D-20-17-EQ2.

Centro de Arbitraje
Cámara de Comercio | Lima

Lima, 7 de diciembre de 2018

Señores
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
Jr. Zorritos N° 1203, mesa de partes de partes de la Procuraduría Pública (Edificio Circular 1° Piso)
Cercado de Lima.-

A/A: Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Ref.: Caso Arbitral Nº 0064-2017-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles la Resolución N° 16 que contiene el laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral el 3 de diciembre de 2018 y depositado en el Centro el 7 de diciembre de 2018.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

ALEX PINEDO-MINDREAU PASTOR
Secretario Arbitral

Ministerio de Transportes y Comunicaciones
PROCURADURÍA PÚBLICA
07 DIC 2018
RECIBIDO EN LA FECHA
Hora 4:30 Folio 27

d. Av. Giuseppe Garibaldi N°396, Jesús María - Lima 11
t. (511) 219 1550 | (511) 463 3434
c. arbitrajeccl@camaralima.org.pe
w. www.camaralima.org.pe

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE

Centro de Arbitraje
Cámara de Comercio de Lima

Caso Arbitral N° 0064-2017-CCL

2018 DIC 7 AM 11 00
RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

Arbitraje de Derecho seguido entre

METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A.

(En adelante, "METRO")

DEMANDANTE

Y

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

(En adelante, "MTC")

DEMANDADO

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral
Cecilia O´Neill de la Fuente
Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio
Claudio Cajina Samamé

Secretaría Arbitral
Alex Pinedo-Mindreau

Lima, 3 de diciembre de 2018

CONTENIDO

I. Antecedentes contractuales 4
II. Inicio del proceso arbitral, designación e instalación del Tribunal Arbitral 4
III. Existencia del convenio arbitral y competencia del Tribunal Arbitral 5
IV. Normatividad aplicable al proceso arbitral 7
V. La Demanda presentada por METRO 7
VI. La Contestación de Demanda presentada por el MTC 8
VII. Participación de OSITRAN como coadyuvante 8
VIII. Laudo Parcial 9
IX. Fijación de puntos controvertidos 9
X. Otros escritos de las partes 10
XI. Medios probatorios 10
XII. Audiencias 11
XIII. Escritos de alegatos 12
XIV. Plazo para laudar 12
XV. Análisis de la controversia por el Tribunal Arbitral 12
A. Posición de METRO 14
i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades 14
a. Procedimiento para la aplicación de penalidades 15
b. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23 16
c. Falta de implementación del desvío de tráfico 17
ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades 18
iii. Segunda pretensión principal: costos del arbitraje 18
B. Posición del MTC 18
i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades 18
a. Procedimiento para la aplicación de penalidades 19
b. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23 20

c. Falta de implementación del desvío de tráfico 22
ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades 23
C. Posición de OSITRAN 23
i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades 23
a. Procedimiento para la aplicación de penalidades 23
b. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23 24
c. Falta de implementación del desvío de tráfico 24
ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades 25
D. Posición del Tribunal Arbitral 25
i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades 25
a. Procedimiento para la aplicación de penalidades 25
b. Plan de desvíos 27
c. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23 28
d. Falta de implementación del desvío de tráfico 32
ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades 36
iii. Segunda pretensión principal: costos del arbitraje 45
XVI. Decisión 47

Resolución N° 16

En Lima, a los 3 días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, de escuchados los argumentos sometidos a su consideración y de haber analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. Antecedentes contractuales

1. METRO y el MTC son parte del Contrato de Concesión derivado del Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao" (en adelante, el "Contrato").

2. Mediante Oficio N° 0452-2016-GSF-OSITRAN, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, "OSITRAN") aplicó una penalidad contractual de 42 UIT a METRO por el alegado incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico establecidas en la cláusula 6.74, del Contrato entre los días 1 al 21 de junio de 2016 (en adelante, la "Penalidad").

3. La imposición de la Penalidad ocasionó una controversia entre ambas partes.

II. Inicio del proceso arbitral, designación e instalación del Tribunal Arbitral

4. Surgida la controversia, METRO dio inicio al proceso arbitral y designó como árbitro al abogado Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio. Por su lado, el MTC designó al abogado Claudio Cajina Samamé. Ambos árbitros aceptaron el cargo y cumplieron con nombrar como Presidenta del Tribunal Arbitral a la abogada Cecilia O´Neill de la Fuente.

5. Con fecha 1 de agosto de 2017 se suscribió el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

6. En dicha Acta de Instalación, los árbitros declararon tener disponibilidad de tiempo para atender y conducir este caso en plazos razonables e indicaron que conservarían su independencia e imparcialidad durante su desarrollo, razón por la cual procedieron a declarar constituido e instalado el Tribunal Arbitral.

7. Las partes ratificaron su conformidad con la composición del Tribunal Arbitral.

8. A través del Acta de Instalación, se plantearon las reglas que regirían el proceso arbitral, así como los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, "el Centro"), institución a cargo de la administración del presente arbitraje.

III. Existencia del convenio arbitral y competencia del Tribunal Arbitral

9. El convenio arbitral se encuentra contenido en la Sección XVI del Contrato:

> ***Arbitraje***
> *16.13 Modalidades de procedimientos arbitrales:*
> *(...)*
> *b) Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:*
> *(...)*
> *(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Treinta Millones y 00/100 de Dólares (US$ 30 000 000,00) 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 que se seguirá de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. Las Partes podrán someter las controversias a 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 lugar del arbitraje será la ciudad de Lima, capital de la República del Perú; el idioma oficial a utilizarse será el castellano; y la ley aplicable, la ley peruana.

Reglas Procedimentales Comunes

16.14 Tanto para el Arbitraje de Conciencia, a que se refiere el Literal a) de la Cláusula 16.13, como para el Arbitraje de Derecho a que se refiere el Literal b) de dicha Cláusula, ya sea en su modalidad internacional o nacional, se aplicarán por igual las siguientes disposiciones generales:

a) El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designará a un árbitro en un plazo no mayor a sesenta (60) días de requerida y el tercero será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal Arbitral. Si una de las Partes no cumpliera con designar a su Arbitro, o si los dos árbitros nombrado por las Partes no llegasen a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) Días siguientes a la petición formal de arbitraje por una de las Partes o a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el segundo y/o el tercer árbitro será designado, a pedido de cualquiera de las Partes por la Cámara de Comercio de Lima, en el caso del Arbitraje de Conciencia, el Arbitraje de Derecho nacional, y de manera excepcional actuará como entidad nominadora, en el caso del Arbitraje promovido bajo las reglas UNCITRAL (CNUDMI); o por el CIADI en el caso del Arbitraje de Derecho internacional.

b) Sin perjuicio de los actos administrativos a que refiere la cláusula 16.2 que están exceptuados de la presente sección, el Tribunal Arbitral puede suplir, a su discreción, cualquier diferencia o laguna existente en la legislación o en el Contrato, mediante la aplicación de los principios generales del derecho y los Convenios, Convenciones y/o Tratados de los que la República del Perú sea signatario.

c) Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. En este sentido, las Partes deben considerarlo como sentencia de última instancia, con autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, las Partes renuncian a los recursos de reconsideración, apelación, casación o cualquier otro medio impugnatorio contra el laudo arbitral, declarando que éste será obligatorio, de definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata, salvo en los recursos previstos en la Sección 5 del Capítulo IV del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y en las causales taxativamente previstas en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, cuando sea de aplicación.

d) Durante el desarrollo del arbitraje las Partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida en que sea posible, inclusive con aquellas que son materia del arbitraje. Si la materia de arbitraje fuera el cumplimiento de las obligaciones garantizadas con la Garantía de Fiel

Cumplimiento del Contrato de Concesión y/o Garantía de Fiel Cumplimiento de Obras y/o Garantía de Fiel Cumplimiento de Provisión de Material Rodante, si fuera aplicable, quedará en suspenso el plazo respectivo y tales garantías no podrán ser ejecutadas por el motivo que suscitó el arbitraje y deberán ser mantenidas vigente durante el procedimiento arbitral.

IV. Normatividad aplicable al proceso arbitral

10. Se aplica al presente proceso el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del 2017 (en adelante, "el Reglamento") y el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, "Ley de Arbitraje").

11. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

V. La Demanda presentada por METRO

12. El 29 de agosto de 2017, METRO presentó la demanda arbitral, planteando las siguientes pretensiones:

Primera pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0452-2016-GSF-OSITRAN, a través de la cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 21 de junio de 2016.

Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades impuestas mediante el Oficio N° 0452-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido cumplida en su totalidad.

