



Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio I Lima

A-37-17wlv.



Lima, 21 de diciembre de 2018

Señores

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jirón Zorritos N° 1203, edificio Circular, piso 1,
Cercado de Lima.-

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

Ref.: Caso Arbitral N° 0102-2017-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles la Orden Procesal N° 22, que contiene el Laudo Arbitral, emitida por el Tribunal Arbitral con fecha 19 de diciembre de 2018 y depositado en el Centro de Arbitraje con fecha 20 de diciembre de 2018.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

ANAI BOLUARTE ONETO
Secretaria Arbitral

Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio de Lima

2018 016 20 PM 12 03

Arbitraje seguido entre

RECIBIDO
NO ES SENAL DE
CONFORMIDAD

G Y M FERROVÍAS S.A.

Y

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

LAUDO

Tribunal Arbitral

Rolando Eyzaguirre Maccan (Presidente)

Cecilia O'Neill de la Fuente

Ramón Huapaya Tapia

Secretaría Arbitral

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

CASO ARBITRAL No. 0102-2017-CCL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

**ARBITRAJE SEGUIDO POR GYM FERROVÍAS S.A. CONTRA MINISTERIO
DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

**TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL ABOGADO ROLANDO
EYZAGUIRRE MACCAN E INTEGRADO POR LA ABOGADA CECILIA
O'NEILL DE LA FUENTE Y EL ABOGADO RAMÓN HUAPAYA TAPIA**

ORDEN PROCESAL No. 22

Lima, 19 de diciembre del dos mil dieciocho. -

VISTOS:

ANTECEDENTES

1. GYM FERROVÍAS S.A. (en adelante, GYM FERROVÍAS o el Concesionario o el Demandante) y el Estado Peruano, representado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante, MTC o el Concedente o el Demandado) celebraron el 11 de abril del 2011, el Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (en adelante, el Contrato de Concesión o el Contrato).
2. En la ejecución de dicho Contrato de Concesión surgieron controversias no técnicas entre las partes que se han sometido al presente arbitraje relativo a la reclamación de GYM FERROVÍAS respecto a la pretensión de pago de dicho Concesionario, respecto a la eventual retribución dejada de percibir por los Kilómetros Garantizados que, por supuesta causa imputable al MTC, el Demandante no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos (Trenes Alstom) desde las fechas de expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria hasta la fecha de aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom, esto es hasta el 25 de julio del 2013.

II. EL PROCESO ARBITRAL

**II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO
ARBITRAL APLICABLE**

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

3. Surgida la controversia entre las partes, GYM FERROVÍAS designó como árbitro a la abogada Cecilia O'Neill de la Fuente. A su turno y dentro del plazo de ley, MTC designó al abogado Ramón Huapaya Tapia como árbitro.
4. Los árbitros designados por las partes se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el abogado Rolando Eyzaguirre Maccan.
5. Mediante Orden Procesal No 2 de fecha 22 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral aprobó las Reglas Definitivas del Proceso y se fijaron los anticipos de los árbitros y de la secretaría arbitral.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

6. En la cláusula décimo sexta del Contrato de Concesión referida a la Solución de Controversias, se dispuso que las controversias no técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho:

"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 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 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."

7. En ese sentido el presente arbitraje es de tipo Institucional, Nacional y de Derecho.

Procedimiento arbitral aplicable

8. Según lo establecido en el punto 6 de la Orden Procesal 2, las partes ratificaron su sometimiento incondicional a los Reglamentos del Centro y de común acuerdo reconocieron la intervención del Centro como la institución encargada de la organización y administración del presente arbitraje.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

9. 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.
10. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia 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".

II.3 LA DEMANDA

11. Mediante escrito presentado el 21 de septiembre de 2017, GYM FERROVÍAS interpone su demanda.

PETITORIO

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, al amparo de la cláusula 10.1. del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías la suma de S/ 24'142,348.00 (Veinticuatro millones ciento cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y ocho y 00/100 Soles), más IGV, correspondiente a la retribución dejada de percibir (Precio por Kilómetro Tren – PKT) por los Kilómetros Garantizados que, por causa imputable al MTC, no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos por GyM Ferrovías (Trenes Alstom), desde las fechas de expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria hasta el 25 de julio del 2013 (fecha de aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom).

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior, de conformidad con la cláusula 10.15 del Contrato de Concesión.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar los costos y costas del presente arbitraje.

12. Con escrito presentado el 27 de noviembre de 2017, al amparo del artículo 25° del Reglamento de Arbitraje, GYM FERROVÍAS precisó su pretensión accesoria a la primera pretensión principal de su demanda, la cual quedó formulada en los siguientes términos:

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior, de conformidad con la cláusula 10.15 del Contrato de Concesión, hasta un monto que sumado al capital no sobrepase o exceda la suma de US\$ 10'000,000.00 (Diez Millones y

00/100 de Dólares) o su equivalente en moneda nacional, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 16.13.b.ii del Contrato de Concesión”.

II.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

13. El MTC, con escrito presentado el 19 de octubre de 2017, contestó a la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada en todas sus pretensiones, con expresa condena a la parte Demandante de los gastos arbitrales.
14. Asimismo, en el primer otrosí de dicho escrito, el MTC formula como defensa una excepción de incompetencia.
15. Adicionalmente, mediante escrito presentado el 19 de enero de 2018, el MTC solicitó la incorporación al proceso arbitral del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, como coadyuvante.

