Garantizados vienen a ser una garantía anual por parte del CONCEDENTE con la finalidad de asegurar al CONCESIONARIO un nivel mínimo de kilómetros, ello dentro de los parámetros de brindar un servicio de transporte ferroviario de calidad para el público usuario.
68. Asimismo, tenemos que la Cláusula 1.2.19 del Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN, señala que *"los servicios adicionales corresponderán a un aumento de la producción de kilómetros recorridos debido a una extensión del horario de operación, o bien a un incremento de los niveles de la demanda o por una reducción en los intervalos de paso sujetos a que existe Material Rodante disponible para cumplir estos servicios adicionales."*
69. Tomando en cuenta lo descrito, y acorde a lo indicado en el numeral 10.13 del CONTRATO DE CONCESIÓN, el Pago por Kilómetro Tren Recorrido incluye los pagos por los Kilómetros Garantizados y de los Kilómetros Adicionales.

| | | | | |
|--------------------------------------|---|-------------------------------------|---|------------------------------------|
| Pago por Kilómetro Tren Recorrido | = | Pago por Kilómetros Garantizados | + | Pago por Kilómetros Adicionales |
|--------------------------------------|---|-------------------------------------|---|------------------------------------|

70. En ese sentido, el MINISTERIO garantiza al CONCESIONARIO un número determinado de kilómetros anuales a ser recorridos durante la explotación de la Concesión. Siendo así que la entidad administrativa tiene la obligación de pagar los Kilómetros Tren Recorridos los cuales incluyen los Kilómetros Garantizados,

descritos en el numeral 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, y los Kilómetros Adicionales que serán debidamente aprobados por el MINISTERIO.

71. El Anexo 4 – Apéndice 1 denominado "Procedimiento para el pago de los Kilómetros Garantizados y Kilómetros Adicionales" del CONTRATO DE CONCESIÓN, regula el procedimiento a llevarse a cabo para determinar el cálculo del Pago por Kilómetro Garantizado así como el Pago por Kilómetro Tren Adicional, los cuales se citan a continuación:

3. Procedimiento del cálculo del Pago por Kilómetro Garantizado

El cálculo del pago por Kilómetro Garantizado se determinará conforme a lo siguiente:

$$\text{Pago KGt} = \text{PKTt} \times \text{KGt}$$

Donde:

Pago KGt : Corresponde al pago por Kilómetro Garantizado

PKTt : Corresponde al Precio por Kilómetro Tren Garantizado del Tramo 1 o cuando se incluya el Tramo 2, según corresponda.

KGt : Son los Kilómetros Garantizados por el CONCEDENTE y recorridos de forma efectiva por parte del CONCESIONARIO para el Tramo 1 o cuando se incluya el Tramo 2, según corresponda.

4. Procedimiento del cálculo del Pago por Kilómetro Tren Adicional

El cálculo del Pago por Kilómetro Tren Adicional se realizará conforme a lo siguiente:

$$\text{Pago KAt} = \text{PKTAt} \times \text{KAt}$$

Donde:

Pago KAt : Corresponde al Pago por Kilómetro Tren Adicional

PKTAt : Corresponde al Precio por Kilómetro Tren Adicional

KAt : Son los Kilómetros Adicionales aprobados por el CONCEDENTE y que se hayan recorrido de forma efectiva por parte del CONCESIONARIO

72. La modalidad de Pago del Kilómetro Tren Recorrido (PKT) a favor del CONCESIONARIO se realizará a través de liquidaciones trimestrales. No obstante ello, se realizaría una liquidación anual en donde se determinaría si se configura alguna diferencia entre el importe anual del Pago por Kilómetro Recorrido y el monto que fuera reconocido al CONCESIONARIO a través de las liquidaciones trimestrales del Pago por Kilómetro Tren Recorrido.

La liquidación trimestral de los Kilómetros Recorridos será calculada por el Regulador como sigue:

$$LPKR_x = (KG_x * PKT_1 + KA_x * PKTA_1) * FP$$

Donde:

- LPKR_x** : Corresponde a una liquidación trimestral por los kilómetros recorridos durante un trimestre "x"
- KG_x** : Kilómetros Garantizados del Tramo 1 o Kilómetros Garantizados cuando se incluya el Tramo 2, durante el trimestre "x". Los Kilómetros Garantizados trimestrales, resultará de dividir los Kilómetros Garantizados anuales entre 4.
- PKT₁** : Corresponde al Precio por Kilómetro Tren Garantizado del Tramo 1 o Precio por Kilómetro Tren Garantizado cuando se incluya el Tramo 2, según corresponda.
El PKT₁ a ser utilizado para el primer año de la Explotación será el importe ofertado por el Adjudicatario, a partir del segundo año de la Explotación el PKT₁ será aquel precio ajustado que se determina siguiendo el procedimiento del Numeral 1 del presente Apéndice.

73. Es importante señalar que el 09 de enero de 2012 se realizó la Puesta en Operación Comercial⁷ y que, posteriormente, el 04 de abril de 2012 se llegó a suscribir el Acta de Conformidad de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 otorgando al CONCESIONARIO la posibilidad del cobro de la tarifa a los pasajeros. Asimismo, tenemos que con fecha 09 de enero de 2012 se inicia la Operación en la Línea 1 del Metro de Lima, siendo esta etapa "Marcha Blanca" es decir, sin cobro de pasajes hasta el 04 de abril de 2012.

74. Ahora bien, el CONCESIONARIO ha argumentado durante el desarrollo del presente proceso arbitral que tuvo que recorrer kilómetros en exceso por encima de los Kilómetros Garantizados ello debido a que se desconocía las verdaderas dimensiones del Tramo 1 del proyecto que comprende el trayecto desde Villa El Salvador hasta la Av. Grau y que recién, con motivo de la suscripción de la Adenda N° 2 al CONTRATO DE CONCESIÓN, se formaliza su longitud siendo la de 20.888860 km.

75. Continúa el CONCESIONARIO argumentando y señala que a pesar que con la Adenda N° 2 se regularizó la distancia de dicho tramo, previamente a la suscripción de la referida adenda tanto el MINISTERIO, la AATE y el OSITRAN ya tenían conocimiento de que efectivamente la distancia del Tramo 1 era de

⁷ En el CONTRATO DE CONCESIÓN se define Inversiones Obligatorias como "la etapa en la cual por un periodo de treinta (30) Días Calendario se verificará la realización del servicio de transporte de pasajeros con los trenes operando con público, el funcionamiento de todo el sistema que forma parte de la Concesión y el cumplimiento de parte del CONCESIONARIO de los Niveles de Servicio definidos en el Contrato."

20.888860 km, ello debido a una serie de documentación presentada por el CONCESIONARIO en la que informa sobre las verdaderas dimensiones del Tramo 1 que excedían a los 20.3 km que en un primer momento se planteó.

76. Por su parte, el MINISTERIO ha señalado que la propuesta que formuló el CONCESIONARIO respecto al Tramo 1 era de 20.3 km, la misma que fue de su entera responsabilidad con lo que ahora no puede alegar desconocimiento cuando en las Bases se llegó a señalar las características del proyecto. Frente a ello, el CONCESIONARIO considera falsa la afirmación de la entidad administrativa debido a que los postores desconocían la longitud real del Tramo 1, y que éste dato importante recién se pudo determinar como consecuencia de la culminación de la construcción por parte del Consorcio CTEL en diciembre de 2011, fecha posterior a la firma del CONTRATO DE CONCESIÓN que fue en abril de 2011.

77. Acorde a lo señalado por el CONCESIONARIO, y como consecuencia que los postores no tenían conocimiento de la longitud exacta del Tramo 1 al momento de la elaboración de la Propuesta Técnica, es que los ingenieros encargados de la elaboración de la propuesta que iba a ser presentada por el CONCESIONARIO optaron por una posición conservadora de considerar la distancia de 20.3 km. El CONCESIONARIO indica que este hecho evidenciaría que no se incurrió en error al haberse utilizado esta longitud de 20.3 km en la elaboración de su propuesta técnica debido al desconocimiento del tramo real.

78. Al respecto, este colegiado considera oportuno mencionar que al momento de la suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN efectivamente se desconocía la longitud exacta del Tramo 1; sin embargo, el MINISTERIO llegó a plantear que dicha longitud ascendía a un aproximado de 21.5 km, siendo que dicha distancia fue señalada claramente en el Anexo 8 del CONTRATO DE CONCESIÓN tal y como se puede apreciar a continuación:

"ANEXO 8: ÁREA DE LA CONCESIÓN

El Área de la Concesión, comprende 02 tramos, el primero se extiende desde el Distrito de Villa El Salvador hasta el Cercado de Lima (Estación Miguel Grau) cuya extensión aproximada es de 21.5 km y el segundo tramo se extiende desde el Cercado de Lima hasta San Juan de Lurigancho con un estimado de 10 km de extensión. El primer tramo cuenta con 16 estaciones y el segundo con 10 estaciones

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

lo que permitirá contar con un total de 26 estaciones al integrarse ambos tramos a la denominada Línea 1. El área de la Concesión está delimitada por el siguiente plano referencial." (El subrayado es nuestro)

79. Conforme al Anexo 8 del CONTRATO DE CONCESIÓN, se puede colegir que al momento que las partes llegaron a suscribir el contrato no se tenía pleno conocimiento de la longitud exacta del Tramo 1 (Estación Villa El Salvador hasta la Estación Miguel Grau), siendo que por tal motivo se señalara que la misma era de aproximadamente 21.5 km.
80. Tomando en cuenta esta aproximación es que se llegaron a calcular los Kilómetros Garantizados, la misma que estuvo a cargo de la Consultora EuroPraxis Atlante, ALG Andina, Corporación Helios y Transportes de Barcelona mediante su Informe N° 7 de octubre de 2010 (página 51 del Anexo 82 de la Demanda) la misma que obtuvo las siguientes proyecciones:

2.7.2. Estimación de los KM Garantizados

Los KM Garantizados se han estimado considerando un plan de operación anual con unos intervalos de paso definidos. Se ha considerado una longitud de recorrido de 21,5 Km y multiplicándolo por el número de salidas o servicios al día. El número de salidas varía dependiendo de sea laborable o festivo, y se ha estimado a partir de las frecuencias de servicio en cada franja horaria.

Los resultados obtenidos muestran que los KM teóricos anuales del plan de operación son 2.603.453 Km, de los que 1.670.873 km corresponden al tramo Villa El Salvador - Av. Grau y 932.580 km corresponden al tramo Av. Grau - San Juan de Lurigancho. Estos son los kilómetros que se han incluido como garantizados en modelo financiero.

| PERIODO | FRECUENCIA | NÚMERO SAIDAS | LONGITUD VES - A GRAU | KM RECORRIDOS VES - A GRAU | LONGITUD A. GRAU - SJI | KM RECORRIDOS A. GRAU - SJI |
|----------------------------------|------------|---------------|-----------------------|----------------------------|------------------------|-----------------------------|
| 4 a 8 | 12 | 20 | 21,5 | 215 | 12 | 120 |
| 8 a 12 | 6 | 80 | 21,5 | 860 | 12 | 480 |
| 12 a 20 | 10 | 96 | 21,5 | 1.032 | 12 | 576 |
| 20 a 22 | 12 | 20 | 21,5 | 215 | 12 | 120 |
| Total KM Día Laborable | | | | 4.444 | | 2.892 |
| Días Laborables Año | | | | 240 | | 240 |
| Total KM Laborables | | | | 1.114.560 | | 422.080 |
| PERIODO | FRECUENCIA | NÚMERO SAIDAS | LONGITUD VES - A GRAU | KM RECORRIDOS VES - A GRAU | LONGITUD A. GRAU - SJI | KM RECORRIDOS A. GRAU - SJI |
| 4 a 7 | 12 | 10 | 21,5 | 108 | 12 | 60 |
| 7 a 10 | 10 | 36 | 21,5 | 387 | 12 | 216 |
| 10 a 17 | 8 | 105 | 21,5 | 1.129 | 12 | 630 |
| 17 a 20 | 10 | 36 | 21,5 | 387 | 12 | 216 |
| 20 a 22 | 12 | 20 | 21,5 | 215 | 12 | 120 |
| Total KM Día Festivo | | | | 4.451 | | 2.484 |
| Días Festivos Año | | | | 125 | | 125 |
| Total KM Festivos | | | | 556.313 | | 310.600 |
| TOTAL KM GARANTIZADOS AÑO | | | | | | 2.603.453 |

Tabla 42. Estimación de los KM Garantizados Anuales

Fuente: Elaboración propia

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 - Jesús María
Lima

81. Como se puede apreciar, los resultados obtenidos por la Consultora mencionan que los kilómetros anuales del plan de operación serían de 2'603,453 km (dos millones seiscientos mil tres cuatrocientos cincuenta y tres kilómetros) de los cuales 1'670,873 (un millón seiscientos setenta mil ochocientos setenta y tres kilómetros) corresponderían al Tramo 1 que comprende Villa El Salvador – Av. Grau; mientras que los 932,538 (novecientos treinta y dos mil quinientos treinta y ocho kilómetros) corresponderían al Tramo 2 que comprende la Av. Grau – San Juan de Lurigancho.
82. Antes de la suscripción de la Adenda N° 2 y la Adenda N° 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, en el numeral 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN materia de análisis se llegaron a establecer que los Kilómetros Garantizados sólo para el Tramo 1 correspondía a 1'670,873 (un millón seiscientos setenta mil ochocientos setenta y tres kilómetros), mientras que para ambos tramos (es decir, para el Tramo 1 y el Tramo 2), correspondía 2'603,453 km (dos millones seiscientos mil tres cuatrocientos cincuenta y tres kilómetros).