Segunda pretensión principal: Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos del presente arbitraje.

VI. La Contestación de Demanda presentada por el MTC

13. El 26 de setiembre de 2017, el MTC contestó la demanda y solicitó que se declaren infundadas todas las pretensiones planteadas por METRO.

14. A través de dicho escrito, el MTC también planteó una excepción de incompetencia, argumentando que el cuestionamiento a las penalidades aplicadas a través del Oficio N° 0452-2016-GSF-OSITRAN constituye una materia no susceptible de arbitraje[1].

VII. Participación de OSITRAN como coadyuvante

15. Mediante escrito del 26 de setiembre de 2017, el MTC indicó que en el presente arbitraje se encuentra en discusión la ineficacia de actuaciones de OSITRAN, por lo que solicitó que OSITRAN sea incorporada al arbitraje. El MTC fundamentó su pedido en el artículo 23.1 del Decreto Legislativo N° 1224, que establece que en los procesos arbitrales se "debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores".

16. El 31 de octubre de 2017, OSITRAN solicitó su participación en calidad de coadyuvante y señaló que debe participar en este arbitraje porque se están cuestionando sus decisiones. Su pedido fue fundamentado en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1224 y en el artículo N° 81 del Decreto Supremo Nº 410-2015-EF.

[1] Luego de la absolución por parte de METRO y de la audiencia correspondiente, mediante Resolución N° 4 de fecha 12 de enero de 2018 el Tribunal Arbitral declaró infundada la excepción de incompetencia formulada por el MTC.

17. Mediante escrito N° 3 del 15 de noviembre de 2017, METRO se opuso a la incorporación de OSITRAN como tercero coadyuvante.

18. El 7 de diciembre de 2017 se llevó a cabo una audiencia en la que METRO y el MTC expresaron sus posiciones respecto a la solicitud de incorporación de OSITRAN.

19. Mediante Resolución N° 4 del 12 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral declaró fundada la solicitud de incorporación de OSITRAN en calidad de coadyuvante. El MTC planteó un recurso de reconsideración contra dicha Resolución, el mismo que fue declarado infundado mediante Resolución N° 6 del 19 de febrero de 2018.

VIII. Laudo Parcial

20. Mediante Resolución N° 4 del 12 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió la excepción de incompetencia formulada por el MTC y declaró fundada la solicitud de incorporación de OSITRAN en calidad de coadyuvante.

21. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera relevante reiterar que considera que las penalidades contractuales establecidas por OSITRAN tienen naturaleza civil, y que por ende son arbitrables. La naturaleza civil de las penalidades se acredita tanto en el Contrato como en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN. La fundamentación correspondiente a la naturaleza civil de las penalidades forma parte de la Resolución N° 4, por lo que el Tribunal Arbitral no se volverá a pronunciar al respecto en el presente Laudo.

IX. Fijación de puntos controvertidos

22. Mediante audiencia del 4 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral dispuso fijar las cuestiones materia de pronunciamiento en el presente arbitraje.

X. Otros escritos de las partes

23. El Tribunal Arbitral deja constancia de que al realizar el análisis contenido en el presente laudo ha tenido en cuenta todos los escritos presentados por las partes durante el presente proceso y sus anexos, incluso si no son mencionados expresamente.

24. En ese sentido, sin que la enunciación sea limitativa, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta los escritos del MTC[2] y de METRO[3] en relación a sus posiciones respecto de la fiscalización de la obra, operatividad de la imputación de penalidades y desvío de tráfico. El Tribunal también ha tenido en consideración la posición de OSITRAN como tercero coadyuvante y las respuestas de las partes a las preguntas realizadas durante la Audiencia de determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal e ilustración.

XI. Medios probatorios

25. Mediante audiencia del 4 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los medios probatorios documentales presentados por las partes.

26. De igual manera, el Tribunal Arbitral dispuso la admisión de la inspección ocular solicitada por METRO, la misma que se llevó a cabo el 22 de agosto de 2018.

27. En relación a la exhibición de documentos ofrecida por el MTC en su escrito de contestación de demanda, el Tribunal Arbitral otorgó a OSITRAN un plazo de 10 días hábiles para su presentación. Sin embargo, mediante escrito del

---

2 Escrito del MTC del 11 de abril de 2018.
3 Escrito de METRO del 18 de abril de 2018.

19 de abril de 2018, OSITRAN indicó que METRO ya había presentado los documentos requeridos, por lo que presentó documentos complementarios.

28. Mediante escrito del 11 de abril de 2018, el MTC solicitó que se actúe como prueba la declaración testimonial del señor Leoncio Giaccarini Alarcón para explicar las cuestiones relacionadas a la fiscalización de la obra y a los incumplimientos imputados. Dicha declaración testimonial fue admitida mediante Resolución N° 10 del 18 de mayo de 2018 y la audiencia correspondiente se llevó a cabo el 10 de julio de 2018.

29. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

> *"El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios".*

30. La etapa probatoria se cerró en la Audiencia de Informes Finales del 26 de octubre de 2018.

XII. Audiencias

31. El 7 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de ilustración respecto de la excepción de incompetencia e incorporación de OSITRAN.

32. El 4 de abril de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal e ilustración.

33. El 10 de julio de 2018 se llevó a cabo la Audiencia testimonial en la que se interrogó al señor Leoncio Giaccarini Alarcón.

34. El 26 de octubre de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la que las partes pudieron manifestar sus conclusiones finales con relación a la controversia materia del presente arbitraje.

XIII. Escritos de alegatos

35. El 25 de setiembre de 2018, OSITRAN, el MTC y METRO presentaron respectivamente sus escritos de alegatos.

XIV. Plazo para laudar

36. El plazo para laudar se fijó en cincuenta (50) días hábiles y vence el 11 de diciembre de 2018.

XV. Análisis de la controversia por el Tribunal Arbitral

37. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de fecha 1 de agosto de 2017; (iii) que METRO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción y de defensa; (iv) que el MTC fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y presentar medios probatorios, para ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, informar oralmente; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

38. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

39. El Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

40. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el presente laudo.

41. A continuación, el Tribunal Arbitral explica su decisión, para lo cual hace un resumen de las posiciones de las partes, expresadas en sus escritos postulatorios, en relación con cada uno de los puntos controvertidos indicados en el acta correspondiente. Luego de presentar las posiciones de las partes, el Tribunal explica su posición. Al hacerlo, el Tribunal hará referencia a los hechos y argumentos vertidos por las partes no solamente en sus escritos postulatorios, sino también en los demás escritos y/o audiencias. El hecho de que para sustentar su posición el Tribunal Arbitral no mencione todos los argumentos de las partes no significa que no los haya tenido en cuenta al momento de resolver.

A. Posición de METRO

i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades

42. METRO solicita que se deje sin efecto la Penalidad impuesta por OSITRAN por el supuesto incumplimiento a obligaciones de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico establecidas en la cláusula 6.74 del Contrato, entre los días 1 al 21 de junio de 2016.

43. METRO señala que la Penalidad se encuentra plasmada en el Anexo 10 del Contrato denominado "Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha", dentro de las cuales se incluye aquella respecto al "incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico":

44. M

Tabla N° 2: Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha

Monto en UIT	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
2 UIT	Incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico.	Cada día

RO explica que la controversia surge en el marco de la ejecución del Pozo de Ventilación N° 23 (en adelante, "PV23")[4] y que los incumplimientos cuestionados en este arbitraje son[5]:

- Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23.

- Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al Plan de Desvío aprobado por la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la "MML").

4 Demanda, pár. 2.12.
5 Demanda, párs. 2.16 – 2-17.

45. El cuestionamiento de METRO a las referidas penalidades se enmarca dentro de dos pilares: (a) indebido procedimiento para la aplicación de penalidades; y, (b) que no se habría tomado en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad con relación al desvío de tráfico[6].

a. Procedimiento para la aplicación de penalidades

46. METRO señala que según la cláusula 17.13 del Contrato, para que OSITRAN pueda emitir un pronunciamiento que le permita aplicar las penalidades pactadas deberá cumplir con los siguientes pasos: (i) determinar primero el incumplimiento contractual; (ii) comunicar el incumplimiento detectado al Concesionario e indicar los mecanismos de subsanación correspondientes; y/o, (iii) aplicar la penalidad.

47. METRO indica que se ha omitido un paso muy importante según el cual el Regulador debe comunicar al Concedente y al Concesionario el incumplimiento detectado e indicar los mecanismos de subsanación con los plazos correspondientes. METRO agrega que, en este caso, OSITRAN no comunicó el supuesto incumplimiento para la subsanación o descargo y que se notificó cuatro meses después del supuesto incumplimiento, conjuntamente con la penalidad[7].