II.5 CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

16. Mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 19 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral fijó las materias que serán objeto de pronunciamiento en el Laudo Arbitral.
17. Así, teniendo en cuenta la demanda de fecha 19 de agosto de 2016, el Tribunal estableció que resolverá sobre las siguientes materias:

“Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a favor de GYM la suma de S/ 24'142,348.00 (veinticuatro millones ciento cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y ocho y 00/100 soles) más IGV, correspondiente a la retribución dejada de percibir (Precio por Kilometro Tren – PKT) por los kilómetros garantizados que, por causa imputable al MTC, no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos por GYM (Trenes Alstom), desde las fechas de expedición de los certificados de habilitación ferroviaria hasta el 25 de julio de 2013 (fecha de aprobación del estudio definitivo de ingeniería de los trenes Alstom).

Pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GYM los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior, de conformidad con la cláusula 10.15 del Contrato de Concesión.

Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC a pagar los costos y costas del presente arbitraje”.

18. Mediante Orden Procesal N° 11 de fecha 11 de mayo de 2018, el Tribunal Arbitral reformuló los puntos controvertidos quedando como siguen:

"Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a favor de GYM la suma de S/ 24'142,348.00 (veinticuatro millones ciento cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y ocho y 00/100 soles) más IGV, correspondiente a la retribución dejada de percibir (Precio por Kilometro Tren – PKT) por los kilómetros garantizados que, por causa imputable al MTC, no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos por GYM (Trenes Alstom), desde las fechas de expedición de los certificados de habilitación ferroviaria hasta el 25 de julio de 2013 (fecha de aprobación del estudio definitivo de ingeniería de los trenes Alstom).

Pretensión Accesorio A La Primera Pretensión Principal: Solicitamos que el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GYM Ferrovías los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior, de conformidad con la cláusula 10.15 del Contrato de Concesión, hasta un monto que sumado al capital no sobrepase o exceda la suma de US\$ 10'000,000.00 (Diez Millones y 00/100 de Dólares) o su equivalente en moneda nacional, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 16.13.b.ii del Contrato de Concesión".

Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC a pagar los costos y costas del presente arbitraje".

II. 6 MEDIOS PROBATORIOS

19. Con Orden Procesal N° 3 de fecha 19 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral admitió las siguientes pruebas:

- Las ofrecidas en el acápite VII del escrito del 21 de septiembre de 2017 presentado por GYM FERROVÍAS.
- Las ofrecidas por MTC en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito del 19 de octubre de 2017.

20. En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia de que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral, que se han actuado todos los medios probatorios presentados, incluidos los presentados con posterioridad a la fijación de las materias de pronunciamiento de fecha 19 de diciembre de 2017, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

II.7 AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS

21. El 24 de enero de 2018 se llevó a cabo una Audiencia de Ilustración de Hechos, oportunidad en que las partes expusieron sus respectivas posiciones acerca de los hechos de la controversia y respondieron a las preguntas del Tribunal Arbitral.

II.8 PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIÓN E INCORPORACIÓN DE OSITRAN

22. Mediante Orden procesal N° 7 de fecha 19 de marzo de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió declarar infundada la excepción de incompetencia interpuesta por el MTC.
23. Asimismo, declaró fundada la solicitud de participación de OSITRAN en el presente proceso arbitral en calidad de coadyuvante. A este efecto, estableció que se incorpore a OSITRAN al proceso arbitral, en calidad de coadyuvante.

II.9 AUDIENCIA DE PRUEBAS

24. El 15 de junio de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas en la que se tomó la declaración del testigo Señor Carlos Maineri. A dicha audiencia concurrieron los representantes de las partes, así como de OSITRAN en calidad de coadyuvante.

II.10 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DE GYM FERROVÍAS

25. El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta, todos y cada uno de los escritos presentados por GYM FERROVÍAS a lo largo del presente proceso.

II.11 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DE MTC

26. El Tribunal Arbitral deja constancia de que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta todos y cada uno de los escritos presentados por MTC a lo largo del presente proceso.

II.12 ALEGATOS

27. Con fecha 23 de julio de 2018, dentro del plazo conferido, el MTC cumplió con presentar sus alegaciones y conclusiones finales.

28. Mediante Escrito presentado con fecha 25 de julio de 2018, GYM FERROVÍAS presentó sus alegaciones y conclusiones finales.

29. Con fecha 25 de julio de 2018, OSITRAN presentó sus alegaciones finales.

30. En la Audiencia de Informes Orales, que se llevó a cabo el 28 de agosto de 2018, las partes y OSITRAN sustentaron sus conclusiones respecto de la presente controversia, y absolvieron las preguntas formuladas por el Tribunal, según consta en el audio y/o video de registro de la audiencia.

31. Mediante Orden Procesal No. 21 de fecha 10 de octubre de 2018, de conformidad con el numeral 1 del artículo 39° del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la instrucción del proceso, y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, por lo que el plazo para laudar vence el 21 de diciembre de 2018.

III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

32. A continuación, corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada una de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento fijados en la Orden Procesal N° 3 de fecha 19 de diciembre de 2017.