- *Un millón seiscientos setenta mil ochocientos setenta y tres (1 670 873) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 14 trenes. Los trenes 15 y 16 corresponden a la flota de retén que el CONCESIONARIO está obligado a mantener durante la operación del Tramo 1.*
- *Dos millones seiscientos tres mil cuatrocientos cincuenta y tres (2 603 453) kilómetros tren, cuando se opere la Línea 1 completa, Tramo 1 y Tramo 2, con la totalidad de la flota (24 trenes). Los trenes 23 y 24 corresponden a la flota de retén que el CONCESIONARIO está obligado a mantener durante la operación de los Tramos 1 y 2.*

83. En ese sentido, este Tribunal Arbitral no considera que la elaboración del Informe N° 7 de octubre de 2010 de Consultora EuroPraxis Atlante, ALG Andina, Corporación Helios y Transportes de Barcelona fuera diseñada incorrectamente en cuanto al cálculo de los Kilómetros Garantizados para el periodo 2012-2014 toda vez que con las Adendas N° 2 y 4 efectuadas al CONTRATO DE CONCESIÓN no se llegaron a modificar los referidos kilómetros, sino que por el contrario, llegaron a incluir nuevos Kilómetros Garantizados a los ya existentes a fin de cubrir la demanda de pasajeros y brindar un mejor servicio de transporte ferroviario.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

84. Respecto a la Adenda N° 2⁸, es válido mencionar que la misma se enfocaba a dos (02) aspectos: (i) la proporción de los Kilómetros Garantizados en relación con el tiempo de operación de cada número de trenes, y (ii) el número de trenes que debía mantenerse en retén, ello siempre y cuando se registren 15 y 16 trenes para el Tramo 1 y 24 para el total. Tomando en cuenta la propuesta de la Adenda N° 2 es que el MINISTERIO opinó en el sentido que, en caso la Explotación del Servicio sea realizada por un periodo menor a un año calendario sean considerado no solo el número de meses sino también los días efectivamente operados.
85. En su Informe N° 563-2014-MTC/25 (Anexo 30 de la Demanda), el MINISTERIO opinó en el sentido que la consideración de días en adición a los meses, no altera los Kilómetros Garantizados que goza el CONCESIONARIO, así como la obligación que tiene éste último de recorrerlos, concluyéndose que la propuesta de modificación de la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN no significa una alteración en términos de derechos, obligaciones y/o riesgos.
86. Sobre este tema, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) y la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE) emitieron sus opiniones aprobando la propuesta de modificación de la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN debido a que no se alteraba los Kilómetros Garantizados que habían sido establecidos en la referida cláusula.
87. Por su parte, tenemos que con la Adenda N° 4 efectuada al CONTRATO DE CONCESIÓN se llegaron a incluir un nuevo listado de Kilómetros Garantizados anuales en base al número de Material Rodante (trenes) disponibles para la prestación del servicio con lo que, por ejemplo, se determinó que cuando transiten 44 (cuarenta y cuatro) trenes se prevea un kilometraje garantizado de 4'811,779.65 (cuatro millones ochocientos once mil setecientos setenta y nueve con seiscientos cincuenta metro). Ello en tanto, a mayor cantidad de trenes en circulación y brindando el servicio, pues es lógico que los kilómetros recorridos sean mayores.

⁸ Dentro de las diversas modificaciones efectuadas en la Adenda N° 2, corresponde hacer un primer comentario a la propuesta de modificación de la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN toda vez que la referida cláusula desarrolla los Kilómetros Garantizados el cual se encuentra íntimamente vinculado a las pretensiones que se vienen desarrollando en el presente proceso arbitral (en los párrafos posteriores también se comentará sobre la especificación de la distancia del Tramo 1).



88. A pesar de la inclusión de las Adendas N° 2 y N° 4 que modificó la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, los Kilómetros Garantizados no llegaron a ser alterados lo cual fue mencionado por las diversas autoridades competentes en materia de modificaciones contractuales. Si bien es cierto, con la inclusión de la Adenda N° 4⁹ se llegó a ampliar los Kilómetros Garantizados, ello se debe al Nuevo Material Rodante (nuevos trenes) con lo cual es lógico que, a mayor cantidad de trenes ocasione una mayor transitabilidad en los kilómetros debido a que los nuevos trenes permiten que se reduzcan los intervalos de tiempo de salida entre los vehículos brindándose un servicio más efectivo.
89. Conforme a las cláusulas correspondientes a los Kilómetros Garantizados y Kilómetros Adicionales, así como al Apéndice 1 del Anexo 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, se evidencia que para proceder al pago por los kilómetros recorridos es menester respetar en todo momento los requisitos y procedimientos contractuales que fueron previamente establecidos y aceptados por las partes, lo cual implica que para que el CONCESIONARIO tenga derecho al pago de los kilómetros recorridos se deben de calcular a partir de los Kilómetros Garantizados y de los Kilómetros Adicionales en función a los trenes en operación.
90. Se ha señalado anteriormente, al momento de la suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN, no se contaba con pleno conocimiento de la longitud del Tramo 1 optándose por señalar que la misma tenía aproximadamente 21.5 km. Como consecuencia de esta situación, y tomando en cuenta la relevancia de conocer la longitud del Tramo 1, es que se suscribe la Adenda N° 2 la cual incluye el numeral 1.2.59 al Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN determinándose lo siguiente:

"1.2.59. Para todos los efectos de la operación de la Concesión, se deberán considerar las siguientes longitudes y tiempos de viaje en los Tramos de la Concesión:

- a) **El Primer Tramo desde la Estación Villa El Salvador hasta la Estación Miguel Grau tiene una longitud de 20.888860 km.,** medido entre los ejes de andén. El tiempo de viaje entre cabeceras a considerar en este Tramo es de 33 minutos.

⁹ La Adenda N° 4 fue suscrito el 11 de julio de 2016

- b) *El Segundo Tramo desde la Estación Miguel Grau hasta la Estación Bayovar – San Juan de Lurigancho tiene una longitud estimada de 12.000 km, medido entre los ejes de andén. La longitud del presente Tramo podrá ser actualizada por el CONCEDENTE con base a los planos "as built" una vez culminada la construcción de este tramo. El tiempo de viaje referencial entre cabeceras a considerar en este Tramo es de 18 minutos, el cual será validado por el Regulador y el Concedente.*

Queda claramente establecido que lo señalado en el presente numeral prevalece sobre cualquier otra referencia." (El subrayado es nuestro)

91. El MINISTERIO manifiesta que a través de la suscripción de la Adenda N° 2 en el CONTRATO DE CONCESIÓN, sólo se ha llegado a reconocer la real longitud del Tramo 1 consistente en 20.888 km sin que este cambio implique la modificación de los Kilómetros Garantizados reconocidos a favor del CONCESIONARIO y que se encuentran regulados en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
92. En los párrafos anteriores se ha indicado que con el Informe N° 563-2014-MTC/25 de fecha 11 de julio de 2014 (Anexo 30 de la Demanda), el MINISTERIO llegó a evaluar la viabilidad de la suscripción de la Adenda N° 2. En la referida adenda no solo se modificó la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN sino que, a fin de evitar el riesgo de exceder los Kilómetros Garantizados, resultó factible especificar la longitud de los Tramos 1 y 2 de la Línea 1.
93. En su calidad de concedente, el MINISTERIO emitió su opinión sobre la inclusión del numeral 1.2.59 del Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN acorde a los siguientes términos que se citan:

*"De otro lado, la AATE menciona que, de acuerdo al Estudio Helios Euro Praxis elaborado en la etapa de Concurso de la Línea, desarrollado por PROINVERSIÓN, para el cálculo de los Kilómetros Garantizados se asumió una distancia de hasta 21.5 km, para el Tramo 1 en cuestión, mayor en 0.6114 km, a la distancia posteriormente comprobada de 20.888860 km. **En ese sentido, se entiende que la distancia que se establecería en el Contrato de Concesión se encuentra dentro del rango evaluado en el proceso de Concesión.***

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



Siendo ello así, los Kilómetros Garantizados no se deben ver alterados o modificados. De acuerdo a su definición, los Kilómetros Garantizados "es la garantía anual otorgada por el CONCEDENTE a efectos de asegurar al CONCESIONARIO un nivel mínimo de kilómetros-tren anuales". En este caso, los Kilómetros Recorridos por el Concesionario pueden incluso ser mayores a los Kilómetros Garantizados, como lo estima la AATE; sin embargo, ello no implica el reconocimiento al Concesionario de mayores Kilómetros Garantizados a los estipulados en la Cláusula 10.4 del Contrato de Concesión."
(El subrayado es nuestro)

94. Dicha lógica también llegó a ser manifestada por la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE) en su Informe N° 035-2014-MTC/33.3-LQM (Anexo 31 de la Demanda), tal y como se puede apreciar a continuación:

"Considerando que el recorrido que se remunera son los kilómetros Garantizados y que son inalterables, la nueva distancia no originará un mayor pago del PKT; sin embargo los kilómetros recorridos (dada la variación de distancia) no pueden exceder los kilómetros garantizados, salvo que se autorice expresamente por el Concedente bajo el concepto de Kilómetros Adicionales.

No obstante, cabe señalar que el Anexo 7 del Contrato de Concesión señala que: "El CONCEDENTE a través de la AATE, podrá modificar estos intervalos de paso y el horario de operación respetando los Kilómetros Garantizados". Dicha prerrogativa se mantiene vigente en la propuesta de adenda con la precisión que se requiere opinión previa favorable del Regulador.

En ese sentido, al mantenerse invariable los Kilómetros Garantizados, corresponderá al Concedente ajustar los intervalos de paso y/o la malla horaria a fin que los kilómetros recorridos calcen con los kilómetros garantizados anuales, para lo cual no se requiere modificación contractual. La oportunidad para ajustar los intervalos de paso o la malla horaria corresponde ser determinada por el Concedente. De esta manera no se afectará el cofinanciamiento al no alterarse los Kilómetros Garantizados. "
(El subrayado es nuestro)



95. De la documentación presentada por las partes, este Tribunal Arbitral puede señalar que la modificación de la Cláusula 10.4 y la inclusión del numeral 1.2.59 Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN, no devino en una alteración en cuanto a los Kilómetros Garantizados sino que, por el contrario, la finalidad era la precisión de la Longitud del Tramo 1 que comprendía la distancia entre Villa El Salvador – Av. Grau, caso contrario no hubiera resultado amparable jurídicamente que el recorrido de los trenes contravenga los conceptos de Kilómetros Garantizados y Kilómetros Adicionales. En efecto, fue el propio MINISTERIO quien manifestó la viabilidad de precisar que la distancia de la Longitud 1 era de 20.888860 km:

*"(...) Se puede deducir que el establecimiento de una longitud de 20.888860 km en el Contrato de Concesión en comparación con el asumido por el Concesionario en su Propuesta Técnica (20.3 km), no significa el reconocimiento de un número de Kilómetros Garantizados mayor al estipulado en la Cláusula 10.4 del Contrato de Concesión. **Por consiguiente, en términos de este concepto, con la propuesta de modificación, el Concedente no efectuaría un mayor desembolso a través del Cofinanciamiento.**"*

(El subrayado es nuestro)

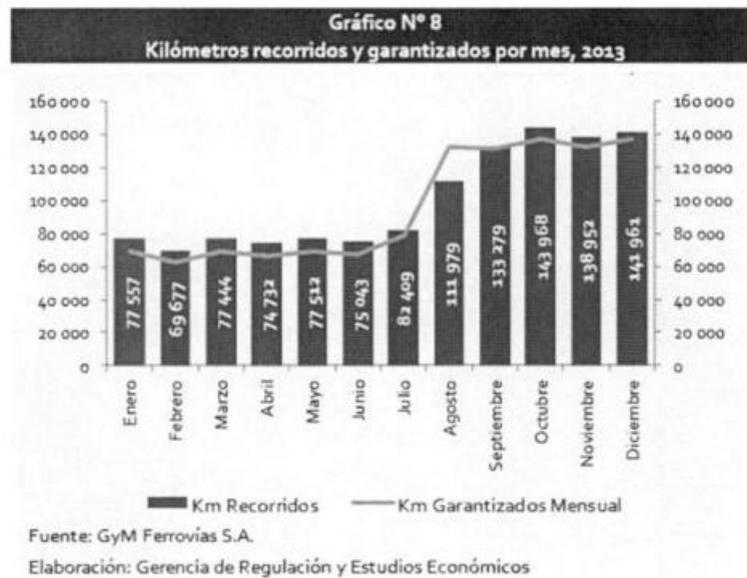
96. Se puede apreciar que con la suscripción de la Adenda N° 2 (que trajo como consecuencia la inclusión del Numeral 1.2.59 del Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN) no se ha generado un supuesto reconocimiento de la existencia de un número mayor de Kilómetros Garantizados sino que, por el contrario, aún se mantiene el respeto y cumplimiento por los kilómetros estipulados en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, los mismos que deben ser cumplidos por el CONCESIONARIO a cambio de la contraprestación económica.