48. METRO indica que la intimación en mora es un requisito contractualmente previsto para el inicio del devengo de penalidades[8]. Sin perjuicio de lo anterior, METRO señala que resulta aplicable de manera supletoria lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil y que las partes no han excluido

---

6 Escrito de Alegatos, págs. 1.4 -1.6.
7 Escrito de Alegatos, págs. 2.2 -2-3.
8 Demanda, pár. 5.16.

expresamente la intimación en mora para que se impute la existencia de un incumplimiento[9].

49. METRO considera que el procedimiento para la aplicación de penalidades no se cumplió adecuadamente, dado que se colocó al Concesionario en una situación de indefensión, ya que no se dio aviso del incumplimiento de un tiempo razonable ni la oportunidad de hacer descargos y eventualmente poder subsanar el incumplimiento, de existir[10].

b. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23

50. METRO señala que la señal PC-11 se encontraba instalada de acuerdo con los planos del Estudio de Ingeniería Definitiva del PV23 y los planos aprobados por la GTU[11]. Agrega que la señal PC-11 es una tranquera informativa, cuyos datos se refieren a la autorización de la obra[12].

51. METRO indica que OSITRAN no puede alegar como incumplimiento del mantenimiento y plan de desvíos la falta de datos en un cartel que no tiene influencia alguna en el cumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 6.74 del Contrato[13] y que la falta de datos en un cartel de la obra no tiene un impacto en la circulación vial[14].

52. METRO sostiene que la falta de datos del cartel PC-11 no implica de ninguna manera un incumplimiento total ni sustancial a las obligaciones del plan de desvíos[15] y que si se considerase que este hecho califica como un

---

9 Demanda, párs. 5.21 -5-22.
10 Escrito de Alegatos, pár. 2.5.
11 Demanda, pár. 5.30.
12 Demanda, pár. 5.31.
13 Demanda, pár. 5.32.
14 Demanda, pár. 5.33.
15 Escrito N° 6, pár. 1.3.

incumplimiento, ello no representa ni el 1% de la señalización implementada como parte del plan de desvíos[16].

53. METRO agrega que la falta de dicho cartel no implicaría de ninguna manera un real riesgo a la integridad de los usuarios o vehículos, ni tampoco aumentaría el riesgo de accidentes bajo ningún supuesto[17].

c. Falta de implementación del desvío de tráfico

54. METRO señala que OSITRAN ha aplicado una penalidad por un supuesto incumplimiento del plan de desvío de tráfico, debido a que los camiones o vehículos en general no cumplían con el plan de desvíos implementado por el Concesionario. Según METRO, la Penalidad no ha sido impuesta por no cumplir con implementar el plan de desvíos, sino porque los vehículos no lo respetaban, a pesar de estar correctamente implementado[18].

55. METRO parte de la premisa de que el plan de desvíos estaba correctamente implementado, debido a que esto no ha sido discutido ni por OSITRAN ni por el MTC ni por la MML[19].

56. Por lo anterior, METRO indica que, en aplicación del artículo 1343 del Código Civil, se ha presentado un supuesto de exoneración de responsabilidad por hecho determinante de un tercero, considerando que no puede exigirse a METRO que tome atribuciones y obligaciones reservadas a la administración pública[20].

57. METRO señala que constituye una función pública indelegable al Concesionario la de fiscalización del servicio público de transporte de

---

16 Escrito N° 6, pár. 1.5.
17 Escrito N° 6, pár. 1.7.
18 Escrito de Alegatos, párs. 3.3.
19 Escrito N° 5, pár.33.
20 Escrito de Alegatos, pár. 2.5.

personas y cargas, por lo que no se le puede penalizar por una obligación de orden público sobre la que no tiene competencia[21].

ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades

58. Como pretensión subordinada, METRO solicita la reducción de la Penalidad en aplicación del artículo 1346 del Código Civil.

59. METRO ha señalado que su solicitud de reducción de penalidades se relaciona específicamente al incumplimiento referido al cartel PC-11 y no al desvío del tráfico[22].

60. METRO sostiene que no se ha imputado un incumplimiento total ni sustancial del plan de desvíos y que los incumplimientos alegados se refieren únicamente a hechos muy puntales que de ninguna forma han afectado el objetivo principal de esta prestación, que es mantener el tránsito de manera segura durante la ejecución de las obras de construcción[23]. METRO agrega que la falta del cartel PC-11 no implicaría de ninguna manera un real riesgo a la integridad de los usuarios o vehículos, ni tampoco aumentaría el riesgo de accidentes bajo ningún supuesto[24].

iii. Segunda pretensión principal: costos del arbitraje

61. Como segunda pretensión principal, METRO solicita que se ordene al MTC asumir los costos del presente arbitraje.

B. <u>Posición del MTC</u>

i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades

---

21 Demanda, párs. 5.35.-5.54.
22 Escrito N° 5, pár. 4.3.
23 Demanda, pár. 6.4.
24 Escrito de alegatos, pár.4.6.

a. Procedimiento para la aplicación de penalidades

62. El MTC sostiene que el Contrato cuenta con una regulación suficiente para reglamentar los aspectos referidos a la aplicación de penalidades, sin que sea necesaria ni oportuna la aplicación de las normas del Código Civil y que debe aplicarse la regulación contenida en las cláusulas 17.12. a 17.17 del Contrato[25]. El MTC señala que la Penalidad ha sido correctamente impuesta a METRO en el marco de dicha regulación.

63. El MTC sostiene que las partes acordaron reglas específicas en cuanto a la intimación dirigida al concesionario, estableciendo que tal intimación no era un presupuesto necesario para la aplicación de penalidades[26]:

> Cláusula 17.13 del Contrato
>
> "*En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10*".
>
> Cláusula 17.7 del Contrato
>
> *"En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, el Regulador, podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y/o penalidades que corresponda".*

64. Así, de una interpretación de las cláusulas transcritas, el MTC señala que se dispuso que ante el incumplimiento: (i) OSITRAN comunicaría el incumplimiento indicando los mecanismos de subsanación y/o aplicaría las penalidades previstas en el Contrato, es decir, contaría con dos posibilidades de actuación que podía ejercer conjunta o alternativamente, (ii) OSITRAN tendría discrecionalidad para exigir las subsanaciones necesarias, sin

---

25 Contestación de demanda, pár. 74.

26 Contestación de demanda, pár. 86.

perjuicio de la aplicación de sanciones y/o penalidades, es decir, que la intimación no era un requisito necesario para la aplicación de penalidades, pues estas se aplicarían sin perjuicio de ello[27].

65. Sin perjuicio de lo anterior, el MTC agrega que en caso el Tribunal Arbitral considere apropiado aplicar lo previsto por el Código Civil, el propio artículo 1333 establece que no es necesaria la intimación en mora cuando las partes lo acuerden contractualmente[28].

66. El MTC indica que la cláusula 6.74 del Contrato establece que METRO es responsable del cumplimiento del plan de desvíos y que la cláusula 17.3 dispone que en caso OSITRAN verifique el incumplimiento de obligaciones contractuales por el Concesionario, aplicará las penalidades contenidas en el Anexo 10. Añade el MTC que la Tabla 2 del Anexo 10 del Contrato establece expresamente que el "incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico" será penalizado diariamente con 2 UIT, lo que implica la aplicación automática de la penalidad por cada día de atraso[29].

b. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23

67. El MTC señala que la señalización se encuentra incompleta y que ello se evidencia de la lectura del Informe Ejecutivo Diario del Plan y Control de Desvío, que en lo referido al PV23 señala "*falta completar con datos de obra la señalización vertical tipo PC-11, el cual se puede observar en la foto 28 y en el croquis de la foto 29. La foto y el croquis se encuentran en las páginas 12 y 13 respectivamente*[30]".

---

27 Contestación de demanda, pár. 86.
28 Contestación de demanda, pár. 88.
29 Contestación de demanda, pár. 93.
30 Contestación de demanda, pár. 98.

68. El MTC hace énfasis en que METRO no ha negado que la señalización se encuentre incompleta[31].

69. El MTC agrega que la Ordenanza N° 1680 de la MML establece el contenido de las señales verticales tipo que deben colocarse en la ejecución de las obras en general, entre las cuales se ubica la señal vertical PC-11 que debe contener la siguiente información: contratista, contratante, obra, fecha de obras, plazo de ejecución, número de resolución de la subgerencia de ingeniera de tránsito de la MML y teléfono de emergencia. El MTC precisa que el hecho de no completar estos datos implica un incumplimiento a la cláusula 6.74 del Contrato[32].