DECLARACIÓN PREVIA

33. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar 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 la Orden Procesal No. 2; (iii) que GYM FERROVÍAS presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción; (iv) que el MTC fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de 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.

34. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

35. 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.

36. Se reitera que, en lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia 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".

37. Además, el Tribunal Arbitral señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.¹ La eventual ausencia de mención

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: "En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se comparten los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con

en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal haya dejado de sopesar y meritar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

38. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

ANÁLISIS DE CADA PUNTO CONTROVERTIDO

39. Tal como se han formulado las pretensiones de la demanda, se aprecia que la controversia materia del presente arbitraje se centra en establecer si por los hechos materia de este caso resulta de aplicación la cláusula 10.1. A este efecto, en primer lugar, el análisis conllevará, interpretar el alcance de esa cláusula, identificando los presupuestos de hecho que habilitan su aplicación, así como los efectos que de ella se derivan. Luego, corresponderá analizar, en segundo lugar, si en el presente caso se han presentado o no tales presupuestos o hipótesis de hecho que fundamentan la aplicación de las consecuencias o efectos previstos en dicha cláusula.

PRIMERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE AL MTC PAGAR A FAVOR DE GYM LA SUMA DE S/ 24'142,348.00 (VEINTICUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO Y 00/100 SOLES) MÁS IGV, CORRESPONDIENTE A LA RETRIBUCIÓN DEJADA DE PERCIBIR (PRECIO POR KILOMETRO TREN - PKT) POR LOS KILÓMETROS GARANTIZADOS QUE, POR CAUSA IMPUTABLE AL MTC, NO PUDO RECORRER CON LOS 11 TRENES ADQUIRIDOS POR GYM (TRENES ALSTOM), DESDE LAS FECHAS DE EXPEDICIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE HABILITACIÓN FERROVIARIA HASTA EL 25 DE JULIO DE 2013 (FECHA DE APROBACIÓN DEL ESTUDIO DEFINITIVO DE INGENIERÍA DE LOS TRENES ALSTOM)".

40. La primera materia de pronunciamiento corresponde a la:

efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando." (Expte. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: "Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo." (Expte. nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Que, al amparo de la cláusula 10.1. del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías la suma de S/ 24'142,348.00 (Veinticuatro millones ciento cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y ocho y 00/100 Soles), más IGV, correspondiente a la retribución dejada de percibir (Precio por Kilómetro Tren – PKT) por los Kilómetros Garantizados que, por causa imputable al MTC, no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos por GyM Ferrovías (Trenes Alstom), desde las fechas de expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria hasta el 25 de julio del 2013 (fecha de aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom).

POSICIÓN DE GYM FERROVÍAS

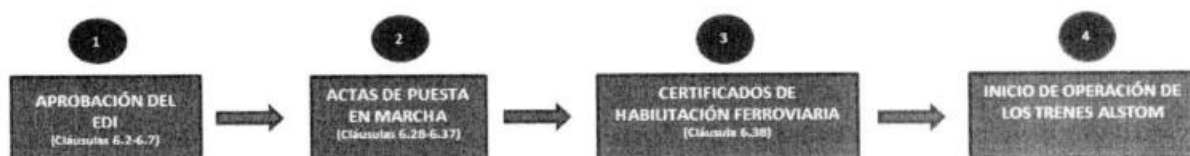
41. Reclama el pago de 328,333 Kilómetros Garantizados (KG) que no pudo recorrer durante la operación de la Concesión, debido a que el MTC incumplió su obligación de entregar los Trenes Ansaldo (Material Rodante Entregado, MRE) con los acopladores pactados (marca SCHARFENBERG Tipo 10), lo que ocasionó el retraso injustificado del MTC en la aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI).
42. Señala que, a pesar que el MTC ha reconocido durante el arbitraje que en efecto no cumplió con su obligación de entregar los trenes Ansaldo con los acopladores SCHARFENBERG², se niega a retribuir a GYM Ferrovías por los Kilómetros Garantizados que no pudo recorrer por esta causa.
43. Considera que el Estado pretende beneficiarse de su propio incumplimiento, situación que no puede ampararse. Y es que, no es justificado que el Estado incumpla con sus obligaciones –y, además, lo reconozca-, sin que exista ninguna consecuencia por dicho incumplimiento, perjudicando de esta manera al privado que contrató en el marco de la buena fe y la seguridad jurídica.
44. Sostiene que el MTC es el responsable del Problema del Acoplamiento que generó el retraso en la aprobación del EDI, lo cual causó que el Concesionario no pueda recorrer los Kilómetros Garantizados correspondientes al MRA (Material Rodante Adquirido, Trenes Alstom).
45. Refiere que, de acuerdo a las cláusulas 6.28 a 6.38 del Contrato de Concesión, para el inicio de las operaciones con los Trenes Alstom, estos

² Ver, por ejemplo, párrafos 3.28 y 3.33 del escrito de contestación de demanda presentado por el MTC el 19 de octubre de 2017.

debían contar con las siguientes autorizaciones (en el siguiente orden de prelación):

- (i) La aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom³;
- (ii) Las Actas de Puesta en Marcha de cada uno de los Trenes Alstom, suscritas por el MTC, la AATE y OSITRAN; y,
- (iii) Los Certificados de Habilitación Ferroviaria, emitidos por el MTC.