97. Por otro lado, el CONCESIONARIO argumenta que aún cuando se haya recorrido 20.888860 km o 20.3 km, del mismo modo se han excedido los Kilómetros Garantizados. Para amparar esta postura, el CONCESIONARIO manifiesta que el OSITRAN reconoció en sus Informes de Desempeño de Concesión de los años 2013 y 2014 el recorrido de kilómetros en exceso siendo así que, por ejemplo, en el Informe de Desempeño de Concesión del año 2013 se ha mencionado que *"los kilómetros recorridos siempre estuvieron por encima*

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



de los kilómetros garantizados, con excepción del mes de agosto en el que los kilómetros recorridos fueron 15,2% inferiores a los kilómetros garantizados.¹⁰



98. El referido Informe hace la siguiente precisión: **“Es pertinente mencionar que los kilómetros recorridos se calculan teniendo en cuenta la longitud contractual de la vía de la Línea 1, es decir, 20,3 km. Sin embargo, la longitud real del recorrido de la Línea 1 es de 20,89 km lo cual significa que en cada recorrido existe un tramo de vía que no es considerado para el pago del PKT.”**

99. Respecto a lo señalado, este Tribunal Arbitral menciona que si bien es cierto el OSITRAN ha detectado que el CONCESIONARIO ha llegado a transitar mayores kilómetros de los Kilómetros Garantizados, ello se debe a que se han calculado las mismas teniendo en cuenta lo ofertado por el CONCESIONARIO, es decir la longitud de 20.3 km. Vale indicar que con ocasión de la convocatoria del proyecto fue la propia CONCESIONARIA quien consideró oportuno formular que el Tramo 1 de la Línea 1 del Metro de Lima tenía una longitud de 20.3 km, y a partir de ello plantear su propuesta técnica y económica.

100. Se puede apreciar que en los Apéndices 1 y 2 del Anexo 2 del CONTRATO DE CONCESIÓN la empresa concesionaria llegó a formular su propuesta en base a una longitud de 20.3 km, así como a plantear que el PKT1 sería de S/. 73.97 (Setenta y Tres con 97/100 Nuevos Soles), el PKT2 sería de S/. 71.97 (Setenta y

¹⁰ Ver la página 20 del Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2013 (Anexo 57 de la Demanda). Asimismo, es posible encontrar dicho informe en el siguiente enlace web del OSITRAN: <https://www.ositran.gob.pe/ferrocarriles/tren-electrico-linea-1.html#informes-de-desempeño>

Uno con 97/100 Nuevos Soles) y el PKTA sería de S/. 27.97 (Veintisiete con 97/100 Nuevos Soles). Al respecto, y acorde a lo señalado en los párrafos anteriores, en el Informe de la Consultora EuroPraxis Atlante, ALG Andina, Corporación Helios y Transportes de Barcelona de octubre de 2010 se calculó los Kilómetros Garantizados en base a una longitud de 21.5 km, con lo que el cálculo efectuado por el CONCESIONARIO fue a su propio criterio y riesgo.

101. De los argumentos presentados por el CONCESIONARIO, éste indica que al haberse reconocido los mayores kilómetros recorridos corresponde al MINISTERIO asumir estos mayores costos de operación y mantenimiento de infraestructura y proceder a remunerarlo a través del PKT. Asimismo, indica que es un derecho del CONCESIONARIO la explotación de la concesión en la medida que es el mecanismo por el cual se recuperará la inversión efectuada, el mismo que se vio vulnerado con la negativa del MINISTERIO de reconocer la inversión por los kilómetros en exceso recorridos.
102. Como se ha señalado en los párrafos anteriores, el Régimen Financiero regulado en el CONTRATO DE CONCESION establece que el MINISTERIO garantiza al CONCESIONARIO un nivel mínimo de kilómetros anuales, siendo que este número de kilómetros varía según la cantidad de trenes que se encuentren en operación los mismos que serían remunerados a favor del CONCESIONARIO aplicando los PKT1 o PKT2, dependiendo que este sea Tramo 1 o Tramo 2.
103. Durante el desarrollo del proceso arbitral, fue el propio CONCESIONARIO quien señaló que los Kilómetros Garantizados son los kilómetros mínimos que deben ser recorridos, lo cual no implica necesariamente que sean un tope máximo de kilómetros. De ello se desprende que en el CONTRATO DE CONCESIÓN no se encuentra prohibido el recorrer kilómetros por encima de los Kilómetros Garantizados sino que su posibilidad depende de autorización previa luego de evaluar la necesidad de su implementación; en ese sentido, este colegiado señala que los Kilómetros Garantizados establecidos en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN representan los kilómetros mínimos garantizados a favor del CONCESIONARIO, siendo que, en caso se proceda a realizar mayores recorridos con los trenes, se requiere de la autorización por parte del MINISTERIO y posteriormente, proceder a cancelar la suma económica que corresponde por dicha exceso a favor del CONCESIONARIO.
104. Por otra parte, durante el trámite del presente arbitraje las partes han llegado a pronunciarse respecto del Acta de Acuerdo Temporal (Anexo 34 del escrito de

Demanda). En efecto, al momento que el CONCESIONARIO llega a interponer su escrito de Demanda llega a plantearse la siguiente pregunta:

"(...), si lo correcto hubiera sido que OSITRAN liquide los kilómetros efectivamente recorridos sólo considerando lo establecido en la cláusula 10.4. del Contrato de Concesión referido a los Kilómetros Garantizados entonces, ¿cuál hubiera sido el propósito del MTC de firmar un Acta de Acuerdo Temporal con GyM Ferrovías? Es decir, si la intención del MTC hubiera sido remunerar a GyM Ferrovías por los kilómetros efectivamente recorridos con el MRA incorporado de acuerdo a la cláusula 10.4 del Contrato de Concesión, ¿por qué entonces el MTC suscribió el Acta de Acuerdo Temporal, si ya "en teoría" la forma de pago por estos kilómetros efectivamente recorridos estaba regulada en el Contrato de Concesión? Si ésta hubiera sido la intención del MTC, carece de sentido entonces que haya suscrito el Acta de Acuerdo Temporal con GyM Ferrovías regulando una forma de pago específica para el nuevo MRA incorporado (esta es, pagar los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1)." (El subrayado es nuestro)

105. El CONCESIONARIO argumenta que, tanto en el año 2012 como en los años 2013 y 2014, llegó a efectuar mayores recorridos tren a los inicialmente establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN, incurriendo en mayores costos de operación y mantenimiento que no tenía previstos. En especial atención, el CONCESIONARIO indica que, a través del Acta de Acuerdo Temporal (con vigencia desde julio del 2013 hasta el 2014) se han reconocido que los kilómetros en exceso serían retribuidos a valor PKT1 lo cual, a criterio del CONESIONARIO, implicaría lo siguiente:

"(i) que el Concedente acepta –como no podía ser de otra manera- la relación directa que existe entre kilómetros recorridos y la retribución que debe pagar al Concesionario en virtud del Contrato de Concesión y, principalmente, de que la demanda es un riesgo alocado en el Estado; y (ii) que, vinculado con lo anterior, es razonable que también se reconozca para el año 2012, ya que GyM Ferrovías incurrió en los mismos costos. El no reconocerlos iría en contra del principio de "a igual razón igual derecho", principio de la "interpretación del espíritu del

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

*contrato de acuerdo a la conducta de las partes" y además, en contra del principio de actos propios.*¹¹ (El subrayado es nuestro)

106. Posteriormente, en su escrito de fecha 03 de julio de 2017 el CONCESIONARIO aclara que el Acta de Acuerdo Temporal fue presentada en calidad de prueba para ilustrar al Tribunal Arbitral que en el periodo 2013-2014, se pactó a favor del CONCESIONARIO el pago de los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1. A criterio de la empresa concesionaria, dicho reconocimiento generó una expectativa razonable en el CONCESIONARIO, para asumir que dicho criterio del MINISTERIO sería aplicable para la remuneración de los kilómetros efectivamente recorridos durante ese periodo de tiempo; sin embargo, la entidad administrativa se habría negado al pago de los kilómetros efectivamente recorridos desde el periodo 2012 hasta el 2014, configurándose una conducta opuesta o contradictoria a la conducta vinculante del MINISTERIO que se estableció en el Acta de Acuerdo Temporal.

107. En ese sentido, el CONCESIONARIO manifestó en su escrito de Demanda que la doctrina de los "actos propios" llega a acreditarse en el presente caso toda vez que (i) el MINISTERIO reconoció, a través del Acta de Acuerdo Temporal del periodo 2013-2014, la existencia del derecho del CONCESIONARIO al pago de los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1, generando una expectativa razonable en la empresa de que se producirían los pagos; sin embargo, (ii) el MINISTERIO se ha negado al pago de los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1 por el periodo 2012, configurándose una conducta opuesta o contraria a la conducta vinculante que tuvo el MINISTERIO en su Acta de Acuerdo Temporal; y, por último (iii) la conducta vinculante y contradictoria posterior fueron ejecutados por el mismo sujeto, es decir el MINISTERIO.

108. El CONCESIONARIO menciona que el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas, los mismos que tuvieron plenos efectos desde el tercer trimestre del 2013 hasta el 2014, habrían generado una expectativa razonable en el CONCESIONARIO (primer requisito), y que a pesar de contar con dicho reconocimiento el MINISTERIO ha desconocido el pago por los kilómetros efectivamente recorridos en el año 2012 (segundo requisito), siendo que dichos actos fueron realizados por el MINISTERIO (tercer requisito).

109. Al respecto, este Tribunal Arbitral señala que el Acta de Acuerdo Temporal tiene una naturaleza diferente debido a que es "temporal y excepcional" a fin de

¹¹ Ver página 92 del escrito de Demanda Arbitral

atender la demanda y disponer la pronta puesta en servicio de parte del Material Rodante Adquirido. En efecto, la suscripción de la referida Acta por el MINISTERIO y el CONCESIONARIO tuvo como finalidad viabilizar el incremento temporal del recorrido de trenes ante la distorsión acaecida en el CONTRATO con relación a las horas punta en comparación con la situación real.

110. En ese sentido, se tiene que el propósito de su suscripción por las partes era la de regular de forma excepcional el servicio del transporte ferroviario brindado por el CONCESIONARIO a fin de atender la creciente demanda de los usuarios, razón por la cual se dispuso recorridos adicionales y la puesta en servicio del Material Rodante Adquirido. En la referida Acta se implementó lo siguiente:

a) **Incremento de recorridos con el Material Rodante Existente.-** La Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE) procedió a autorizar al CONCESIONARIO a recorrer Kilómetros Adicionales con el Material Rodante Existente (05 trenes), siendo así que se reconoce el derecho a la empresa concesionaria de percibir los pagos utilizando el PKTA.

b) **Puesta en servicio temporal de hasta cinco (05) trenes correspondiente al Material Rodante Adquirido.-** Se autorizó al CONCESIONARIO la puesta en servicio temporal de cinco (05) trenes que vienen a ser el Material Rodante Adquirido, los cuales serían retribuidos a valor PKT1.

c) **Compromisos adicionales.-** Las partes se comprometían a que, una vez suscrita la Primera Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN, se gestione lo necesario a fin de modificar y/o adecuar todos los aspectos necesarios para regularizar los acuerdos asumidos. Del mismo modo, el MINISTERIO se comprometía a compensar al CONCESIONARIO en caso que cualquier autoridad no cumpla con respetar el Acta de Acuerdo Temporal, en particular cualquier acto por parte del OSITRAN que impida, restrinja o limite la compensación económica que corresponda por los kilómetros de las nuevas mallas horarias.