70. En esa línea, el MTC señala que el volumen 6, numeral 7.4. del EDI del PV23 y en los planos aprobados por la Subgerencia de Ingeniería de Tránsito de la MML, se encuentra la cartilla de señalización vertical de la obra. En la referida cartilla se encuentra la señalización PC-11 que debe contener información de los datos exactos de la obra que se ejecuta[33].

71. El MTC indica que la falta de datos de un cartel sí tiene influencia en el cumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato, debido a que el plan de desvío está referido a tres elementos, dentro de los cuales se encuentra la implementación de señales verticales[34]. Además, señala que la señal vertical PC-11 debe contener la información de la obra a efectos de que la ciudadanía tenga conocimiento de la misma, su duración, quién la ha contratado y quién la ejecuta, así como que cuenta con la autorización respectiva[35].

72. El MTC agrega que, de haberse presentado un accidente en el lugar de las obras, no se contaba con los datos de la obra y los números de emergencia

---

31 Contestación de demanda, pár. 100.
32 Contestación de demanda, pár. 102.
33 Contestación de demanda, pár. 103.
34 Contestación de demanda, pár. 104.
35 Contestación de demanda, pár. 105.

para su atención inmediata, es decir, se podrían haber ocasionado graves perjuicios no solo para los contratantes sino para los peatones y/o contratistas[36].

73. El MTC señala que la penalización por este incumplimiento de parte del Concesionario implica una responsabilidad estricta u objetiva que prescinde de cualquier elemento subjetivo en la configuración del incumplimiento contractual[37].

c. Falta de implementación del desvío de tráfico

74. El MTC sostiene que con la cláusula 6.74. del Contrato, METRO asumió la responsabilidad de elaboración, tramitación, gestión y cumplimiento del plan de desvíos. El MTC agrega que METRO no niega haber asumido esta obligación[38].

75. El MTC indica que el hecho de que los transportistas no cumplan con respetar el plan de desvíos, no es imprevisible y que METRO debió adoptar las acciones necesarias para prever tal eventualidad o en todo caso, para asumir libremente y con conocimiento, la responsabilidad por el incumplimiento de tal obligación[39].

76. El MTC señala que la única defensa de METRO consiste en la aplicación de normas del Código Civil y que aún en el supuesto negado que el Tribunal considere apropiado aplicar dichas normas, el Contrato regula expresamente los supuestos en los cuales podrá eximirse a las partes del cumplimiento de las obligaciones asumidas. Así, el MTC sostiene que se han establecido de forma taxativa los casos en los que la falta de ejecución de una prestación podría encontrarse justificada y que en el presente caso no se cumpliría con

---

36 Escrito S/N "Precisiones y ofrecemos prueba", pár. 4.13.
37 Escrito de alegatos, pár.33.
38 Contestación de demanda, párs.108-109.
39 Escrito S/N "Precisiones y ofrecemos prueba", pár. 4.17.

los requisitos para que se configure un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor[40].

ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades

77. El MTC señala que no corresponde la reducción de penalidades dado que el Derecho Civil no es aplicable a la contratación administrativa y que las penalidades en la contratación administrativa tienen como propósito prever los alcances de la indemnización, pues el interés de la administración no radica en obtener una compensación económica por el incumplimiento, sino en impedir en el mayor grado posible que este se produzca[41].

78. En el mismo sentido, el MTC indica que la penalidad establecida en el Contrato tiene como fundamento generar incentivos al Concesionario para que cumpla con sus obligaciones contractuales, por lo que la reducción de la penalidad podría verse como un desincentivo para el cumplimiento de las obligaciones[42].

79. Además, el MTC señala que METRO no ha establecido ningún parámetro en virtud al cual deba determinarse la reducción que solicita, limitándose únicamente a sostener que tal reducción debe realizarse equitativamente.

C. <u>Posición de OSITRAN</u>

i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades

a. Procedimiento para la aplicación de penalidades

40 Contestación de demanda, págs.115-116.
41 Contestación de demanda, págs.124.
42 Escrito de alegatos, pág.39.

80. OSITRAN señala que la decisión de comunicar los incumplimientos de manera directa no supone una decisión arbitraria ni unilateral, sino una alternativa establecida por las partes en la cláusula 17.13 del Contrato, por lo que OSITRAN ha operado dentro de los lineamientos establecidos por las mismas partes[43].

81. OSITRAN indica que tratándose de la aplicación de penalidades no se requiere de un aviso previo para que el procedimiento sea razonable o válido, sino que se tiene que respetar lo establecido en el Contrato[44].

b. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23

82. OSITRAN señala que la señal PC-11 estaba comprendida en el plano aprobado por la GTU y que sin embargo METRO puso la señal sin la información sobre la que ya tenía conocimiento[45].

c. Falta de implementación del desvío de tráfico

83. OSITRAN indica que, a través del encargado de realizar la supervisión del desvío de tráfico, observó que en los días 1 al 21 de junio de 2016, el transporte público y de carga no cumplió con el recorrido del plan de desvíos aprobado por la GTU[46].

84. OSITRAN agrega que dicho plan fue elaborado por METRO, pero que, sin embargo, no lo cumplió. OSITRAN precisa que la MML le indicó a METRO que mantenga controlada la vía con personal civil calificado (vigías), pero que METRO no cumplió con ello[47].

---

43 Escrito N° 6, pár. 9.
44 Escrito N° 6, pár. 10.
45 Escrito de alegatos, párs. 25-29.
46 Escrito de alegatos, párs. 30-32.
47 Escrito de alegatos, pár. 23.

ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades

85. OSITRAN señala que mantiene la misma posición que el MTC en el sentido que no se puede reducir las penalidades impuestas por OSITRAN. OSITRAN considera que basta que no esté o esté incompleta cualquier señalética para que exista un incumplimiento[48].

86. OSITRAN agrega que el Contrato no considera la posibilidad de reducciones y que las penalidades no pueden ser reducidas por el Tribunal Arbitral[49].

D. <u>Posición del Tribunal Arbitral</u>

i. Primera pretensión principal: aplicación de penalidades

a. Procedimiento para la aplicación de penalidades

87. La controversia entre las partes en relación al procedimiento para la aplicación de penalidades consiste fundamentalmente en determinar si OSITRAN debió intimar en mora a METRO de manera previa a la imposición de las mismas.

88. En relación con lo anterior, el Tribunal considera que se debe acudir a la regulación contractual sobre la materia:

> *Cláusula 17.7.*
> *"En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, el Regulador, podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y/o penalidades que corresponda".*
>
> *Cláusula 17.13.*
> *"En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al*

48 Escrito N° 6, pár. 22.
49 Escrito N° 6, págs. 25-26.

CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10".

89. De las citadas disposiciones contractuales, el Tribunal Arbitral considera que no es correcto afirmar que OSITRAN debe en primer lugar imputar el incumplimiento (intimar en mora) y luego aplicar la penalidad establecida en el Contrato. La cláusula 17.7 establece que OSITRAN podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de penalidades. A criterio del Tribunal Arbitral, esto significa que no es un requisito exigir previamente la subsanación y/o intimar en mora para luego recién poder imponer la penalidad, como sostiene METRO.

90. Por su parte, la cláusula 17.13 indica que OSITRAN, al comunicar el incumplimiento, comunicará además los mecanismos de subsanación y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10. Es decir, permite al regulador comunicar que ha habido un incumplimiento y, en el mismo acto, imponer las penalidades correspondientes. El Tribunal Arbitral considera que la regulación antes indicada es clara en el sentido que OSITRAN está facultado a imponer las penalidades correspondientes en el mismo acto en el que comunique un incumplimiento, sin que sea necesaria la intimación en mora.

91. Dicha regulación, a criterio del Tribunal, también faculta a OSITRAN a comunicar los mecanismos de subsanación sin la aplicación simultánea de penalidades, tal como ocurrió mediante Carta N° 1250-206-MML/GTU-SIT de fecha 28 de junio de 2016[50], pero ello no implica que la intimación en mora sea un requisito pactado. Nótese a tal efecto el uso de las conjunciones copulativa y disyuntiva "y/o".

[50] Carta N° 1250-206-MML/GTU-SIT de fecha 28 de junio de 2016 (Anexo 1-H de la demanda).