46. Señala que, una vez aprobado el EDI y entregados los Trenes Alstom, el Concesionario y el MTC debían ejecutar, como paso siguiente, las Pruebas de Puesta en Marcha de cada uno de estos trenes, y posteriormente gestionar la emisión de los Certificados de Habilitación Ferroviaria:



47. Aclara que, sin embargo, en los hechos, estas autorizaciones no ocurrieron en el orden pactado en el Contrato de Concesión. Por el contrario, la suscripción por las partes de las Actas de Puesta en Marcha (emitidas entre el 15 de febrero de 2013 al 5 de junio de 2013 – Anexo A-8); y, posteriormente, la emisión de los Certificados de Habilitación Ferroviaria (emitidos entre el 26 de febrero de 2013 al 13 de febrero de 2013 Anexo A-9) por cada uno de estos trenes por parte del MTC, se produjeron sin que el EDI estuviera aún aprobado por el propio MTC.

48. Expresa que el EDI no fue aprobado por el MTC, pues subsistía una única observación técnica referida a la acreditación del acople en caso de

³ El EDI fue presentado por GYM FERROVÍAS el 11 de enero de 2012 (mediante CARTA/METRO/OSITRAN/012/2012 – Anexo A-25). Fue presentado en esa fecha en virtud de los acuerdos adoptados por las Partes mediante el Acta de Acuerdo de Suspensión Temporal de Obligaciones y su Adenda (Anexo A-11).

Dicha Acta se suscribió debido a que el MTC no pudo entregar los Bienes del Concedente en las fechas pactadas en el Contrato y se deja constancia de eso en el numeral 2.4 de la referida Acta (Anexo A-11) donde se indica que "(...) la entrega de la totalidad de los Bienes del CONCEDENTE no se va a realizar en forma integral en el plazo previsto y, por tanto, impedirá que el CONCESIONARIO pueda desarrollar obligaciones en los términos y condiciones pactadas (...)". De esta manera, se suspenden diversas obligaciones, entre ellas la obligación de entrega del EDI contenida en la cláusula 6.2 del Contrato.

En esa línea, GYM FERROVÍAS deja constancia de que la suspensión de las obligaciones entre las Partes se dio debido al retraso del propio MTC en la entrega de los Bienes.

socorro o emergencia entre el Material Rodante Existente - Trenes Ansaldo (MRE) y Material Rodante Adquirido - Trenes Alstom (MRA)⁴; obligación contenida en las Especificaciones Técnicas⁵ del Contrato de Concesión.

49. Argumenta que esta observación técnica, denominada a lo largo del arbitraje como "Problema de Acoplamiento", fue originada por el MTC⁶, al entregar los Trenes Ansaldo con acopladores que no estaban previstos en el Contrato de Concesión⁷ (marca SOCIMI).

50. Detalla que el MTC debía entregar el MRE y el Concesionario el MRA, y ambos tipos de trenes debían contar con acopladores marca SCHARFENBERG (Numeral 1.5.3 del Anexo 6 del Contrato de Concesión). La obligación del MTC de entregar el MRE con acopladores marca SCHARFENBERG es corroborado por OSITRAN en el Informe No. 023-2014-OSITRAN (Anexo A-23):

65. Así, de acuerdo con el numeral 1.5.3 del Apéndice 1 del Anexo 6, es responsabilidad del Concesionario que los trenes a suministrar puedan acoplarse mecánica y neumáticamente con los trenes existentes, de manera que se disponga de frenado neumático en toda la formación acoplada. Es decir, según lo previsto en dicho numeral, el acoplador que el Concesionario está obligado a instalar debe ser del mismo tipo y modelo que el acoplador propuesto por el Consorcio "Tren Eléctrico de Lima" (encargado de la ejecución de las Obras del Tramo 1 de la Línea 1 y del re-potenciamiento del Material Rodante Existente). Asimismo, de lo expresado en el referido extremo del Contrato de Concesión, el acoplador a ser instalado tanto por el Concesionario como por el Concedente -en el Material Rodante Adquirido y Material Rodante Existente, respectivamente- debía ser Scharfenberg Tipo 10.

51. Explica que, de acuerdo con el Contrato de Concesión, el MTC debía entregar los Trenes Ansaldo en julio 2011, mientras que GYM FERROVÍAS

⁴ GYM FERROVÍAS señala que esta observación técnica fue la única observación que subsistió, pues en diciembre del año 2012 fueron levantadas todas las observaciones del EDI, otorgando el MTC su conformidad (Anexo A-10).

⁵ GYM FERROVÍAS observa que, el MTC manifestó en el párrafo 22 de su escrito de Alegatos Finales que durante la Audiencia Testimonial del 15 de junio de 2018, se afirmó que las especificaciones técnicas de las Bases contenían un error pues el acople neumático no iba a ser posible entre tecnologías distintas, de ahí el Demandado imputa al Concesionario que a sabiendas de ese error, GYM FERROVÍAS se presentó al Concurso. Al respecto, el Demandante deja en claro que ni el MTC ni GYM FERROVÍAS advirtieron dicho inconveniente en la etapa del Concurso y que fue el propio MTC quien elaboró las Especificaciones Técnicas del Contrato, y que el acople neumático – obligación posteriormente eliminada del Contrato - no resulta materia de este arbitraje.