111. A través de la Adenda N° 1 al Acta de Acuerdo Temporal de fecha 04 de setiembre de 2013, el MINISTERIO y el CONCESIONARIO optan por modificar y precisar las condiciones para el recorrido de los trenes acordados en el Acta de Acuerdo Temporal inicial.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

112. El Acta de Acuerdo temporal fue implementada a efectos de atender la demanda de pasajeros razón por la cual se autorizó al CONCESIONARIO al tránsito de Kilómetros Adicionales utilizando el Material Rodante Existente (los trenes existentes); asimismo, a implementar el Material Rodante Adquirido consistente en nuevos trenes (hasta cinco trenes). La modalidad de las remuneraciones a favor del CONCESIONARIO sería en aplicación del PKTA y el PKT1.
113. Como se ha señalado anteriormente, el Acta de Acuerdo Temporal tiene una naturaleza especial al ser excepcional y temporáneo conforme se puede evidenciar del Anexo 1 de la referida acta. En efecto, en el Anexo 1 se aprecia una comunicación vía correo electrónico en la que se señaló lo siguiente: *"Ahora bien, según lo señalado por Usted y la AATE, el Acta Temporal que estarían suscribiendo las Partes, señalaría que **se trata de una medida excepcional y temporal** (la de permitir operación de trenes nuevos sólo con acople mecánico), con el fin de atender adecuadamente la demanda del servicio; **la cual estaría vigente solo hasta la firma de la adenda que viene siendo negociado por las Partes**. En ese sentido, dicha Acta formaría parte de las condiciones del servicio que OSITRAN debería tomar en cuenta en el marco de sus funciones."*
114. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que se incurriría en error si se pretende aplicar retroactivamente el Acta de Acuerdo Temporal (periodo 2012 - julio 2013), ello debido a que la referida acta fue suscrita el 25 de julio de 2013 con lo que sus efectos jurídicos se encontrarían vigentes desde la suscripción de la referida acta hasta que la suscripción de la Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN que venía siendo negociada por las partes.
115. En su escrito de Demanda Arbitral el CONCESIONARIO argumentó que la negativa del MINISTERIO de pagar los kilómetros efectivamente recorridos a valor PKT1 desde el periodo 2012 se configuraría bajo un escenario de "actos propios" debido a que supuestamente se configuró una conducta opuesta o contraria a la conducta vinculante que tuvo el MINISTERIO en su Acta de Acuerdo Temporal. Sin embargo, se ha señalado que los efectos jurídicos desplegados por el Acta de Acuerdo Temporal tienen aplicación desde el momento de su suscripción, es decir desde julio de 2013; razón por la cual, una aplicación al periodo entre el 2012 a julio de 2013 no debe ser amparado por aplicarse retroactivamente.
116. El CONCESIONARIO también argumentó durante el presente proceso que con la suscripción del Acta de Acuerdo Temporal se le facultaba a transitar los

kilómetros del Tramo 1 empleando el Material Rodante Adquirido, siendo que las nuevas carreras serían pagadas a valor PKT1. Es así que, a criterio de la empresa concesionaria, los kilómetros a ser recorridos para el periodo julio 2013 – julio 2014 y su pago fueron reconocidos por el MINISTERIO

117. En cuanto a este aspecto, este colegiado señala que efectivamente el Acta de Acuerdo Temporal fue suscrita por el MINISTERIO y el CONCESIONARIO a efectos de atender la demanda de pasajeros, lo cual motivó a que la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE) dispusiera el recorrido de Kilómetros Adicionales empleando el Material Rodante Existente, así como los kilómetros empleando el Material Rodante Adquirido (nuevos trenes). Ahora bien, de lo expuesto este Tribunal Arbitral considera que lo establecido en el Acta de Acuerdo Temporal debe ser concordado con el artículo 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN en la medida que la inclusión de nuevos trenes incrementaría el número de los kilómetros a ser recorridos en plena concordancia con los Kilómetros Garantizados y Kilómetros Adicionales establecidos en el contrato.
118. Por otra parte, el CONCESIONARIO menciona que se ha vulnerado el principio de equilibrio contractual, pues durante el periodo de 2012 al 2014, la empresa privada se vio afectada al no verse le reconocida la retribución que le correspondía por los mayores kilómetros recorridos. La empresa concesionaria señala que los Kilómetros efectivamente recorridos en exceso no han sido reconocidos por el MINISTERIO pese a tener conocimiento de dicha realidad, lo que terminó impactando de forma negativa en la expectativa económica del concesionario, generando una vulneración al equilibrio de la concesión en los dos primeros años de operación.
119. Sin embargo, acorde a lo desarrollo en el presente proceso, este colegiado considera que no se ha configurado vulneración al principio de equilibrio contractual toda vez que en todo momento el MINISTERIO ha respetado el pago de los Kilómetros Garantizados regulados en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
120. El CONCESIONARIO también llegó a manifestar que existe un vacío en el CONTRATO DE CONCESIÓN, en tanto el Estado se comprometió a pagar los Kilómetros Garantizados a un valor PKT1 y los Kilómetros Adicionales a valor PKTA; sin embargo, no se ha establecido un valor para los kilómetros efectivamente recorridos necesarios para cumplir con el CONTRATO DE CONCESIÓN, dado que estos kilómetros efectivamente recorridos tienen la

misma naturaleza que los Kilómetros Garantizados. Debido a que el Estado se negaba a reconocer el pago de los kilómetros efectivamente recorridos, el CONCESIONARIO quedó completamente desprotegido vulnerándose su derecho a recibir el PKT que remunerare los costos efectivamente incurridos por los recorridos.

121. Al respecto, este colegiado arbitral señala que el CONTRATO DE CONCESIÓN sí ha llegado a regular los pagos a favor del CONCESIONARIO, siendo que ello se realizaría a través de los Kilómetros Garantizados y los Kilómetros Adicionales, correspondiendo que el pago por los Kilómetros Recorridos se efectuaría tomando en cuenta los valores establecidos en el PKT y el PKTA, ello en base a los kilómetros recorridos acorde con la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
122. Ahora bien, con motivo de la celebración de la Audiencia de Ilustración de Hechos, el CONCESIONARIO llegó a argumentar que resultaba irrelevante discutir la longitud del Tramo 1 debido a que el resultado era el mismo toda vez que, éste sea 20.3 km o 20.8 km igual los kilómetros efectivamente recorridos excedían los Kilómetros Garantizados. Es así que la empresa concesionaria se formuló la siguiente pregunta "*¿si la longitud que recorrió GyM Ferrovías (20.8 km) es menor a la utilizada como base por el MTC para el cálculo de dichos kilómetros (21.5 km), cómo es que entonces recorrió kilómetros en exceso de los Kilómetro Garantizados?*"¹²
123. A criterio del CONCESIONARIO, ello ocurrió debido a que el número de Kilómetros Garantizados fue calculado erróneamente por la Consultora EuroPrais, ALG, Helios y TMB 2010 toda vez que las proyecciones de demanda de pasajeros que utilizaron como base para el cálculo de los referidos kilómetros no fueron proyectados adecuadamente. Para sustentar dicha afirmación, el CONCESIONARIO cita las páginas 17 y 19 del Informe de Concesión de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de fecha 25 de octubre de 2010, la misma que sirvió de sustento también para la suscripción de la Adenda 4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
124. El CONCESIONARIO ha argumentado que el riesgo de la demanda de pasajeros recae únicamente en el MINISTERIO tal y como se llegó a establecer en la matriz de riesgos de la Concesión contenida en el Informe elaborado por la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB de fecha 25 de octubre de 2010.

¹² Ver la página 4 del escrito de fecha 03 de julio de 2017 presentado por el CONCESIONARIO.

A criterio del CONCESIONARIO, la referida consultora calculó incorrectamente la proyección de la demanda de pasajeros que viene a ser un factor importante en la determinación de los Kilómetros Garantizados.

125. Como consecuencia del error cometido por la Consultora al momento de la proyección de la demanda de pasajeros, el CONCESIONARIO alega que llegó a recorrer mayores kilómetros a los Kilómetros Garantizados. Este recorrido por encima de los Kilómetros Garantizados genera el derecho a que el CONCESIONARIO recurra al MINISTERIO para que éste proceda a su reconocimiento y que el CONCESIONARIO pueda recibir el pago de los kilómetros efectivamente recorridos, además porque la proyección de demanda era un riesgo que es asumido enteramente por el MINISTERIO con lo que, en caso de haberse calculado inadecuadamente entonces repercute en el servicio y los kilómetros efectivamente recorridos.
126. El CONCESIONARIO hace referencia a la proyección de la demanda de los pasajeros para los años de la Concesión, la misma que se procede a citar a continuación:

Proyección de Demanda

| Año Concesión | Año Calendario | Pax –viaje día hábil | Pax – viaje día festivo | Millones Pax - viaje año |
|---------------|----------------|----------------------|-------------------------|--------------------------|
| 1 | 2011 | 130,400 | 109,536 | 45,0 |
| 2 | 2012 | 134,155 | 112,690 | 46,0 |
| 3 | 2013 | 223,628 | 187,848 | 77,2 |
| 5 | 2015 | 232,375 | 195,195 | 80,2 |
| 10 | 2020 | 254,244 | 213,565 | 87,7 |
| 20 | 2030 | 302,749 | 254,309 | 104,4 |
| 30 | 2040 | 351,352 | 295,135 | 121,2 |

127. El CONCESIONARIO manifiesta que esta incorrecta estimación de la demanda de pasajeros utilizada por PROINVERSIÓN fue reconocida por el propio MINISTERIO en su Informe N° 0594-2016-MTC/25 de fecha 30 de junio de 2016 (Anexo 83 de la Demanda), tal y como se puede apreciar en el siguiente párrafo: "(...) a la fecha, encontrándonos **en el quinto (05) año** de la concesión, se advierte que la demanda promedio en día hábil está aproximadamente en 322,000 pasajeros, debiendo destacarse que en el mes de diciembre de 2015 éste se encontraba entre los 344,000 a 363,000

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



*pasajeros – viaje día hábil, superando inclusive, el año 30 de la Concesión, conforme a la proyección de demanda del diseño del Contrato de Concesión.*¹³

128. Al respecto, este Tribunal Arbitral señala que, efectivamente, la referida consultora de PROINVERSIÓN efectuó la estimación de los Kilómetros Garantizados considerando la longitud del Tramo 1, tomando en cuenta el número de salidas o servicios al día (entiéndase como "carreras"), así como las proyecciones de demanda de los pasajeros que usarían el servicio. Asimismo, la proyección del recorrido para el quinto (05) año fue de 232,375 (doscientos treinta y dos mil trescientos setenta y cinco) pasajeros por día hábil, y de 195,195 (ciento noventa y cinco mil ciento noventa y cinco) pasajeros por día festivo.
129. De la información proporcionada por el MINISTERIO en su Informe N° 0594-2016-MTC/25, se tiene que dichas proyecciones fueron sobrepasadas en la realidad, siendo así que en el quinto (05) año el promedio de demanda en día hábil era de 322,000 (trescientos veintidós mil) pasajeros y de 344,000 (trescientos cuarenta y cuatro mil) pasajeros por día festivo.
130. Ahora bien, corresponde al Tribunal Arbitral analizar si se llegó a configurarse un exceso de demanda en los años 2012, 2013 y 2014 sobrepasándose las proyecciones efectuadas, siendo dicho dato importante toda vez que el periodo que abarca desde el 2012 al 2014 es justamente el periodo en el que se suscita la controversia materia del presente proceso arbitral.
131. Dicho esto, el **Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2013**¹⁴ elaborado por el OSITRAN hizo referencia sobre el flujo de pasajeros que ingresó en cada estación para el año 2013. La entidad administrativa precisó que el flujo de pasajeros que desciende en cada estación no es contabilizado, por tanto, aunque se conoce el total de pasajeros transportados, se desconoce el flujo total de pasajeros en cada estación; tampoco se conocen los destinos de los viajes de los usuarios, solo se conoce el origen de cada viaje, es decir, no se conocen las rutas, origen – destino, más frecuentes (dichos datos serían

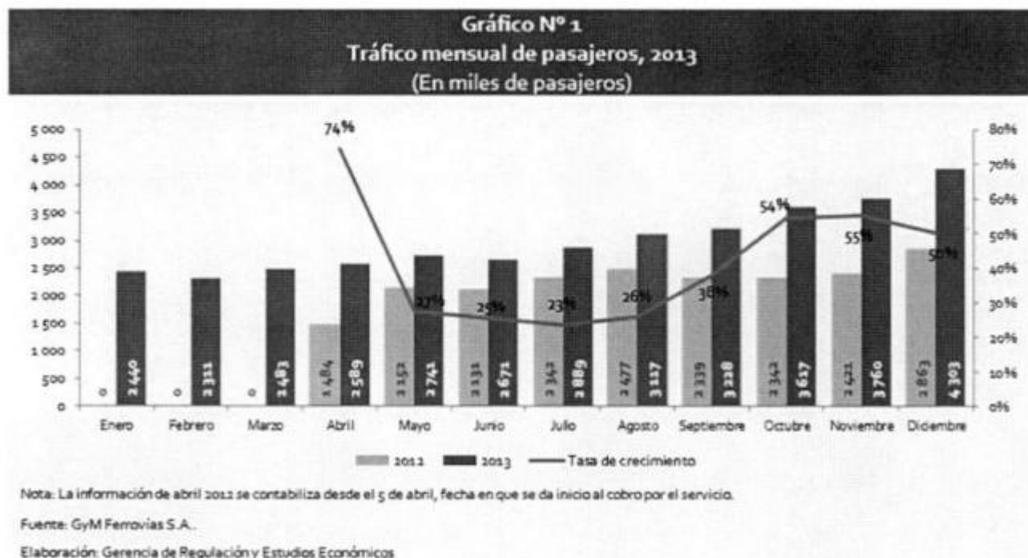
¹³ Ver el numeral 181 del Informe N° 0594-2016-MTC/25, documento presentado en calidad de Anexo 83 por parte del CONCESIONARIO.