92. De esta manera, el Tribunal Arbitral considera que las cláusulas contractuales antes referidas reflejan el acuerdo entre las partes para dispensar el requisito de intimación en mora contenido en el artículo 1333 del Código Civil, por lo que discrepa de la posición de METRO, según la cual OSITRAN no habría seguido el procedimiento acordado, o en su defecto, el procedimiento supletorio del Código Civil para la imposición de penalidades.

b. Plan de Desvíos

93. El Tribunal considera relevante comenzar por abordar el concepto general de Plan de Desvíos, debido a que los incumplimientos imputados se enmarcan dentro de este concepto. El principal objetivo del proyecto de desvíos es minimizar las afectaciones que conductores, peatones y vecinos puedan experimentar debido a las obras que obligan a desviar el tránsito en aquellas calles y avenidas en las que se construirá la nueva infraestructura[51].

94. El Plan de Desvíos fue aprobado por la MML mediante Resolución de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT (complementada a través de la Resolución de Subgerencia N° 4045-2015-MML/GTU-SIT y ampliada provisionalmente a través de la Resolución de Subgerencia N°4648-2016-MML/GTU-SIT) (en adelante, la "Resolución") a través de la cual se autorizó a METRO para que interfiera de manera temporal el tránsito debido a la ejecución del proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett-Av. Gambeta de la Red Básica de Metro de Lima y Callao".

95. Algunas de las disposiciones de la Resolución son las siguientes[52]:

- Artículo segundo: señala las vías alternas que deberá tomar el transporte público y privado durante la intervención de las vías.

---

51 Plan de Desvíos de Tránsito Etapa 1A, Solicitud de autorización de interferencia de vías a la MML (Anexo 1-B de la demanda).

52 Resolución de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT (Anexo 1-D de la demanda).

- Artículo octavo: señala que se modifica temporalmente el sentido de la circulación del tránsito vehicular en ciertas vías.

- Artículo noveno: señala que METRO deberá efectuar los trabajos de señalización horizontal y vertical que permitan la implementación de las Zonas Rígidas de las vías y Cambio de sentido a que se refiere el artículo segundo y el artículo octavo.

- Artículo décimo tercero: la interferencia de la vía deberá realizarse respetando estrictamente las normas de seguridad y señalización vertical preventiva e informativa.

- Artículo décimo sexto: METRO queda obligada a cumplir en todo momento con mantener constantemente y debidamente señalizadas las vías interferidas, así como las áreas de trabajo, haciéndose responsable por cualquier accidente o daños a terceros que se pudiera generar debido a la falta de señalización.

c. Falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23

96. El Tribunal Arbitral considera que para analizar el incumplimiento imputado a METRO en relación a la falta de colocación de la señal vertical PC-11 en el área del Micro Desvío correspondiente al PV23, debe partirse por determinar el alcance de la obligación.

97. La obligación de colocar la señal vertical PC-11 se enmarca en la cláusula 6.74 del Contrato, la misma que establece lo siguiente:

> *"**Mantenimiento del Tránsito y Plan de Desvíos***
> *El CONCESIONARIO será responsable de la elaboración, tramitación, gestión y el cumplimiento del plan de desvíos, así como los costos asociados a su implementación, en el Tramo o Tramos donde se ubique la Obra, desde la entrega del Área de la Concesión de la Etapa que corresponda, hasta la recepción de las Obras, y estará sujeto a supervisión y fiscalización, siendo las*

labores de control de tránsito donde se ubiquen las obras de competencia del Regulador, en concordancia con el Decreto Supremo N° 016-2009-MTC".

98. La cláusula antes citada regula dos obligaciones: (i) mantenimiento de tránsito y (ii) desvío de tráfico. Lo referido a la señal vertical PC-11 se encuentra dentro del concepto de mantenimiento de tránsito. Al respecto, ambas partes se encuentran de acuerdo con que el concepto de "mantenimiento del tránsito" está referido a tres elementos: (i) implementación de señalización horizontal, (ii) implementación de señales verticales y (iii) control policial[53].

99. Específicamente, la obligación de implementación de señales verticales se encuentra comprendida en el Plan de Desvíos aprobado por la Resolución, tal como se indicó en el numeral 95 anterior y es parte de la propuesta de mitigación incluida en el mencionado plan:

> *"La magnitud del proyecto exige una medida de mitigación de acorde con los desvíos planteados.*
>
> *(...)*
>
> *Instalación de señalización vertical conforme el Manual de Dispositivos de Control de Tránsito del Ministerio de Transporte y la Cartilla de Señalización de la Gerencia de Transporte Urbano de Lima, tal como se especifica en los planos de desvíos de tránsito que acompañan a este documento"*[54].

100. Por su parte, la propuesta técnica detalla cuál es la función de las señales verticales:

> *"La función de las señales verticales es proporcionar seguridad a los usuarios y peatones y trabajadores y de guiar el tránsito a través de los posibles itinerarios alternativos durante la ejecución de la obra. Dentro de este tipo de señalización encontramos 4 grupos: señales preventivas, señales restrictivas (o de reglamento), señales informativas y señales de seguridad*[55]".

---

53 Demanda, pár. 2.3., Contestación de demanda, pár. 97.

54 Plan de Desvíos de Tránsito Etapa 1A, Solicitud de autorización de interferencia de vías a la MML (Anexo 1-B de la demanda).

55 Propuesta Técnica, Estudio de Desvío de Tráfico, p. 12631 (Anexo 1-A de la demanda).

101. De esta manera, la obligación de colocar la señal vertical PC-11 es parte de la obligación de implementación de señales verticales y específicamente se refiere a un cartel de datos que debía ubicarse en el PV23, según los planos aprobados para dicho pozo[56], los mismos que establecen que la señal vertical PC-11 debe incluir los siguientes datos: contratista, contratante, obra, fecha de obras, plazo de ejecución, número de resolución de la subgerencia de ingeniera de tránsito de la MML y teléfono de emergencia.

102. Debe tenerse en cuenta también que, a través de la aprobación del Plan de Desvíos, METRO se obligó a cumplir en todo momento con mantener constantemente y debidamente señalizadas las vías interferidas, así como las áreas de trabajo[57].

103. Así, el incumplimiento imputado consiste en que entre los días 1 y 21 de junio de 2016, la señal PC-11 no contaba con los datos requeridos. Al respecto, el Tribunal Arbitral nota que, a lo largo del arbitraje, METRO no ha negado que la señal PC-11 no haya contado con la información requerida en el periodo correspondiente; por el contrario, METRO ha reconocido el incumplimiento: "*El único incumplimiento objetivo advertido por OSITRAN es el relacionado al cartel PC-11, siendo que se nos penalizó por no tener la información del proyecto*[58]".

104. De igual manera, al absolver la observación referida a la falta de datos, METRO no negó dicho hecho, sino que señaló que la señal PC-11 estaba instalada, pero sin datos[59].

105. Por tanto, el Tribunal Arbitral concluye que en efecto se configuró un incumplimiento a la cláusula 6.74 del Contrato. De esta manera, lo que

---

56 Anexos 1-H y 1-G de escrito No. 5 Presentado por OSITRAN.

57 Plan de Desvíos de Tránsito Etapa 1A, Solicitud de autorización de interferencia de vías a la MML (Anexo 1-B de la demanda).

58 Escrito de alegatos, par. 4.1.

59 Informe Técnico 06-2016-ECE-CCM2L (Anexo 1-P de la demanda).

corresponde es determinar si este incumplimiento habilitaba a OSITRAN a aplicar penalidades.

106. Como se ha indicado, la cláusula 6.74 del Contrato establece la obligación referida al Plan de Desvíos; por su parte, la cláusula 17.13 del Contrato señala que ante el incumplimiento de METRO se aplicarán las penalidades del Anexo 10. La Tabla 2 del Anexo 10 específicamente establece las penalidades para el incumplimiento del "mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico". Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que sí corresponde la aplicación de penalidades frente a dicho incumplimiento. El alcance de dicha aplicación se analiza en los acápites que siguen.

107. METRO argumenta que "*la falta de dicho cartel no implicaría de ninguna manera un real riesgo a la integridad de los usuarios o vehículos, ni tampoco aumentaría el riesgo de accidentes bajo ningún supuesto*[60]".

108. Al respecto, el MTC señala que "*de haberse presentado u ocasionado un accidente en el lugar de las obras, no se contaba con los datos de la obra y los números de emergencia, para su atención inmediata; es decir, se podrían haber ocasionado graves perjuicios no solo para los contratantes sino para los peatones y/o transportistas*[61]".