⁶ Resalta que, el MTC indica en la página 7 de su escrito de Alegatos Finales que, si bien no pudo entregar los acopladores Scharfenberg, esto fue producto de que la empresa que contrató para que los proveyera no pudo cumplir por motivos de "fuerza mayor" debido a una indefinición técnica en la elaboración de la ingeniería de los acopladores, por lo que existía una postergación en la línea de producción.

En esa línea, GYM FERROVÍAS considera que no es válido que el MTC argumente que incumplió con su obligación por motivos de fuerza mayor (aún más si esta no fue declarada como tal en el marco del Contrato de Concesión ni comunicada a GYM FERROVÍAS en su momento), pues una "indefinición técnica" no es sinónimo de fuerza mayor, que resulta ser un hecho imprevisible que imposibilita la ejecución de la prestación, mientras que en este caso se dio una postergación, es decir, habría un retraso mas no una imposibilidad para entregar los acopladores Scharfenberg.

⁷ Los acopladores pactados en el Contrato de Concesión tanto para los Trenes Ansaldo como para los Trenes Alstom fueron los acopladores modelo Scharfenberg (Anexo A-23, párrafo 65).

debía hacerlo en diciembre del 2012 (1 año y medio después). Es decir, el Contrato establecía un orden de prelación para el cumplimiento de la obligación de entrega de los trenes. Sin embargo, el MTC incumplió esta obligación, entregando los Trenes Ansaldo sin los acopladores marca SCHARFENBERG establecidos en el Contrato.

52. Repara que este incumplimiento es reconocido por el MTC, la AATE y OSITRAN en el Informe No. 023-2014-OSITRAN (anexo A-23). Por tanto, este punto no es controvertido en el presente arbitraje.
53. Sostiene que sí tuvo intención de cumplir con incorporar acopladores SCHARFENBERG en los Trenes Alstom. Entiende que esto se puede corroborar de los propios Contratos de Suministro de Material Móvil suscritos entre GYM FERROVÍAS y Alstom Transporte S.A. de fecha 10 de abril de 2011 (Anexo A-46), en donde se puede apreciar que se pactó con el proveedor Alstom que los Trenes Alstom contarían con acopladores modelo SCHARFENBERG, y así debían de ser fabricados en Barcelona y enviados a Perú.
54. Manifiesta que actuó de manera diligente al consultarle al MTC- de manera previa a la firma del Contrato de Concesión y a la firma del Contrato de Suministro de los Trenes Alstom- si es que estaba de acuerdo con las características y Especificaciones Técnicas de los Trenes Alstom. Esto a efectos de tener conformidad del MRA por parte del Estado antes de proceder con la compra de los mismos.
55. Destaca que el MTC aprobó las especificaciones técnicas del MRA presentadas por el Concesionario con anterioridad a la firma del Contrato de Concesión, y esto se puede corroborar del Oficio No. 066-2011-MTC de fecha 7.04.2011, suscrito por el Viceministro de Transportes, así como de distintas cartas cursadas por GYM FERROVÍAS (Anexo A-5, Anexo A-6 y Anexo A-7).
56. Precisa que, una vez que contó con la aprobación, y en cumplimiento del Cronograma de Entrega de MRA, es que suscribe el Contrato con el proveedor Alstom para la adquisición del MRA. Por tanto, no es correcto que se pretenda imputar negligencia al comprar el MRA sin contar con la aprobación del EDI. Y es que, (i) al contar con la aprobación del MTC con anterioridad a la compra, (ii) tenía que cumplir con el cronograma de entrega establecido en el Contrato, (iii) el EDI no es una condición precedente para la compra ni la entrega del MRA bajo el Contrato de Concesión.
57. Alega que no incurrió en incumplimiento, puesto que asume que ejerció válidamente una excepción de incumplimiento.