¹⁴ Ver la página 39 y 40 del Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2013 (Anexo 57 del escrito de Demanda Arbitral). Asimismo, es posible encontrar dicho informe en el siguiente enlace web del OSITRAN: <https://www.ositran.gob.pe/ferrocarriles/tren-electrico-linea-1.html#informes-de-desempeño>

mucho más específicos aunque ello no deslegitima el volumen total de pasajeros).

132. En el referido Informe de Desempeño de Concesión del 2013, el OSITRAN señaló lo siguiente:

“En 2013, el total de pasajeros transportados fue de 36,15 millones de personas, lo cual significa un incremento del 38,18% con respecto al año anterior. La tasa de crecimiento del periodo mayo – agosto 2013, respecto de similar periodo del 2012 se encontró cercana al 25%, pero a partir de septiembre, se registró un incremento de la tasa de crecimiento debido a la incorporación de los nuevos trenes para brindar el servicio. De esta forma, se pasó de contar con 5 trenes hasta el mes de junio, a tener a disposición 24 trenes en diciembre. Por otro lado, al igual que en el 2012, se observa una estacionalidad marcada en el mes de diciembre.” (El subrayado es nuestro)



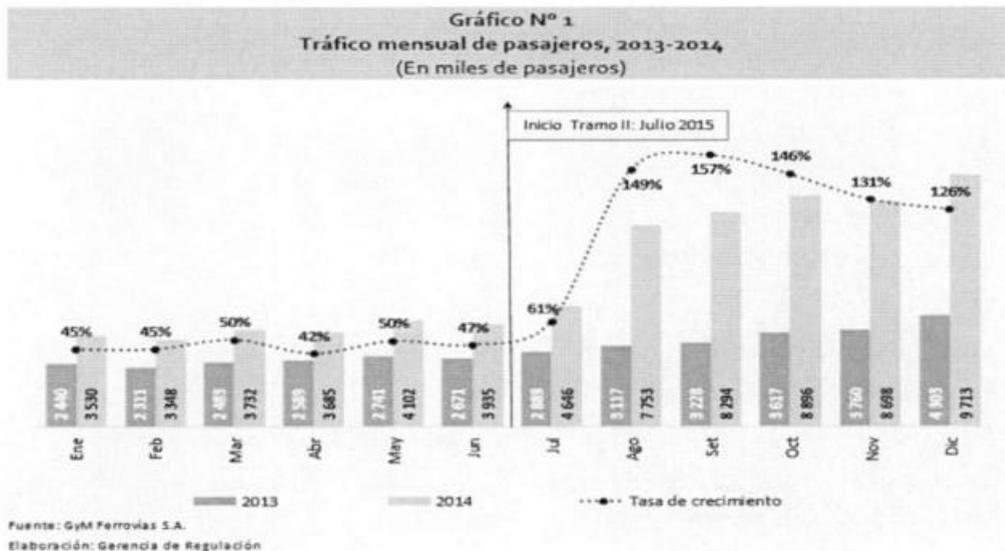
Fuente: Informe de Desempeño de Concesión del 2013 elaborado por OSITRAN

133. El organismo regulador analizó el flujo de pasajeros para el año 2012 y 2013 mencionando que en el 2013, el total de pasajeros transportados fue de 36,15 millones de personas, lo cual significa un incremento del 38,18% con respecto al año anterior (es decir, del año 2012). Este dato es importante para el caso debido a que permite a este colegiado percatarse que el flujo real de pasajeros del año 2013 resulta siendo menor a lo inicialmente proyectado, es decir, menor a los 77,2 millones de usuarios proyectados.

134. Del gráfico citado también se puede desprender que con el ingreso de los nuevos trenes para brindar el servicio a partir del mes de julio, la tasa de crecimiento mensual de pasajeros se elevó significativamente; de 1,83% en promedio entre enero y junio, a 8,27% entre junio y diciembre. Así, en el mes de diciembre se registró un crecimiento de 14,4% respecto de noviembre, con lo que esta mayor tasa de crecimiento es un efecto del incremento de la oferta de trenes al aumentar su frecuencia, lo cual se puede apreciar en el número de trenes recorridos que se muestra en el gráfico citado.
135. El OSITRAN precisa lo siguiente: **"En el 2013, la carga máxima fue de 71,2 millones de pasajeros y el total de pasajeros transportados fue de 36,15 millones, con lo cual el FRP anual promedio fue de 50,7%.** Este valor relativamente bajo se puede explicar por las extensas horas valle en las que el medio de transporte es subutilizado a diferencia de las horas pico de la mañana y la noche en las que el número de pasajeros transportados por viaje puede superar la carga máxima estándar. En el gráfico se puede observar que la mayor ocupación o FRP se alcanzó en junio, antes de la incorporación de los nuevos trenes al servicio."
136. En ese sentido, se puede apreciar que la proyección efectuada por la Consultora respecto del año 2013 no llegó a ser menor al flujo efectivo de pasajeros con lo cual, este Tribunal Arbitral puede señalar que el flujo de pasajeros para el año 2012 y 2013 estuvo por debajo del flujo proyectado por la Consultora de Proinversión.
137. Respecto del **Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2014**¹⁵ el OSITRAN mencionó que para el análisis del tráfico de pasajeros se utilizó los datos relacionados al número de pasajeros que ingresan en cada estación para utilizar el servicio, lo que permitió contar con información respecto a los puntos de origen de los viajes realizados, así como información relacionada a los rangos horarios en los que se presentan los distintos flujos de pasajeros. Del mismo modo, el organismo regulador señaló que:

¹⁵ Ver la página 10 y 11 del Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2014 (Anexo 58 del escrito de Demanda Arbitral). Asimismo, es posible encontrar dicho informe en el siguiente enlace web del OSITRAN: <https://www.ositran.gob.pe/ferrocarriles/tren-electrico-linea-1.html#informes-de-desempeño>

"Durante 2014, la Línea 1 del Metro de Lima transportó un total 70,33 millones de pasajeros, lo que significó 94,6% más pasajeros que el año 2013. Dicha expansión en el número de usuarios atendidos fue impulsada principalmente por la puesta en operación del Tramo II de la Línea 1 en el mes de julio de dicho año, con la cual se incorporó al recorrido de la Línea 1 del Metro 10 estaciones adicionales en una extensión de 12 kilómetros." (El subrayado es nuestro)



Fuente: Informe de Desempeño de Concesión del 2014 elaborado por OSITRAN

138. Del cuadro citado tenemos que si bien entre enero y junio de 2014 se había registrado un mayor flujo de pasajeros que en el mismo periodo del 2013, recién a partir del mes de julio que se registran las mayores tasas de crecimiento del año. En efecto, entre enero y junio de 2014 se registraron tasas de crecimiento entre 45% y 50% en comparación a esos mismos meses del año anterior, mientras que luego de la puesta en operación del tramo II, entre julio y diciembre de 2014, las tasas de crecimiento fueron superiores al 120%.

139. El OSITRAN precisa lo siguiente: "(...) **que a pesar del notable incremento de pasajeros registrado durante 2014, todavía no se ha logrado alcanzar el nivel de demanda previsto en el Contrato de Concesión para el tercer año de funcionamiento (2013).** Así, el tráfico de 2014 (70,3 millones de pasajeros) fue menor al proyectado en el Contrato de Concesión para el 2013 (77,3 millones de pasajeros), debido a que recién en julio de 2014 se iniciaron las operaciones del tramo 2. Sin embargo, por el nivel de afluencia de pasajeros registrados en el segundo semestre de 2014, es esperable que el tráfico de pasajeros de 2015 (en el que la Concesión tendrá plena operatividad

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

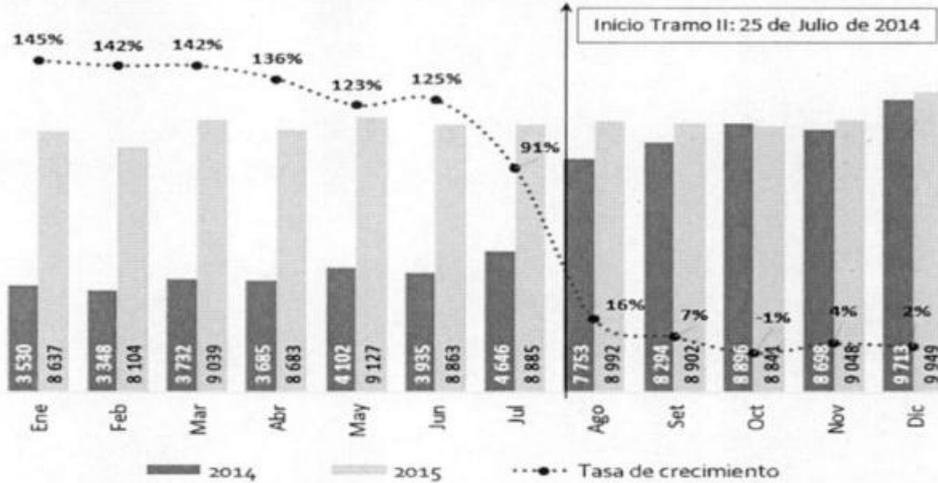
durante todo el año), supere las proyecciones de demanda previstas para dicho año.”

140. Como se puede apreciar, la demanda de pasajeros fue menor también para el año 2014 respecto a lo inicialmente proyectado. Inclusive el OSITRAN mencionó que en el año 2014 aún no se había superado la proyección del año 2013 (en el año 2014 solo se transportó 107,07 millones de pasajeros). En ese sentido, y tomando en cuenta el Informe de Desempeño de año 2014, este Tribunal Arbitral puede señalar que el flujo de pasajeros para el dicho año estuvo por debajo del flujo proyectado por la Consultora contratada por PROINVERSIÓN.
141. Respecto del Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2015¹⁶, el OSITRAN señaló lo siguiente respecto al tráfico de pasajeros:

“Durante 2015, la Línea 1 del Metro de Lima transportó un total de 107,07 millones de pasajeros, lo que significó un incremento de 52,2% en relación a los pasajeros transportados durante el año 2014 (70,33 millones). Dicha expansión en el número de usuarios atendidos fue impulsada principalmente por la puesta en operación del Tramo II de la Línea 1 a finales del mes de julio de 2014, con lo cual se incorporó al recorrido 10 estaciones adicionales en una extensión de 12 kilómetros. En vista de ello, a partir de agosto de 2014, se observa un incremento importante en el tráfico mensual de pasajeros (ver Gráfico N° 1).”

¹⁶ Ver la página 10 y 11 del Informe de Desempeño de la Concesión del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao del año 2015. Asimismo, es posible encontrar dicho informe en el siguiente enlace web del OSITRAN: <https://www.ositran.gob.pe/ferrocarriles/tren-electrico-linea-1.html#informes-de-desempeño>

Gráfico N° 1
Tráfico mensual de pasajeros, 2014 – 2015
(En miles de pasajeros)



Fuente: GyM Ferrovías S.A.
Elaboración: Gerencia de Regulación

142. La entidad administrativa analizó la evolución del tráfico de pasajeros en periodos en los cuales se encontraban operando los dos tramos de la Línea 1 observando que entre agosto y diciembre de 2015, el tráfico promedio mensual de pasajeros (9 146 mil) se ubicó 5,48% por encima del tráfico promedio mensual registrado en el mismo periodo del año anterior (8 671 mil). Menciona también que, desde el inicio de la operación del tramo II, el número de pasajeros ha excedido la capacidad máxima de los vagones.

143. El OSITRAN precisa lo siguiente: "(...) que, **debido al notable incremento de pasajeros registrado durante 2015 (52,2%), dicho año se superó largamente el nivel de demanda estimado en el Contrato de Concesión.** En efecto, **el tráfico real de pasajeros en 2015 (107,07 millones)** fue 33,5% superior al tráfico proyectado en dicho contrato (80,2 millones)."

144. El incremento del flujo de pasajeros para el año 2015, según el OSITRAN, tuvo como causal la puesta en operación del tramo II debido a que incrementó 10 estaciones al recorrido de la Línea 1 del Metro de Lima alcanzando un total de 26 estaciones. Durante el año 2015, todas las estaciones comprendidas en el tramo I registraron un mayor flujo de pasajeros en relación al año anterior, apreciándose que las estaciones que experimentaron un mayor crecimiento en la afluencia de pasajeros fueron: Ayacucho (Santiago de Surco), Angamos (San Borja), Cabitos (Santiago de Surco), San Borja Sur (San Borja) y Nicolás

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

Arriola (La Victoria), las cuales registraron un incremento de 47,3%, 59,7%, 57,7%, 75,6% y 79,6% en el tráfico, respectivamente.