109. El Tribunal Arbitral considera que, atendiendo a la naturaleza de la obligación de contar con un cartel con los datos de la obra, el hecho de no haberlos colocado supone incumplimiento, sin perjuicio de que no se haya presentado ningún accidente en los hechos. El propósito de una señalización adecuada es preventivo, de modo que para que se configure el incumplimiento no es necesario que se presente alguno de los hechos que precisamente se pretende evitar. Sostener lo contrario supondría desnaturalizar el carácter de la referida obligación.

---

60 Escrito N° 6, pár. 1.7.

61 Escrito "precisiones y ofrecemos prueba", pár. 4.13.

110. De esta manera, siendo que se ha corroborado el incumplimiento, corresponde el pago de la penalidad acordada. Debe tenerse en cuenta que como regla general, quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, debe responder por el incumplimiento[62].

111. En ese sentido, el artículo 1329 del Código Civil señala que "*se presume que la inejecución, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*".

112. Así, en este caso se presume la culpa leve de METRO al no haber consignado los datos en el cartel PC-11. Debe tenerse en cuenta que según el artículo 1320 del Código Civil "*actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*".

113. Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que METRO no ha demostrado haber actuado con diligencia ordinaria, considerando que la naturaleza de la obligación de colocar datos en un cartel, debería ser de sencillo cumplimiento para una empresa concesionaria.

114. En ese sentido, el Tribunal Arbitral discrepa con la posición de METRO y concluye que se ha configurado un incumplimiento al plan de desvíos y que corresponde la aplicación de la penalidad establecida en la Tabla 2 del Anexo 10 del Contrato.

d. Falta de implementación del desvío de tráfico

115. El segundo incumplimiento imputado a METRO está referido a la falta de implementación del desvío de tráfico de acuerdo al Plan de Desvío aprobado por la MML, según se ha detallado en los numerales 93 a 95 de este Laudo.

---

62 Artículo 1321 del Código Civil.

116. Como se ha indicado, la cláusula 6.74 regula dos obligaciones (i) mantenimiento de tránsito y (ii) desvío de tráfico. El desvío de tráfico tiene por objeto que las rutas de transporte eviten las zonas de obra, a través del desvío de transporte público, transporte privado, transporte pesado y de carga hacía vías alternas[63].

117. Específicamente, en relación al desvío de tráfico, la mencionada cláusula establece lo siguiente: "*El CONCESIONARIO será responsable de la **elaboración**, **tramitación**, **gestión** y el **cumplimiento** del plan de desvíos, así como los costos asociados a su **implementación** (...)*".

118. De una lectura de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que METRO es responsable no solo de la elaboración del plan de desvíos, sino también de su cumplimiento; por tanto, debe analizarse cuál es el alcance de la obligación referida al "cumplimiento del plan de desvíos" para determinar si hubo un incumplimiento.

119. El hecho imputado por OSITRAN está referido a que entre el 1 y el 21 de junio de 2016 camiones y vehículos en general no cumplieron el plan de desvíos implementado por METRO. Al respecto, METRO no niega que en efecto se haya producido este incumplimiento ni tampoco cuestiona el alcance de esta obligación, tal como resalta el MTC[64], sino que alega que no sería imputable debido a que se habría configurado un hecho determinante de tercero en virtud del artículo 1343 del Código Civil.

120. Sobre lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que para que pueda configurarse el hecho determinante de un tercero como elemento de ruptura del nexo causal, primero tiene que determinarse que en efecto existe una obligación. En este caso, como se ha explicado, la obligación consiste en el

---

63 Informe N°0348-2016-JCFM-GSF-OSITRAN (Anexo 1-G de la demanda).
64 Contestación de demanda, pár. 1.12.

"cumplimiento del plan de desvíos", lo que necesariamente depende del efectivo cumplimiento por parte de los transportistas.

121. Entonces, dado que la obligación de cumplimiento del plan de desvío necesariamente está vinculada al accionar de terceros, no tendría sentido ampararse en un hecho determinante de un tercero como generador de la ruptura del nexo causal. Así pues, un planteamiento como el que pretende METRO implica vaciar de contenido la obligación de "cumplimiento" del plan de desvío, pues METRO jamás podría ser responsable de su inejecución.

122. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que es atendible el argumento de METRO según el cual constituye una función pública indelegable al Concesionario aquella referida a la fiscalización del servicio público de transporte de personas y cargas, pero dicho planteamiento debe ser interpretado en conjunto con la cláusula 6.74 del Contrato, en virtud de la cual METRO se obligó no solo a la implementación del plan de desvíos, sino también a su cumplimiento.

123. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que en este caso debe analizarse si METRO actuó o no con la diligencia ordinaria esperable dentro del marco de su obligación asumida en la cláusula 6.74 del Contrato. Para ello, debe tenerse en cuenta que en virtud del artículo 1329 del Código Civil "*se presume que la inejecución, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*". Esto significa que se presume que el incumplimiento del plan de desvíos obedece a culpa leve de METRO, lo que implica que METRO tiene la carga de la prueba de demostrar que sí actuó con diligencia ordinaria para el efectivo cumplimiento del plan de desvíos.

124. De lo actuado en el arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que METRO no ha cumplido con indicar cuáles son las acciones que habría tomado para lograr el cumplimiento del plan de desvíos. El Tribunal Arbitral advierte que la fundamentación de METRO ha estado orientada a indicar que sí cumplió con

implementar el plan de desvíos; sin embargo, como se ha explicado, la obligación de la cláusula 6.74 supone también el cumplimiento del mismo (y no solo su implementación).

125. Para llegar a la conclusión anterior, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta que luego de diciembre de 2015, no fue posible para METRO tener un convenio con la Policía Nacional del Perú[65], debido a que mediante Decreto Legislativo N° 1230 se estableció una prohibición para los efectivos policiales de usar el uniforme reglamentario, los distintivos y las divisas de la Policía Nacional del Perú, así como el armamento provisto por el Estado para la realización de actividades distintas a la función policial[66]. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral considera que el no haber contado con efectivos policiales para hacer cumplir el plan de desvíos no es elemento suficiente para revertir la carga de la prueba de METRO de demostrar cuáles fueron las acciones que tomó para cumplir con su obligación.

126. La conclusión anterior se ve reforzada por el hecho de que la MML, considerando que desde enero de 2016 el marco legal había afectado la permanencia policial, solicitó a METRO que mantenga controlada la vía por personal civil calificado (vigías), lo que no fue cumplido por METRO[67]. Debe tenerse en cuenta que según el Plan de Desvíos, METRO no solo debía contar con personal de la Policía Nacional del Perú, sino que además, su obligación de mitigación abarcaba la necesidad de contar con personal de la propia obra:

> *" **7.2. Mitigación de impactos negativos por el desvío de tránsito***
> *7.2.1. Descripción de las acciones que realizar al plan de desvíos*
> *(...)*
> *f) Se ubicará punto de Control del tránsito en las zonas potencialmente conflictivas con agentes de policía (PNP – Tránsito) (se adjunta plano con la ubicación de control) y en zonas de menos conflicto con*

65 Decreto Legislativo N° 1238.
66 Oficio 1145-2015-EMG-PNP/DIRINDES-DIVCT, Anexo 12 del Informe Técnico 06-2016-ECE-CCM2L (Anexo 1-P de la demanda).
67 Informe N° 127-2016-JFI-GSF-OSITRAN (Anexo 1-G de la demanda).

> ***personal propio (banderilleros) de ser necesario**. **En las secciones de la Carretera Central afectadas directamente por la ejecución de los pozos de ventilación y las estaciones se dispondrán banderilleros para controlar el tránsito** en los nuevos carriles del desvío; y además se han determinado cuatro puntos de control en los itinerarios del Desvío de tránsito que serán regulados por la policía **con el apoyo de banderilleros**: un primer punto de control en la intersección de C. Minería y Santa Rosa con Carretera Central, otro en Óvalo Riva Agüero, otro en la intersección de avenida Metropolitana con avenida 22 de Julio y un cuarto punto de control del tránsito en el óvalo de avenida Los Ángeles con avenida Río Perene[68]".*

127. Pese lo anterior, como se ha señalado, METRO no ha acreditado haber contado con personal propio para el cumplimiento del desvío de tránsito, tal como era requerido y como fue expresamente solicitado por la MML durante la ejecución del Contrato.

128. En ese sentido, el Tribunal Arbitral, sin desconocer que hay elementos de la obligación relativa a cumplimiento del plan de desvío de tráfico que recaen en la función pública del Estado, por lo que no corresponde ser ejercida por los particulares, concluye que METRO asumió el riesgo correspondiente en la cláusula 6.74, y no ha cumplido con demostrar que actuó con diligencia ordinaria, por lo que se presume que el incumplimiento obedece a culpa leve.