58. Enfatiza que los Trenes Ansaldo contaban con acopladores antiguos modelo SOCIMI y los Trenes Alstom con acopladores modelo DELLNER – de fábrica-. Esto significaba que el MTC debía reemplazar los acopladores SOCIMI por los SCHARFENBERG, y de igual manera, GYM FERROVÍAS debía de reemplazar los DELLNER por los SCHARFENBERG, para cumplir con lo requerido por el Contrato de Concesión.
59. Explica que, dado que la obligación de entregar los Trenes Ansaldo por parte del MTC (julio 2011) era anterior a la obligación del Concesionario de entregar los Trenes Alstom (diciembre 2012-enero 2013), es claro que el MTC tenía que cumplir en primer lugar con su obligación de entregar el MRE con acopladores marca SCHARFENBERG.
60. Agrega que, en tal sentido, una vez suscrito el Contrato de Concesión (abril 2011), mientras GYM FERROVÍAS se encontraba coordinando con Alstom la instalación de los acopladores SCHARFENBERG en los trenes, se produce la entrega de parte del MTC de los Trenes Ansaldo. Esto se produjo el 10 de octubre del 2011, y se suscribe la correspondiente Acta de Toma de Posesión (Anexo A-12). Es en este momento de Toma de Posesión del MRE que GYM FERROVÍAS confirma que el MTC no proveyó los Trenes Ansaldo con los acopladores pactados. El Concesionario dejó constancia de este hecho en el Informe No. 005-2011-MR de fecha 15 de noviembre del 2011 (Anexo A-37).
61. Indica que, en el mencionado informe, GYM FERROVÍAS hace mención a la carta enviada por del contratista al MTC (Anexo A- 48), mediante la cual el Contratista expresa que no podrá entregar a tiempo los acopladores SCHARFENBERG debido a que *"Ansaldo Breda está teniendo una indefinición técnica en la elaboración de la ingeniería de los acopladores (...) esto ha producido que se postergue la línea de producción de los mismos hasta que se resuelva esta indefinición"*.
62. Entiende que se acredita así que el MTC tenía conocimiento que existía un problema con la entrega de los acopladores SCHARFENBERG -de parte de su Contratista- con anterioridad a la entrega de parte del MTC de los Trenes Ansaldo a favor de GYM FERROVÍAS, y aun así, el MTC no se lo comunicó a esta última.
63. Resalta que el MTC incumplió con su obligación inicial de entregar al Concesionario los Trenes Ansaldo con los acopladores SCHARFENBERG; es decir, el MTC no reemplazó los acopladores antiguos SOCIMI, alegando la "excesiva onerosidad".
64. Postula que, frente a esta situación, con fecha 9 de marzo del 2012 (Anexo A-38), a fin de mantener el vínculo contractual con el MTC y en salvaguarda del interés público, cursó una carta al MTC indicando que este último había incumplido con su obligación de entregar los Trenes Ansaldo

con los acopladores pactados, y que por esta razón se debería suspender la obligación de acople de su cargo.

65. Alega que el Concesionario suspendió la ejecución de su prestación (es decir, reemplazar los acopladores DELLNER por los SCHARFENBERG), pues el MTC incumplió primero con su obligación. Precisa que GYM FERROVÍAS suspendió la ejecución de su prestación debida, haciendo valer su derecho de invocar una excepción de incumplimiento⁸.

66. Entiende que no efectuó una modificación unilateral del Contrato al entregar los Trenes Ansaldo con acopladores DELLNER pues estos acopladores DELLNER nunca fueron reemplazados ya que venían instalado de fábrica. Es decir, GYM FERROVÍAS suspendió la obligación de reemplazar los acopladores de fábrica de los Trenes Alstom (DELLNER) por los SCHARFENBERG. Por lo tanto, considera que el MTC no puede alegar que no se trató de una suspensión de la prestación.

67. Añade que, el propio OSITRAN en su Informe No. 023-2014 le da la razón cuando indica que el no entregar los Trenes Ansaldo con los acopladores pactados se trata de un incumplimiento inicial del MTC que faculta a GYM FERROVÍAS a solicitar la suspensión de la obligación de acople entre el MRE y el MRA:

69. En tal sentido, y considerando que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 2.10 del Contrato de Concesión, éste es de prestaciones recíprocas, de tracto sucesivo y de ejecución continuada; dado el incumplimiento inicial del propio Concedente, reconocido por la AATE en el Memorándum N° 052-2014-MTC/33.3, acorde con el marco jurídico, el Concesionario se encontraría facultado a suspender el cumplimiento de la obligación referida al acople a su cargo. En ese contexto, la modificación del numeral 1.5.3 del Apéndice 1 del Anexo 6 del Contrato de Concesión, no supone una traslación de riesgos entre las Partes.

68. Argumenta que en ese contexto, y ante la negativa del MTC de cumplir con su obligación a cargo –de entregar el MRE con acopladores SCHARFENBERG–, el Concesionario no trajo el MRA con los acopladores SCHARFENBERG, sino que mantuvo los MRA con los acopladores habituales de los Trenes Alstom marca DELLNER, los cuales cumplían las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión.

⁸ De acuerdo al 1426 del Código Civil, "en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento". En virtud de dicha excepción, un contratante está facultado para suspender de forma legítima su prestación debida, mientras el otro contratante no cumpla u ofrezca cumplir con la contraprestación que tiene a su cargo.