145. Así pues, este Tribunal Arbitral puede señalar que el flujo de pasajeros para el año 2015 estuvo por encima del flujo proyectado por la Consultora de Proinversión lo cual condice con lo argumentado por el CONCESIONARIO respecto a que el flujo de pasajeros para el año 2015 tuvo un considerable incremento. Sin embargo, y como se ha podido constatar en los Informes de Desempeño de los años 2013 y 2014, el flujo de los usuarios en los años 2012, 2013 y 2014 estuvieron por debajo de lo proyectado en el CONTRATO DE CONCESIÓN.

146. La información brindada por el OSITRAN en sus Informes de Desempeño son de relevancia para el caso toda vez que permite contrastar que el argumento formulado por el CONCESIONARIO en su escrito de fecha 03 de julio de 2017 en el que señala que el número de Kilómetros Garantizados que fue determinado por la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB del 2010 estuvieron calculados incorrectamente debido a que se proyectaron en base a la demanda de pasajeros (para el CONCESIONARIO no se proyectó adecuadamente la demanda de pasajeros) deviene en amparable en parte, toda vez que es cierto que para el año 2015 el flujo real de los pasajeros de la Línea 1 estuvieron por encima de las proyecciones efectuadas; sin embargo, el presente proceso arbitral analiza los periodos 2012, 2013 y 2014 (hasta julio) siendo que para dichos periodos el flujo real de pasajeros no llegó a exceder las proyecciones que la Consultora efectuara.



147. En ese sentido, no resulta adecuado generalizar que todo el Informe realizado por la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB estuvo incorrectamente elaborado, ello debido a que si bien es cierto la proyección para el año 2015 fue inadecuado, los años anteriores estuvieron dentro de los márgenes calculados. Siendo así que en caso se elabore o se haya elaborado un nuevo informe, las proyecciones de los años 2012, 2013 y 2014 mantengan la información de dichos periodos toda vez que los flujos reales de pasajeros no lo excedieron.



148. Por otro lado, con la presentación de su escrito de Demanda Arbitral el CONCESIONARIO argumenta que se ha configurado el escenario de "enriquecimiento sin causa" cuyos elementos son los siguientes:

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



- a) **Enriquecimiento del demandado.-** La empresa concesionaria argumenta que este primer elemento se configura debido a que el MINISTERIO no procedió a desembolsar la contraprestación que correspondía al CONCESIONARIO, siendo así que la entidad administrativa se habría ahorrado a favor de sí mismo el monto correspondiente al pago por los kilómetros efectivamente recorridos.
- b) **Empobrecimiento del demandante.-** La empresa concesionaria argumenta que este segundo elemento se configura debido a que al no haberse procedido el desembolso que debía de efectuar el MINISTERIO en perjuicio del CONCESIONARIO ocasionó un desmedro en la esfera económica de la empresa al no contar con una suma pecuniaria que por derecho le corresponde.
- c) **Correlación entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante.-** La empresa concesionaria argumenta que este tercer elemento se configura debido a que existe un nexo causal entre el enriquecimiento del MINISTERIO y el empobrecimiento del CONCESIONARIO debido a los kilómetros recorridos en exceso que éste último efectuó no fueron reconocidos por la entidad administrativa, ocasionando perjuicio para la empresa y enriquecimiento (ahorro) para la entidad.
- d) **Ausencia de causa justificante del enriquecimiento.-** La empresa concesionaria argumenta que este cuarto elemento se configura debido a que no existe causa o título que habilite al MINISTERIO a enriquecerse a costa del CONCESIONARIO. Asimismo, la empresa concesionaria argumenta que al momento de suscribirse el CONTRATO DE CONCESIÓN existió un vacío contractual al no haberse previsto que existirían kilómetros recorridos en exceso de los Kilómetros Garantizados que escapaban a las situaciones excepcionales de los Kilómetros Adicionales.

Esta falta de previsión (vacío contractual) respecto de los kilómetros recorridos en exceso ocurrió por dos razones: (i) porque al momento del Concurso del Proyecto y la celebración del CONTRATO DE CONCESIÓN la empresa concesionaria no tenía conocimiento de la distancia exacta del Tramo 1, pues el mismo se encontraba en construcción y el Informe de la Consultoría mostraba hasta tres



distancias diferentes; y, (ii) porque los Kilómetros Garantizados fueron subestimados toda vez que uno de los factores para el cálculo de los mismos, que es la demanda de pasajeros, estuvo erróneamente proyectada.

El CONCESIONARIO cita el Informe elaborado por el Estudio Zusman la cual menciona que *"el Contrato de Concesión previó, en su numeral 10.1 que el Estado pagaría solo por las carreras efectivamente recorridas con lo cual, si dichas carreras eran menores a las garantizadas, estas no se remunerarían. Lo que sin embargo no previó -y por eso existe un vacío contractual- fue lo que ocurriría en el caso inverso."*

- e) **Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.-** La empresa concesionaria argumenta que este quinto elemento se configura debido a que, acorde al artículo 1955° del Código Civil, la acción de enriquecimiento sin causa es de carácter subsidiario en tanto no exista otra vía destinada a proteger al acreedor. En el presente caso el CONCESIONARIO carece de un derecho de acción que tutele adecuadamente su derecho lesionado por el MINISTERIO como consecuencia del vacío en el CONTRATO DE CONCESIÓN respecto a la forma en cómo deben remunerarse los kilómetros recorridos sobre los Kilómetros Garantizados.

149. Al respecto, la figura del "enriquecimiento sin causa" que viene siendo alega por el CONCESIONARIO se enfoca a su vertiente negativa debido a que el MINISTERIO supuestamente se estaría beneficiando al ahorrarse el desembolso pecuniario que por derecho le corresponde a la empresa concesionaria por el haber recorrido kilómetros en exceso a los Kilómetros Garantizados.

150. Como lo ha indicado el CONCESIONARIO, para la configuración del "enriquecimiento sin causa" es menester que se cumplan los elementos citados por el CONCESIONARIO en sus diversos escritos. Ahora bien, durante el desarrollo del presente proceso arbitral este colegiado ha tenido presente que al momento de suscribirse el CONTRATO DE CONCESIÓN aún se encontraba en construcción el Tramo 1 del proyecto que se encontraba a cargo de la contratista Consorcio CTCL, lo cual se vio manifestado en el Anexo 8 del contrato en el que se indicaba que aproximadamente el Tramo 1 era de 21.5



km. También resulta importante mencionar que al momento de convocar el proyecto de la Línea 1 del Metro de Lima se tenía en cuenta este dato; asimismo, para el cálculo de los Kilómetros Garantizados por parte de la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB de 2010 se elaboró en base a los 21.5 km que también fueron referidos en el Anexo 8 del contrato de concesión.

151. Asimismo, uno de los argumentos del CONCESIONARIO fue el mencionar que los Kilómetros Garantizados fueron subestimados toda vez que uno de los factores para el cálculo de los mismos, que es la demanda de pasajeros, estuvo erróneamente proyectada. Al respecto, este colegiado ha podido corroborar en base a los "Informes de Desempeño de Desempeño Anual" del OSITRAN correspondiente a los años 2013, 2014 y 2015 que, efectivamente, para el año 2015 la demanda real de pasajeros había sobrepasado la proyección inicial; no obstante ello, para los años 2012, 2013 y 2014 la demanda real de pasajeros se mantuvo dentro de lo proyectado por la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB.
152. En la misma línea argumentativa, el CONCESIONARIO presentó el Informe elaborado por el Estudio Zusman el mismo que concluyó (i) que el MINISTERIO se había enriquecido indebidamente y sin título justo ocasionando el empobrecimiento del CONCESIONARIO, (ii) que el Acta de Acuerdo Temporal y sus Adendas, si bien no han modificado el CONTRATO DE CONCESIÓN, conforman un contrato administrativo con lo que sus lineamientos tuvieron que haber sido cumplidos y respetados por el MINISTERIO, situación que no sucedió atentado contra los Principios de Buena Fe y de Confianza Legítima al haberse comportado de manera contradictoria a su conducta anterior que creó confianza en el CONCESIONARIO, y (iii) respecto del período 2012-2013, el período 2013-2014 puede ser igualmente resarcido bajo el fundamento del enriquecimiento sin causa.
153. Ahora bien, es importante reiterar que el periodo materia de análisis en el presente caso va desde 2012 hasta julio de 2014, siendo así que con los "Informes de Desempeño de Desempeño Anual" tenemos que la demanda real de pasajeros se encontraba dentro de los márgenes de la proyección. Asimismo, al haber el MINISTERIO actuado conforme a lo estipulado en el CONTRATO DE CONCESIÓN referente a las retribuciones económicas (para los Kilómetros Garantizados y los Kilómetros Adicionales), no se configuraría un escenario de enriquecimiento sin causa como lo argumentó el

CONCESIONARIO debido a que la retribución se efectuó con estricto arreglo a lo establecido en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.

Respecto al escrito de fecha 01 de setiembre de 2017 presentado por el CONCESIONARIO

154. Con fecha 01 de setiembre de 2017, el CONCESIONARIO presentó su escrito mediante el cual "precisa" sus pretensiones contenidas en su Demanda Arbitral. Mediante la referida documentación presentada por el CONCESIONARIO éste llega a desarrollar tres (03) pretensiones principales, a saber:

"Primera Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago ascendente a S/. 3'401,482.02 (Tres Millones Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Ochenta y Dos 02/100 Soles), incluido IGV, por los kilómetros efectivamente recorridos por el periodo del 09 de enero del 2012 al 24 de julio del 2013, por concepto de enriquecimiento sin causa.

Segundo Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago ascendente a S/. 4'117,199.07 (Cuatro Millones Ciento Diecisiete Mil Ciento Noventa y Nueve con 07/100 Soles), incluido IGV, por los kilómetros efectivamente recorridos por el periodo del 25 de julio del 2013 al 24 de julio del 2014, de acuerdo a lo pactado en el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas, suscritas entre GyM Ferrovías y el MTC.

Tercera Pretensión Principal

Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC el pago de los costos y cotas del presente arbitraje"

155. El CONCESIONARIO argumentó que en realidad no se estaría modificando la pretensión inicial toda vez que el reclamo económico aún seguía siendo de S/ 7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles), solo que ahora se precisaba el monto en dos pretensiones (i) la primera por una suma de S/. 3'401,482.02 (Tres Millones Cuatrocientos Un Mil Cuatrocientos Ochenta y Dos 02/100 Soles), y (ii) la segunda por S/. 4'117,199.07 (Cuatro Millones Ciento Diecisiete Mil Ciento Noventa y Nueve con 07/100 Soles).

156. Posteriormente el CONCESIONARIO vuelve a modificar, mediante su escrito de fecha 27 de octubre de 2017, el monto de sus pretensiones siendo así que ahora mediante la Primera Pretensión Principal se reclama el pago de S/. 3'553,090.22 (Tres Millones Quinientos Cincuenta y Tres Mil Noventa con 22/100 Soles); y respecto a la Segunda Pretensión, el nuevo monto que reclama el CONCESIONARIO asciende a S/. 3'965,552.75 (Tres Millones Novecientos Sesenta y Cinco Mil Quinientos Cincuenta y Dos con 75/100).
157. Conforme a los numerales 45 al 50 del presente Laudo Arbitral, este colegiado considera que el escrito de fecha 01 de setiembre tiene como finalidad la modificación de las tres (03) pretensiones principales iniciales que fueron presentadas en el escrito de Demanda Arbitral. En efecto, el pretender "precisar" nuevas pretensiones¹⁷ cada una de ellas con montos económicos diferentes evidencia su naturaleza modificatoria.
158. Resulta válido mencionar que, a través de la Resolución N° 04 de fecha 18 de mayo de 2017 y que fuera emitida con motivo de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, se señaló lo siguiente: *"Este Tribunal Arbitral deja claramente establecido que los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará son referenciales y que están dirigidos a una lectura más simple, y por ello el Tribunal está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas cuestiones a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere invalidez de ningún tipo."*
159. Si bien es cierto este colegiado ha decidido que las tres (03) pretensiones principales iniciales no serán modificadas por el escrito de fecha 01 de setiembre de 2017, resulta válido que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre los dos (02) periodos que fueron argumentados por el CONCESIONARIO. Este colegiado reitera que el análisis de los argumentos presentados por el CONCESIONARIO en su escrito del 01 de setiembre de 2017 no implica el reconocimiento nuevos puntos controvertidos para el proceso arbitral sino que, por el contrario, es una manera de ahondar en los hechos del caso a fin que este Laudo Arbitral pueda abarcar todas las aristas posibles que coadyuven a dilucidar la controversia.

¹⁷ En el escrito de fecha 01 de setiembre de 2017, se solicita que el Tribunal Arbitral evalúe tres (03) pretensiones principales, así como una pretensión accesoria y otra subordinada. Para el presente análisis se tomarán en cuenta las dos primeras pretensiones principales, así como la accesoria y subordinada toda vez que se encuentran vinculadas a la primera pretensión principal original del CONCESIONARIO. La pretensión referida al pago de costas y costos no ha variado con lo que no existe motivo de dilucidamiento alguno.