129. Así pues, al estar frente a un incumplimiento de la cláusula 6.74, corresponde la aplicación de las penalidades acordadas en la Tabla 2 del Anexo 10 del Contrato.

ii. Pretensión subordinada a la primera pretensión principal: reducción de penalidades

130. Como pretensión subordinada a la primera pretensión principal, METRO solicita la reducción de la Penalidad. Como premisa para el análisis de esta pretensión, se debe tener en cuenta, tal como se ha indicado en la sección VIII del presente Laudo, que el Tribunal Arbitral ya ha concluido que las

---

[68] Plan de Desvíos de Tránsito Etapa 1A, Solicitud de autorización de interferencia de vías a la MML (Anexo 1-B de la demanda).

penalidades del Contrato tienen naturaleza civil, por lo que en abstracto, es posible invocar el artículo 1346 del Código Civil.

131. Al respecto, cabe precisar que la sección XVIII del Contrato contempla el régimen de incumplimiento contractual en la cláusula 17.2, la cual establece lo siguiente:

> *"(...) Penalidades Contractuales*
> *17.12. El regulador, se encuentra facultado para aplicar las* ***penalidades contractuales*** *establecidas en el Contrato (...)".*

132. Asimismo, la naturaleza civil de las penalidades contractuales también se ve reflejada en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, el cual establece lo siguiente:

> *"Artículo 3.- Definiciones. –*
> *Para efectos del Reglamento, entiéndase por:*
> *(...)*
> *Penalidad: Estipulación o cláusula contractual por la que las partes acuerdan limitar anticipadamente el resarcimiento por el incumplimiento de una obligación y que* ***tiene naturaleza civil****".*

133. De igual manera, tal como se ha indicado en la Resolución N° 4 del 12 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral considera que el MTC y OSITRAN deben reconocer la naturaleza civil de las penalidades que impone OSITRAN y específicamente que su función es resarcitoria y no sancionadora[69].

134. En ese sentido, al concluirse que las penalidades tienen naturaleza civil, el Tribunal Arbitral considera que en abstracto es factible la aplicación del artículo 1346 del Código Civil en lo referido a la reducción de penalidades;

---

69 Resolución N° 4 de fecha 12 de enero de 2018.

por tanto, corresponde determinar si en este caso en concreto corresponde o no reducirlas. Debe tenerse en cuenta, además, que la reducción de penalidades solicitada por METRO está dirigida únicamente a las penalidades referidas al incumplimiento de mantenimiento de tránsito en relación al cartel PC-11 y no al incumplimiento referido al desvío del tráfico[70].

135. Para realizar el presente análisis, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta que la facultad de reducir penalidades debe aplicarse considerando que esta regla implica un conflicto entre seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión[71]. Por ello, la discrecionalidad con la que cuentan los juzgadores debe ser aplicada de manera rigurosa:

> "*... por noble y venerable que sea la apelación a la "equidad" de Códigos como el italiano o paraguayo, o su reducción cuando la misma es "desproporcionada", estos términos pueden – y deben- ser precisados en el ámbito de la cláusula penal. En caso contrario, el juez puede sencillamente fallar conforme a su capricho, o su visión de lo que es equitativo para el caso concreto, o de lo que para él es desproporcionado, etc. Esto abre una puerta discrecional excesiva, que en el ámbito de los contratos comerciales resulta totalmente malvenida. Si no precisamos qué significa "desproporcionado" o "equitativamente" o "excesiva", podemos terminar por aceptar que su noble misión sea subvertida por una praxis judicial que no sea rigurosa, o que sencillamente le falte una guía más precisa para hacer su trabajo*[72]".

136. El Tribunal Arbitral también considera que para que la libertad económica y la iniciativa privada generen desarrollo, es indispensable que el mercado de contratos tenga reglas claras y ejecutables y que justamente una de las reglas que contribuyen a que haya más predictibilidad, es la posibilidad de

---

70 Escrito N° 5, pár. 4.3.

71 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Obligaciones con cláusula penal, p.22. Disponible en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf

72 MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Roberto, El derecho comparado en acción, En: Incumplimiento contractual, Lima, 2016, pp.492-493.

pactar una cláusula penal[73]. Un pacto como éste responde a la libre voluntad de cada una de las partes, de modo que modificarlo a través del ejercicio de la facultad conferida al juez en el artículo 1346 del Código Civil debe hacerse con cautela.

137. Bajo las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral analizará si corresponde la reducción de las penalidades. El artículo 1346 del Código Civil establece:

> *"El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida".*

138. Por tanto, existen dos supuestos habilitantes para la reducción de penalidades: (i) que la pena sea manifiestamente excesiva; y, (ii) que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. El Tribunal Arbitral analizará cada uno de ellos de manera independiente.

139. En relación al primer supuesto, que la pena sea manifiestamente excesiva, conviene comenzar por determinar qué significa dicho concepto. El adjetivo "manifiesto" significa que algo sea descubierto, patente o claro[74]. Al analizar el artículo 1346 del Código Civil, la doctrina señala:

> *"A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena «manifiestamente excesiva» denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no sólo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además,* ***se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera***[75]*".*

---

73 O´NEILL DE LA FUENTE, Cecilia, Artículo 11. La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones? En: Derecho de Obligaciones, UPC, 2016, p.375.

74 Diccionario de la Real Academia Española: http://dle.rae.es/?fw=manera&o=h

75 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Obligaciones con cláusula penal, p.c21. Disponible en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf

140. En el mismo sentido, el Código Civil utiliza el adjetivo "manifiesto" también en el artículo 220, al establecer que la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. Al respecto, la Corte Suprema del Perú ha señalado que la nulidad resulta manifiesta cuando no es necesaria la recopilación de material probatorio a efectos de sustentarla[76] y cuando es completamente clara y evidente[77].

141. De lo anterior se entiende que algo es "manifiesto" cuando no se necesita actividad probatoria para evidenciarlo (al menos no una intensa actividad probatoria). Al respecto y específicamente en relación al artículo 1346 del Código Civil, la doctrina señala:

> *"La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto en que la parte que haya incumplido solicite la reducción de la penalidad que, de acuerdo al sentido común, es sin lugar a dudas «manifiestamente excesiva», pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto, no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.*
>
> *La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto. En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, los tribunales peruanos han resuelto con criterio de conciencia, de acuerdo a aquéllas que —a su leal saber y entender— constituyen penas «manifiestamente excesivas»[78]".*

142. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que en el análisis no debe primar un criterio subjetivo, sino que luego de desplegar una actividad

---

76 Casación 5379-2007, Lima, 31 de marzo de 2008, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

77 Casación 4333-2013, Lima, 2 de marzo de 2015, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

78 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Obligaciones con cláusula penal, p.22. Disponible en: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf

probatoria suficiente, el deudor debería acreditar que los perjuicios ocasionados fueron menores a los previstos[79].

143. En aplicación al caso en concreto, debe tenerse en cuenta que METRO no ha indicado que la penalidad sea manifiestamente excesiva y tampoco ha proporcionado criterios específicos para sostener por qué debería producirse la reducción solicitada; en ese sentido, tampoco ha habido actividad probatoria destinada a demostrar el real daño ocasionado en comparación con la penalidad impuesta, por lo que no se ha evidenciado que la penalidad sea excesiva.

144. Por lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que se debe rechazar la reducción de la penalidad al no haberse demostrado que la misma sea manifiestamente excesiva.

145. Corresponde ahora analizar el segundo supuesto del artículo 1346 del Código Civil según el cual la penalidad puede ser reducida cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

146. El Tribunal Arbitral considera que cuando el artículo 1346 del Código Civil hace referencia a "obligación principal", se refiere a la obligación de la cual la penalidad es accesoria. En este caso, la penalidad impuesta es accesoria a la obligación de mantenimiento de tránsito. Por tanto, debe determinarse si la obligación de mantenimiento de tránsito fue cumplida en parte o irregularmente y si eso da lugar a la reducción de la penalidad.

147. El Tribunal Arbitral considera relevante indicar que en este caso las penalidades se aplican de manera diaria; por tanto, la penalidad de cada día es accesoria a la obligación de cada día. En ese sentido, basta que se haya

---

79 O´NEILL DE LA FUENTE, Cecilia, Artículo 11. La cláusula penal. ¿Debe servir para proteger al deudor de sus propias decisiones? En: Derecho de Obligaciones, UPC, 2016, p.388.

incumplido en un determinado día para que pueda aplicarse la penalidad. Evidentemente irá aumentando a medida que el incumplimiento persista.