69. Resalta que el MTC en ningún momento sancionó a GYM FERROVÍAS por entregar los Trenes Alstom con los acopladores DELLNER. Al contrario, el MTC estuvo de acuerdo con su entrega, y en señal de conformidad, suscribió el Acta de Acoplamiento conjuntamente con la AATE y OSITRAN; y, luego, promovió la modificación del Contrato de Concesión respecto del tipo de acoplador que debía instalarse tanto en el MRE como en el MRA, precisamente, porque fue el MTC quien causó esta situación.
70. Señala que no es que incumplió con su obligación de entregar los acopladores SCHARFENBERG, sino que GYM FERROVÍAS nunca estuvo en incumplimiento, y esto se puede corroborar en el hecho que el MTC nunca sancionó al Concesionario, ni resolvió el Contrato de Concesión.
71. Aclara que, si bien es cierto que GYM FERROVÍAS estaba obligado a traer los SCHARFENBERG (lo que nunca ha negado), esta obligación le era exigible en tanto el MTC cumpliera también con su obligación –en el entendido de que estamos frente a un contrato de prestaciones recíprocas⁹- de traer los mismos acopladores. Posteriormente, cuando el MTC incumplió con su obligación, el Concesionario pidió la suspensión de su prestación (excepción de incumplimiento) y es en este contexto de suspensión de su prestación que GYM FERROVÍAS mantuvo los acopladores DELLNER en los Trenes Alstom. Por lo tanto, el MTC no puede alegar que hubo incumplimiento de esta última.
72. Hace hincapié en que, ante el incumplimiento del MTC, GYM FERROVÍAS no tuvo otra salida más que buscar alternativas de solución para no afectar el inicio de la operación con el MRA y, por ende, la prestación del servicio en beneficio de los pasajeros. Una de éstas fue realizar modificaciones en el diámetro del cabezal de los acopladores SOCIMI incorporados en los Trenes Ansaldo para que estos puedan enganchar/calzar con los acopladores de fábrica de los Trenes Alstom (modelo DELLNER). Esta solución fue aprobada por el MTC, la AATE y OSITRAN; y para dejar constancia de su aprobación, suscribieron un acta de conformidad denominada "Acta de Acoplamiento".
73. Sostiene que la suscripción de esta acta, luego del incumplimiento del MTC en entregar los Trenes Ansaldo con los acopladores SCHARFENBERG y a la correlativa excepción de cumplimiento del Concesionario, comprueba que, al contrario de lo que sostiene el MTC, no existió una modificación unilateral de la prestación a cargo de GYM FERROVÍAS.
74. Observa que si bien el Problema del Acoplamiento mecánico fue solucionado gracias a la inventiva de GYM FERROVÍAS, eso no quita que el MTC le haya generado un perjuicio por su incumplimiento inicial de

⁹ Esto se indica expresamente en la Cláusula 2.10 del Contrato, pese a que el MTC lo cuestione en su escrito de Alegatos Finales.

entregar los Trenes Ansaldo con acopladores que no fueron pactados en el Contrato de Concesión. Este incumplimiento generó un retraso en la aprobación del EDI y, en consecuencia, un retraso en el inicio de la operación de la flota de los Trenes Alstom, que generó que no pueda cobrar el PKT correspondiente por los Kilómetros Garantizados que tenía previsto recorrer.

75. Entiende que el problema de acoplamiento causado por el MTC hubiese subsistido incluso si GYM FERROVÍAS hubiese entregado el MRA con los acopladores SCHARFENBERG. En primer lugar, porque, jurídicamente, la obligación de GYM FERROVÍAS era sucesiva y correlativa a la obligación del MTC de proveer el MRE con los acopladores SCHARFENBERG, obligación que el MTC incumplió. Y, en segundo lugar, porque, técnicamente, incluso si GYM Ferrovías hubiese traído el MRA con los acopladores SCHARFENBERG, el Problema de Acoplamiento hubiese subsistido, pues, como reconocieron los propios funcionarios de la AATE, para que se produzca el acople se requieren acopladores del mismo tipo, clase o modelo. En otras palabras, como el acoplador SOCIMI no era compatible con los acopladores SCHARFENBERG, ni DELLNER, ni ningún otro que GYM FERROVÍAS hubiera puesto, en los hechos, sea que GYM FERROVÍAS hubiera instalado acopladores SCHARFENBERG o DELLNER en los Trenes Alstom, estos no se hubieran podido acoplar - naturalmente- con los Trenes Ansaldo.
76. Agrega que, por esta razón, GYM FERROVÍAS tuvo que efectuar trabajos de adecuación en estos acopladores SOCIMI para que puedan encajar con los acopladores DELLNER, y únicamente a nivel mecánico. Si estos trabajos de adecuación no se hubiesen efectuado, los Trenes Alstom y Ansaldo nunca hubieran podido acoplar de manera mecánica y nunca se hubiera podido iniciar la operación de los Trenes Alstom, quedando la prestación del servicio paralizado. Cabe tomar en cuenta que dicha adecuación, que finalmente logró solucionar el Problema del Acoplamiento, se encontró a partir de la llegada del Banco de Pruebas para acopladores, bien que fue adquirido por GYM FERROVÍAS como parte de la Concesión.
77. Señala que, si los acopladores SCHARFENBERG hubiesen podido acoplarse con los acopladores SOCIMI de los Trenes Ansaldo, no tendría ningún sentido que el MTC se hubiese obligado en el Contrato de Concesión a cambiar los acopladores SOCIMI por los SCHARFENBERG, y entregar los Trenes Ansaldo con estos últimos.
78. Considera irrelevante el hecho que en el Data Room constaba la información de que el MRE contaba con acopladores SOCIMI y que, por lo tanto, GYM FERROVÍAS debió evaluarlo en su oferta, pues la obligación del MTC era justamente reemplazar los acopladores SOCIMI por los acopladores SCHARFENBERG en el MRE de manera previa a la entrega de estos trenes al postor ganador del Concurso. Por tanto, GYM

FERROVÍAS debería haber recibido el MRE con los nuevos acopladores SCHARFENBERG, de acuerdo a lo expresamente regulado en el Anexo 7 del Contrato de Concesión.