160. Dicho ello, el CONCESIONARIO dividió en dos (02) etapas la controversia: (i) la primera, que abarca del 09 de enero de 2012 al 25 de julio de 2013, y (ii) la segunda, que abarca del 25 de julio de 2013 hasta el 24 de julio de 2014. Como se puede apreciar, el CONSORCIO argumenta el primer periodo en base al concepto de enriquecimiento sin causa; mientras que el segundo, en base al Acta de Acuerdo Temporal.
161. El CONCESIONARIO indica que el primer periodo comprende del 09 de enero de 2012 al 25 de julio de 2013, los mismos que fueron recorridos desde el Inicio de la Operación Comercial hasta la firma del Acta de Acuerdo Temporal. En ese sentido, se argumenta que los kilómetros efectivamente recorridos por el CONCESIONARIO en base a los 20.8 km del Tramo 1 no fueron reconocidos económicamente (no se produjo el pago) con lo cual se configuraría la figura del enriquecimiento sin causa en su vertiente negativa.
162. Conforme se ha desarrollado, los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa, y que fueron argumentados por el CONCESIONARIO, vienen a ser (i) el enriquecimiento del demandado, (ii) empobrecimiento del demandante, (iii) correlación de estos hechos, (iv) ausencia de causa justificante del enriquecimiento y (v) carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio. Estos elementos
163. En los acápites anteriores se ha mencionado que para la configuración del "enriquecimiento sin causa" es menester que se cumplan los elementos citados por el CONCESIONARIO. Ahora bien, del desarrollo del proceso arbitral este colegiado ha tenido en cuenta que al momento de suscribirse el CONTRATO DE CONCESIÓN se encontraba en construcción el Tramo 1 del proyecto la misma que se encontraba a cargo de la contratista Consorcio CTCL. Esta información se señaló en el Anexo 8 del contrato en el que se indicaba que aproximadamente el Tramo 1 era de 21.5 km. Del mismo modo resulta importante mencionar que al momento de convocar el proyecto de la Línea 1 del Metro de Lima se tenía en cuenta ese dato. Vale recalcar que para el cálculo de los Kilómetros Garantizados en el CONTRATO DE CONCESIÓN por parte de la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB de 2010 elaborándose en base a los 21.5 km que también fueron referidos en el Anexo 8.
164. Dentro de los diversos argumentos esgrimidos por el CONCESIONARIO, éste indica que los Kilómetros Garantizados fueron diseñados inadecuadamente

debido a que uno de los factores para el cálculo de los mismos (la demanda de pasajeros), no fue proyectada correctamente. Como se ha señalado en los párrafos anteriores, este Tribunal Arbitral ha podido corroborar que para los años 2012, 2013 y 2014 la demanda real de pasajeros se mantuvo dentro de lo proyectado por la Consultora EuroPraxis, ALG, Helios y TMB, ello conforme a los "Informes de Desempeño de Desempeño Anual" elaborados por el OSITRAN en los años 2013, 2014 y 2015.

165. En base a los argumentos desarrollados, así como a las pruebas aportadas, este colegiado resuelve no amparar el argumento esgrimido por el CONCESIONARIO referente al supuesto enriquecimiento sin causa que acaeciera durante el 09 de enero de 2012 al 25 de julio de 2013 (primera etapa), toda vez éste asumió el riesgo de plantear su propuesta técnica en base 20.3 km para el Tramo 1.
166. De acuerdo a lo señalado, corresponde ahora comentar la segunda etapa que argumenta el CONCESIONARIO que abarca del 25 de julio de 2013 hasta el 24 de julio de 2014, la misma que inicia desde la Firma del Acta de Acuerdo Temporal hasta la firma de la Segunda Adenda al CONTRATO DE CONCESIÓN.
167. Para esta etapa, el CONCESIONARIO señala que los kilómetros que efectivamente ha recorrido y que merecen ser remunerados tienen como amparo jurídico el Acta de Acuerdo Temporal la misma que fue suscrita por las partes y que otorgaría el reconocimiento de que, efectivamente, se ha transitado un mayor kilometraje de aquellos que fueron inicialmente regulados.
168. Al respecto, este colegiado ya ha manifestado que el Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas deben aplicarse en concordancia con la cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, la misma que establece el total de los Kilómetros Garantizados que anualmente debe recorrer el CONCESIONARIO en función del número de trenes que se encuentren operando.
169. Los Kilómetros Garantizados que se encuentran reconocidos son los establecidos en el artículo 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN, siendo que el Acta de Acuerdo Temporal debe interpretarse de acuerdo a lo establecido en el contrato. Ahora bien, de la lectura de la referida Acta no se evidencia el reconocimiento de algún derecho a favor del CONCESIONARIO referido a un mayor pago de Kilómetros Garantizados a valor PKT1 por la mayor longitud del

Tramo 1 como lo ha argumentado el CONCESIONARIO en su escrito de Demanda Arbitral y posteriores.

170. La suscripción del Acta de Acuerdo Temporal y sus adendas por las partes tuvo como marco el aumento de la demanda de los usuarios a efectos de un mayor número de carreras para poder atender la necesidad existente. Este escenario motivó un mayor aumento del recorrido del Material Rodante Existente (05 trenes) y la operación del nuevo Material Rodante Adquirido.
171. En ningún extremo del Acta de Acuerdo Temporal se menciona algún tipo de reconocimiento de pago a favor del CONCESIONARIO por una mayor longitud del Tramo 1. La referida acta tiene como único objetivo atender la demanda existente solucionando de forma temporal, los problemas técnicos y de operación del Material Rodante; en ese sentido, el documento suscrito por las partes no otorgan derecho económico alguno al CONCESIONARIO a un mayor pago de Kilómetros Garantizados a valor PKT1 por una mayor longitud del Tramo 1 como lo pretende insinuar el CONCESIONARIO en su demanda arbitral.
172. A través de la Acta de Acuerdo Temporal se autorizó que el CONCESIONARIO recorriera Kilómetros Adicionales con el Material Rodante Existente, así como el inicio del recorrido con el Material Rodante Adquirido. La autorización tuvo como causa, justamente, la alta demanda de pasajeros que debía ser cubierta con los trenes en circulación; sin embargo, ello no implica que las autorizaciones para el recorrido tengan que ser calculados en función a los Kilómetros alegados por el CONCESIONARIO sino en base a aquellos contenidos en la Cláusula 10.4 del CONTRATO DE CONCESIÓN.
173. Luego de haberse expuesto los argumentos de las partes y haberse analizado los mismos así como valorado los medios probatorios que los sustentan, este Tribunal Arbitral procede a declarar INFUNDADA la Primera Pretensión formulada por el CONCESIONARIO en su escrito de Demanda Arbitral por los fundamentos desarrollados en los párrafos anteriores.

Del Segundo Punto Controvertido.-

Introducción.-

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



174. El presente punto controvertido consiste en:

"Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO pagar al CONCESIONARIO, los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior".

Posición de las partes.-

175. En relación a este punto controvertido, a lo largo del presente proceso arbitral, el CONCESIONARIO ha manifestado lo siguiente:

175.1. El CONCESIONARIO alega que en tanto se declare fundado la primera pretensión, corresponde ordenar al MINISTERIO el pago de los intereses correspondientes por los montos reclamados en la primera pretensión.

175.2. El CONCESIONARIO argumenta que el monto reclamado en la primera pretensión de la Demanda ha generado intereses, ello acorde a la Cláusula 10.15 del CONTRATO DE CONCESIÓN. Dicha cláusula señala que los intereses moratorios serían de aplicación por el no pago del PKT de forma oportuna al CONCESIONARIO.

175.3. El interés pactado asciende a la tasa del cupón del Bono Soberano más el 2% anual, lo cual asciende a un total de 8.9% anual. Asimismo, tales intereses se generarían desde el Día Calendario siguiente a la fecha de vencimiento del PKT hasta la fecha del pago efectivo.

175.4. Como consecuencia de que el MINISTERIO no pagó en forma oportuna al CONCESIONARIO los montos del PKT referidos a los kilómetros efectivamente recorridos, corresponde aplicar el interés moratorio pactado en la Cláusula 10.5 del CONTRATO DE CONCESIÓN.

175.5. En ese sentido, el CONCESIONARIO solicita al Tribunal Arbitral ordene al MINISTERIO pagar a su favor los intereses moratorios pactados en la Cláusula 10.5 del CONTRATO DE CONCESIÓN por la primera pretensión.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



176. En relación a este punto controvertido, el MINISTERIO ha manifestado lo siguiente:

176.1. El MINISTERIO indica que no podría aplicarse la Cláusula 10.5 del CONTRATO DE CONCESIÓN debido a que el MINISTERIO llegó a pagar lo que correspondía a los Kilómetros Garantizados y los kilómetros adicionales debidamente aprobados, con lo cual no existe deuda pendiente.

176.2. El MINISTERIO manifiesta que la Cláusula 10.15 del CONTRATO DE CONCESIÓN solo es aplicable cuando se configura un retraso en el depósito en el fideicomiso referente al pago de los Kilómetros Garantizados y los Kilómetros Adicionales, siendo que en el presente caso el MINISTERIO ha procedido al pago íntegro correspondiente a dichos kilómetros.

176.3. El MINISTERIO procedió a pagar lo que legalmente le correspondía asumir por los Kilómetros Garantizados y los Kilómetros Adicionales, ello conforme a las liquidaciones del OSITRAN, no existiendo deuda alguna originada de la relación contractual que se encuentre pendiente de ser cancelada.

Posición del Tribunal.-

177. En el presente punto controvertido se solicita al Tribunal Arbitral Determinar si corresponde o no se ordene al MINISTERIO a pagar los intereses devengados referentes a la primera pretensión.

178. Al respecto, al momento que el CONCESIONARIO formula su Primera Pretensión requiere que el MINISTERIO pague a su favor la suma ascendente a S/. 7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta y Siete con 15/100 Soles) por concepto de los kilómetros en exceso recorridos durante el periodo 2012 a julio de 2014. Dicho monto llega a ser detallado en su Anexo 84 en el que considera que para los años 2012, 2013 y 2014 el monto a ser cancelado a su favor por los kilómetros en exceso transitados ascendía a S/. 6'366,920.47 (Seis Millones Trescientos Sesenta y Seis Novecientos Veinte con 47/100 Soles), a los cuales se añade el IGV de dichos periodos correspondiente a S/. 1'146,046.68 (Un Millón Ciento Cuarenta y Seis Mil Cuarenta y Seis con 68/100 Soles).

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

179. Durante el desarrollo del presente proceso arbitral, el CONCESIONARIO ha manifestado que no estuvieron a cargo ni del diseño ni de la construcción del Tramo 1: Villa El Salvador y Av. Grau, sino que las mismas se encontraban a cargo del Consorcio CTEL como consecuencia de la Licitación Pública N° 0003-2009-MTC/20. Mencionó también que una vez suscrito el CONTRATO DE CONCESIÓN, el MINISTERIO comenzó a incumplir con sus obligaciones contractuales establecidas para el primer año de la concesión.

180. Del mismo modo, el CONCESIONARIO indicó que si bien el MINISTERIO entregó el Tramo 1 el mismo aún se encontraba en proceso de construcción incluso después de la fecha de suscripción del CONTRATO DE CONCESIÓN con lo cual el CONCESIONARIO no tenía conocimiento de la exactitud de la longitud del Tramo 1. Asimismo, la empresa concesionaria menciona que informó esta diferencia de kilómetros al OSITRAN con motivo de la primera liquidación trimestral del Pago de los Kilómetros Tren Recorridos; sin embargo, el organismo regulador responde las observaciones reiterando que el cálculo para el Pago de los Kilómetros Recorridos se efectuó de manera válida.

181. El CONCESIONARIO indica que un hecho importante que debe ser tomado en cuenta en el presente caso viene a ser la firma del Acta de Acuerdo Temporal, suscrita por las partes en julio de 2013 mediante la cual el CONCESIONARIO contaba con un reconocimiento expreso del MINISTERIO sobre cómo se remunerarían los kilómetros efectivamente recorridos y también los kilómetros recorridos por la mayor longitud del Tramo 1.

182. Al respecto, este colegiado mencionó que el Acta de Acuerdo Temporal tiene una naturaleza especial al ser "temporal y excepcional", con lo que los efectos jurídicos de ella se aplicarán en el periodo para el cual estaba previsto, es decir desde mediados de 2013 hasta la suscripción de la adenda al contrato. En el presente caso, el CONCESIONARIO formula que el Acta de Acuerdo Temporal sea aplicado para un periodo diferente (desde la puesta de la Operación Comercial en 2012).