148. Debe analizarse entonces, si entre el 1 y el 21 de junio de 2016 se incumplió con la obligación de mantenimiento de tránsito. En los párrafos 96 a 114 de este Laudo se ha concluido que en efecto hubo un incumplimiento de la obligación de completar los datos de obra la señalización vertical tipo PC-11 en el área de Micro Desvío correspondiente al PV23, por lo que debe determinarse si podría considerarse que pese a ello, la obligación de mantenimiento de tránsito ha sido cumplida de manera parcial.

149. Al respecto, METRO señala que el incumplimiento no sería relevante debido a que se trata solo de un cartel en una obra que tiene miles de carteles. Ante ello, se planteó la siguiente interrogante a OSITRAN: *¿El cartel [PC-11] era uno entre dos mil carteles?* [80].

150. La respuesta fue la siguiente:

> *"Es pertinente diferenciar la cantidad de carteles (señalética vertical) del Plan de Desvío del Tramo 1A con relación a la cantidad de carteles (señalética vertical) del Pozo de Ventilación N° 23 (materia de este arbitraje).*
>
> *Todo el Plan de Desvío del Tramo 1A requiere de la implementación de más de dos mil señaléticas tanto horizontales como verticales. Sin embargo, respecto a la cantidad de señalética para el pozo de ventilación de este arbitraje, este es bastante reducida. Como se puede observar la cantidad de carteles está muy por debajo de mil.*
>
> *En ese sentido, lo señalado por el Concesionario es inexacto e induce a error, toda vez que esta señalética vertical, es decir la PC-11 se encuentra dentro de uno número reducido de señaléticas sobre el Pozo de Ventilación N°23 como se puede apreciar del plano aprobado por la GTU*[81]*".*

---

80 Informe N° 01107-2018-GSF-OSITRAN (Anexo 1-J de escrito No. 5 presentado por OSITRAN).

81 Informe N° 01107-2018-GSF-OSITRAN (Anexo 1-J de escrito No. 5 presentado por OSITRAN).

151. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que para determinar la relevancia del incumplimiento y con ello, si la obligación ha sido cumplida en parte, no se debe efectuar un análisis en relación al universo de carteles en toda la obra, ni tampoco en relación a la cantidad de carteles en el PV23. Lo que se debe analizar es la naturaleza de la obligación referida a contar con un cartel (PC-11) que incluya los datos de la obra y los números de emergencia.

152. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera esta obligación sí es relevante y nada tiene que ver con que haya otros carteles en la obra con información diversa; por tanto, el solo hecho de no haber completado la información del cartel PC-11, implica el incumplimiento total a la obligación de mantenimiento de tránsito, cuyo carácter, como ya se dijo, es preventivo.

153. De otro lado, el Tribunal Arbitral analizará si la demora de cuatro meses en notificar los incumplimientos configura un supuesto que habilita la reducción de penalidades, considerando que los incumplimientos fueron notificados de manera acumulada por 21 días y luego de que ya habían cesado.

154. Al respecto, se planteó la siguiente pregunta a OSITRAN: "*¿cuál es la razonabilidad que se emplea para avisar el incumplimiento de manera inmediata, a la semana, al mes o a los tres meses? Señalar de qué depende avisar mensualmente*"[82].

155. OSITRAN respondió lo siguiente: "*(...) el criterio de aplicación de la penalidad es diaria y no aplica otro tipo de frecuencia. La comunicación de la penalidad depende del procedimiento interno de OSITRAN pero en ningún momento genera un estado de incertidumbre, por el contrario, se comunica la*

---

[82] Informe N° 01107-2018-GSF-OSITRAN (Anexo 1-J de escrito No. 5 presentado por OSITRAN).

penalidad diaria y el concesionario puede cuestionar en sede administrativa de ser el caso"[83].

156. De lo anterior se entiende que lo razonable para OSITRAN es que la penalidad se comunique de manera diaria; sin embargo, no hay prueba que acredite que en este caso esto fue así.

157. De esto se podría concluir de plano que OSITRAN no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes y que el procedimiento seguido generó que se acumulen penalidades diarias por el período de 21 días, en vez de aplicar las penalidades día a día. Sin embargo, en este caso los incumplimientos por los que se han aplicado penalidades son incumplimientos evidentes incluso para METRO. Por tanto, carecería de sentido considerar que OSITRAN debió requerir a METRO que cumpla sus obligaciones para evitar la acumulación de penalidades diarias. En otras palabras, incumplir con mantener un cartel incompleto e incumplir el plan de desvío de tránsito eran hechos que podían ser detectados y conocidos sin dificultad, sin necesidad de recibir alguna "alerta" por parte del Regulador. Es decir, cada día de incumplimiento, desde el primer día, METRO estuvo en posibilidad de detectar su propio incumplimiento. Es más, los incumplimientos cesaron sin necesidad de requerimiento por parte de OSITRAN.

158. Además, la demora en la imputación de penalidades no tuvo impacto en el monto final a ser aplicado, pues éste se determinó en función del número de días de incumplimiento, y no en función de la fecha de su aplicación, de modo que esta fecha no debe ser un criterio a tener en cuenta para la reducción solicitada.

---

83 Informe N° 01107-2018-GSF-OSITRAN (Anexo 1-J de escrito No. 5 presentado por OSITRAN).

159. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde la reducción de la Penalidad.

iii. Segunda pretensión principal: costos del arbitraje

160. METRO ha solicitado que sea la parte contraria quien asuma los costos del arbitraje.

161. En el convenio arbitral no consta acuerdo alguno acerca de los costos del arbitraje, razón por la cual, corresponde acudir a la Ley de Arbitraje y al Reglamento de Arbitraje del Centro.

162. El artículo 69 de la Ley de Arbitraje consagra la libertad de las partes para efectos de determinar costos, estableciendo que "tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje" y que "a falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título".

163. Por su parte, el artículo 73.1 de la Ley señala que "el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes" y establece como regla general que, "a falta de acuerdo, la facultad del tribunal de "distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

164. Según el artículo 57º del Reglamento de Arbitraje del Centro:

> "*1. El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas,*

teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

2. El término costos comprende: a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro. b. Los gastos administrativos del Centro. c. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados. d. El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento. e. Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

3. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

4. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro".

165. El principio general es pues que las costas deben ser asignadas en atención al resultado del proceso; es decir, impuestas a la parte vencida. Sin embargo, se deja a salvo la facultad del Tribunal Arbitral de aplicar una solución distinta si lo "estima razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso" o teniendo en consideración otros factores, tales como "la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje", o "la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos".

166. La aplicación estricta del criterio que constituye la regla general podría generar a primera vista la impresión de que METRO debiera cargar con la totalidad de las costas y costos, en la medida que sus pretensiones han sido desestimadas. Sin embargo, el Tribunal aprecia que la conducta procesal de METRO no es reprochable, pues independientemente de que no se le haya dado la razón, defendió lealmente sus intereses, sin excederse de lo razonablemente esperable en un proceso arbitral.

167. Luego de ponderar todas las circunstancias relevantes, a la luz de los criterios que surgen de las normas legales y reglamentarias aplicables, el Tribunal juzga que corresponde a cada parte hacerse cargo de sus propias costas y que las comunes sean asumidas proporcionalmente por cada una de las partes.

168. A los fines de las liquidaciones a que haya lugar como consecuencia de lo decidido en esta parte del laudo, el Tribunal aclara que las costas "comunes" que deben ser soportadas en partes iguales por METRO y por el MTC comprenden los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje. Todos los demás rubros, incluyendo los honorarios y gastos de los abogados, se consideran costas "propias" y deben ser asumidas por cada una de las partes.

169. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

XVI. Decisión

170. Por las razones y consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral, por unanimidad, lauda:

PRIMERO: **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de METRO.

SEGUNDO: **DECLARAR INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de METRO.

TERCERO: **DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de METRO.

CUARTO: **FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma total de S/ 13,654.72, sin incluir el IGV, y los servicios del Centro de Arbitraje en la suma de S/ 4,929.52, sin incluir el IGV, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por el Centro de Arbitraje.

QUINTO: **DISPONER** que METRO y el MTC asuman cada uno (i) la suma de S/ 6,827.36 referida a los honorarios de los árbitros; y, (ii) la suma de S/ 2,464.76, referida a los servicios del Centro del Arbitraje. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como los honorarios de sus abogados entre otros.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.

Cecilia O´Neill de la Fuente
Presidenta del Tribunal Arbitral

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio
Árbitro

Claudio Cajina Samamé
Árbitro