183. Posteriormente, con motivo de la Segunda Adenda del CONTRATO DE CONCESIÓN, se llegó a precisar que la longitud del Tramo 1 era de 20.888 km con lo que, a criterio del CONCESIONARIO, quedaba claro que el Tramo 1 fue terminado de construirse luego de la suscripción de CONTRATO DE CONCESIÓN siendo su longitud la de 20.888 km.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 - Jesús María
Lima

184. Al respecto, en el Primer Punto Controvertido este colegiado ha llegado a señalar que, efectivamente, al momento de suscribirse el CONTRATO DE CONCESIÓN las partes no tenían un conocimiento certero de la longitud del Tramo 1 (que abarca desde la estación Villa El Salvador hasta la Av. Grau); sin embargo, se calculó que aproximadamente dicha distancia sería de 21.5 km con lo que con ese dato la empresa Consultora de PROINVERSIÓN efectuó el cálculo de los Kilómetros Garantizados 1.
185. Es importante mencionar que las empresas privadas llegaron a presentar sus propuestas en base a los datos proporcionados por PROINVERSIÓN, siendo que la longitud del Tramo 1 también formó parte de su propuesta técnica. En ese sentido, el CONCESIONARIO consideró que dicha distancia era de 20.3 km, para luego también remitir su propuesta económica para los valores del PKT1, PKT2 y el PKTA. A pesar que al momento de suscribirse el CONTRATO DE CONCESIÓN no se tenía la información precisa sobre las verdaderas dimensiones del Tramo 1 del proyecto, ello no desmerece el hecho que haya sido el propio CONCESIONARIO quien remitiera su información de la longitud y su propuesta económica.
186. Por otra parte, el CONCESIONARIO considera que se llegó a configurar los cinco (05) elementos necesarios para el "enriquecimiento sin causa", los mismos que vienen a ser **(i)** el enriquecimiento del demandado, en el sentido que se ha llegado a configurar un enriquecimiento sin causa negativo debido a que el MINISTERIO no procedió a desembolsar la contraprestación que correspondía al CONCESIONARIO, siendo así que la entidad administrativa se ha ahorrado, a favor de sí mismo, dicho desembolso; **(ii)** el empobrecimiento del demandante, en el sentido que el MINISTERIO no ha procedido con la contraprestación por los kilómetros efectivamente recorridos con lo cual el CONCESIONARIO se ha visto perjudicado económicamente; **(iii)** la correlación entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante, en el sentido que existe un nexo causal entre el enriquecimiento del MINISTERIO y el empobrecimiento del CONCESIONARIO debido a los kilómetros recorridos en exceso que éste último efectuó y que la entidad administrativa se ha negado a reconocer; **(iv)** la ausencia de causa justificante del enriquecimiento, en el sentido de la inexistencia de causa o título que habilite al demandado enriquecerse a costa del demandante; finalmente, **(v)** la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio, en el sentido que el artículo 1955° del Código Civil señala que la acción de enriquecimiento sin

causa es de carácter subsidiario en tanto no exista otra vía destinada a proteger al acreedor, siendo que en el presente caso el CONCESIONARIO carece de un derecho de acción que tutele adecuadamente su derecho lesionado por el MINISTERIO.

187. Durante la exposición de los argumentos de las partes, tenemos que en el caso del CONCESIONARIO éste acude al presente arbitraje a fin que el Tribunal Arbitral ordene al MINISTERIO el pago por los kilómetros en exceso recorridos. Sin embargo, este colegiado considera que en ningún extremo de la demanda el MINISTERIO llegó a incumplir con sus obligaciones contractuales respecto al Pago por los Kilómetros Recorridos toda vez que se procedió al pago de los Kilómetros Garantizados y Kilómetros Adicionales regulados en el CONTRATO DE CONCESIÓN.
188. Si bien es cierto el CONCESIONARIO no viene reclamando una modificación o incremento en el monto de la retribución pactada en el CONTRATO DE CONCESIÓN por los kilómetros efectivamente recorridos en el periodo 2012 – 2014 (julio), también es cierto señalar que para proceder con el pago por los kilómetros recorridos es necesario cumplir con el procedimiento establecido para ello en el CONTRATO DE CONCESIÓN.
189. El CONCESIONARIO indica que quien asumía el riesgo de demanda es el MINISTERIO, lo que implica que el número de salidas (carreras) son determinadas en función a la demanda de pasajeros. Asimismo, el servicio de transporte ferroviario a ser efectuado por el CONCESIONARIO debe brindarse bajo estándares de calidad, establecidos en el Anexo 7 del CONTRATO DE CONCESIÓN. Asimismo, la empresa concesionaria menciona que con el objeto de cumplir con los Niveles de Servicio establecidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN es que se vio obligado a recorrer más kilómetros de los inicialmente garantizados debido a que resultaba materialmente imposible el cumplimiento con los parámetros mínimos establecidos contractualmente. En ese sentido, se recorrió en los años 2012, 2013 y 2014 mayores kilómetros, tal y como ha sido aceptado por el MINISTERIO, el OSITRAN y la AATE.
190. Dentro de la argumentación presentada por el CONCESIONARIO, éste señala que la Consultora EuroPraxis Atlante, ALG Andina, Corporación Helios y Transportes de Barcelona llegó a calcular incorrectamente el flujo de pasajeros lo cual también llegó a repercutir en los Kilómetros Garantizados. Sin embargo, en el Primer Punto Controvertido se llegó a analizar si efectivamente el flujo



real de pasajeros llegó a exceder el flujo proyectado por la consultora. Así pues, los Informes de Desempeño elaborados por el OSITRAN para los años 2013 y 2014 demuestran que el tráfico real de pasajeros se encontró dentro de lo previsto.

191. En efecto, para el año 2013 el total de pasajeros transportados fue de 36,15 millones de personas lo cual se encontraba por debajo de lo proyectado; respecto al año 2014 el total de pasajeros transportados fue de 70,33 millones de pasajeros el cual fue incluso menor a los pasajeros proyectados para el 2013 (77,2 millones). Finalmente, para el año 2015 el tráfico real de pasajeros fue de 107,07 millones lo cual si llegó a exceder lo proyectado (80,2 millones); sin embargo, el periodo que viene siendo analizado en el presente arbitraje es del 2012 al 2014 con lo cual se puede apreciar que las proyecciones y la demanda real de pasajeros para dicho periodo se encontró dentro de los márgenes.

192. En los contratos administrativos, como viene a ser el presente CONTRATO DE CONCESIÓN, las partes contratantes adquieren derechos y obligaciones propias de una relación jurídica, las cuales deben respetarse durante la ejecución del contrato hasta la finalización del mismo. Este colegiado ha podido apreciar que la controversia gira en torno al reconocimiento de pago por los kilómetros en exceso que habrían recorrido el CONCESIONARIO; no obstante ello, del desarrollo de la Primera Pretensión este colegiado ha resuelto declarar Infundada la misma toda vez que no corresponde el pago de kilómetros en exceso al haber el MINISTERIO cumplido con sus obligaciones contractuales.

193. Tomando en cuenta que lo resuelto en el Primer Punto Controvertido, corresponde declarar INFUNDADA la Segunda Pretensión presentada por el CONCESIONARIO debido a que se solicitada se ordene al MINISTERIO el pago de los intereses devengados del monto requerido por el CONCESIONARIO en su Primera Pretensión.

Del Tercer Punto Controvertido.-

Introducción.-

194. El presente punto controvertido consiste en:

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



"Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO, asumir el pago de los costos y costas del presente arbitraje."

Posición de las partes.-

195. En relación a este punto controvertido, a lo largo del presente proceso arbitral, el CONCESIONARIO ha manifestado lo siguiente:

195.1. El CONCESIONARIO manifiesta que acorde al artículo 73º del Decreto Legislativo 1071 corresponde al Tribunal Arbitral imputar o distribuir los costos del arbitraje.

195.2. Según la Cláusula 16.14 del CONTRATO DE CONCESIÓN, todos los gastos que irrogue la resolución de una controversia técnico o no técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros serán cubiertos por la parte vencida. En la misma línea argumentativa, el artículo 57º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece que para proceder a la condena del pago de los costos del arbitraje se tomará en consideración el resultado del Laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el proceso.

195.3. A criterio del CONCESIONARIO la falta de diligencia y conducta arbitraria del MINISTERIO ha motivado el inicio del presente arbitraje con lo que, acorde a los numerales anteriormente citados, el CONCESIONARIO no debería estar obligada a asumir los costos de un arbitraje que ha sido producto exclusivamente de conductas contrarias a derecho.

195.4. En la medida que el Tribunal Arbitral declare fundadas las pretensiones reclamadas por el CONCESIONARIO, el colegiado ordene al MINISTERIO asumir los costos del proceso. Ello sin perjuicio de que se evalúe la conducta en buena fe de las partes a lo largo del proceso.

196. En relación a este punto controvertido, en el marco del presente proceso arbitral, el MINISTERIO ha manifestado lo siguiente:

196.1. El MINISTERIO menciona que el cálculo de los Kilómetros Garantizados se calcularon sobre una longitud de 21.5 km, la cual es

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



mucho mayor de los que finalmente corresponde según su oferta (20.3 km) o, en su defecto, según la longitud actualizada del Tramo 1 (20.8 km).

196.2. Asimismo, el MINISTERIO indica que no se ha configurado el enriquecimiento sin causa en perjuicio del CONCESIONARIO, debido a que se han realizado los pagos con lo que no existe deuda pendiente.

196.3. El CONCESIONARIO no contaba con motivos suficientes que justificaran el inicio del presente litigio, no asistiéndole razón ni justificación legal alguna de haber accionado en contra de la MINISTERIO con lo que corresponde que sea el CONCESIONARIO quien asuma el pago el íntegro de los costos y costas. Asimismo, que el Tribunal Arbitral ordene el reembolso de los pagos realizados por el MINISTERIO efectuados por concepto de los honorarios arbitrales.

Posición del Tribunal.-

197. Frente a este Tercer Punto Controvertido, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que, de acuerdo con el artículo 57° del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, se establecerá a cuál de las partes corresponde el pago de los costos arbitrales o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el Convenio Arbitral.

198. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, de los abogados de las partes y las retribuciones de secretario, etc. Cabe advertir que de la revisión de las Reglas Iniciales del Proceso Arbitral, se desprende que las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral.

199. Atendiendo a esta situación, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

200. Considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad, no se puede afirmar la existencia de una "parte perdedora", ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, pues ambas debían defender sus intereses en vía arbitral, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima



pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

201. En atención a ello, estima que corresponde disponer que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costas y costos que respecto de cada una de ellas se generaron como consecuencia del presente caso.
202. En conclusión, sobre la base de lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que corresponde a cada una de las partes asumir los gastos del presente proceso en proporciones iguales, debiendo cada una solventar igualmente los gastos en que incurrido para su defensa, así como aquellos en los que haya podido incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

PARTE RESOLUTIVA:

Que, en atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad a lo dispuesto por el Acta de Instalación del Tribunal, Ley de Arbitraje y de conformidad con las normas antes invocadas, resuelve:

PRIMERO.- Declarar **INFUNDADA** la **Primera Pretensión de la Demanda** (Primer Punto Controvertido) por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo, por ende no amparar la pretensión referente al pago por parte del MINISTERIO de la suma ascendente a S/7'512,967.15 (Siete Millones Quinientos Doce Mil Novecientos Sesenta Siete con 15/100 Soles) incluido el IGV.

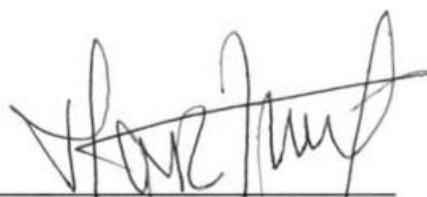
SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la **Segunda Pretensión de la Demanda** (Segundo Punto Controvertido) por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo, por ende no amparar la pretensión referente al pago de los intereses devengados correspondientes a la Primera Pretensión del CONCESIONARIO.

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima

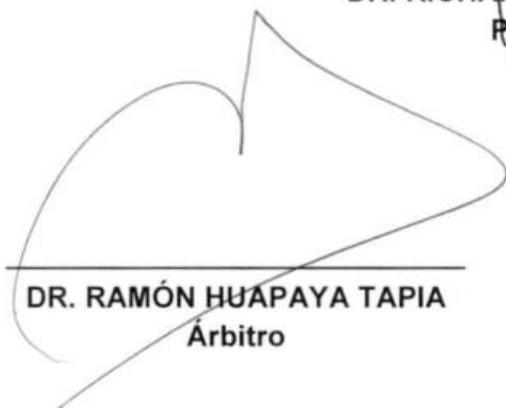


TERCERO.- RECONOCER que las partes han tenido fundamentos para actuar en el presente proceso arbitral. En consecuencia, **DISPONER** que corresponde a cada una de las partes asumir los gastos del presente proceso en proporciones iguales, debiendo cada una solventar igualmente los gastos en que incurrido para su defensa, así como aquellos en los que haya podido incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

Notifíquese a las partes.



DR. RICHARD MARTÍN TIRADO
Presidente



DR. RAMÓN HUAPAYA TAPIA
Árbitro



DR. ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
Árbitro

RICHARD MORENO RODRÍGUEZ
Secretario Arbitral

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL
Av. Giuseppe Garibaldi N° 396 – Jesús María
Lima