79. Descarta que haya habido un "ahorro de dinero" como indicó –sin prueba alguna– el MTC. Esto se desprende del propio Contrato de Suministro de Trenes con Alstom (página 148), en el cual se puede observar el precio pactado por los acopladores que iba a proveer Alstom¹⁰, es significativamente menor en relación al precio total pagado por GyM Ferrovías por la adquisición de los 19 Trenes Alstom, ascendente a aproximadamente 128 millones de dólares¹¹. En todo caso, queda claro que el MTC no cumplió con su carga de probar el supuesto ahorro del dinero que –según ellos– GYM FERROVÍAS obtuvo, al incorporar acopladores DELLNER en vez de SCHARFENBERG.
80. Repara en que la obligación de acoplar el MRA con el MRE mediante acopladores SCHARFENBERG fue posteriormente eliminada del Contrato de Concesión.
81. Indica que el MTC reconoció en la Audiencia de Ilustración de Hechos que la especificación técnica de acople entre Trenes Alstom y Ansaldo mediante acopladores SCHARFENBERG incorporada en el Contrato de Concesión era una obligación que no era necesaria. Por ello, una vez solucionado el problema del acoplamiento causado por el MTC, mediante la suscripción de la Segunda Adenda al Contrato de Concesión, el MTC eliminó formalmente la obligación de acople entre Trenes Alstom y Trenes Ansaldo mediante acopladores SCHARFENBERG, subsistiendo únicamente la obligación de acople mecánico entre ambos trenes, y sin especificar el tipo o marca de acoplador que se debería utilizar para ello (Anexo A-2).
82. Asume que con esta modificación contractual y, dado que en ningún momento el MTC sancionó a GYM FERROVÍAS por el supuesto incumplimiento de las obligaciones a su cargo que ahora alegan sus abogados, resulta claro que el MTC reconoce:
- Que el Problema de Acoplamiento fue causado por el propio MTC que proveyó los trenes Ansaldo sin los acopladores SCHARFENBERG, manteniendo los acopladores SOCIMI;

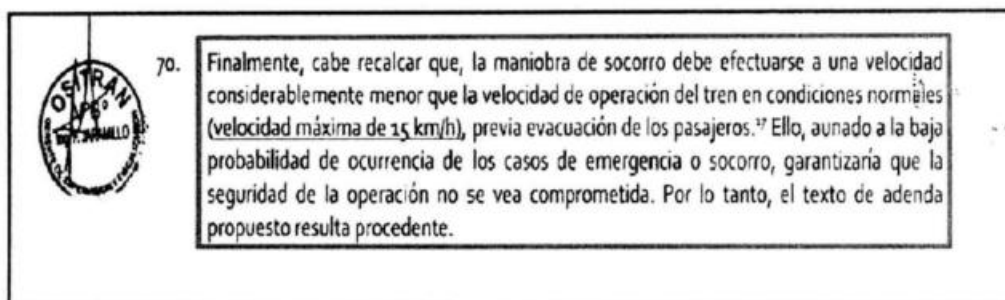
¹⁰ Recuerda que, a la fecha de firma del Contrato de Suministro de los Trenes, se pactó que Alstom proveería acopladores Scharfenberg.

- Que GYM FERROVÍAS estaba legitimada a suspender la correlativa obligación a su cargo de proveer los trenes Alstom con los acopladores SCHARFENBERG;
 - Que no existió incumplimiento de GYM FERROVÍAS ni perjuicio para el Estado al traer los trenes Alstom con sus acopladores DELLNER (de lo contrario el MTC la hubiese sancionado y no modificado el Contrato); y,
 - Que la eliminación del acople con los acopladores SCHARFENBERG no comprometía la seguridad de los pasajeros; caso contrario el MTC no hubiera eliminado dicha obligación.
83. Considera que no era justificable el retraso en la aprobación del EDI por el Problema del Acoplamiento, más aún cuando el MTC reconoce que esta maniobra de socorro tiene frecuencia muy esporádica.
84. Afirma que el índice de utilización de maniobras de acoplamiento en caso de socorro es esporádico e improbable en el caso del MRE y MRA.
85. Nota que el MTC, mediante el Informe N° 011-2013-MTC (Anexo A-24), evidencia que es improbable que en la operación, los trenes del MRE y del MRA tengan que acoplarse, ya que los mismos circulan entre bloques o entre sus pares (es decir, MRA con MRA, o MRE con MRE). Es decir, con ello el MTC deja en claro que al colocar a los trenes del MRE y del MRA en bloque o entre sus pares, en caso de situaciones de socorro, resultaría improbable que se tenga que acoplar un tren del MRE con un tren del MRA; por el contrario, el acoplamiento se daría, por un lado, entre trenes del MRE, y, por otro lado, entre trenes del MRA.
86. Resalta que, tanto OSITRAN como la AATE, han afirmado que las probabilidades de que ocurra un caso de emergencia o socorro son realmente bajas, por lo que maniobras como el acoplamiento se ejecutan de manera esporádica:

67. De acuerdo a lo indicado en el citado Informe, el Concedente no cumplió con la obligación de instalar el acoplador Scharfenberg Tipo 10 en el Material Rodante Existente, debido - según se señala - a la imposibilidad de efectuar un acople automático (mecánico, eléctrico y neumático) entre los trenes existentes (Ansaldo) y los trenes nuevos (Alstom). Asimismo, el Concedente señala que, mediante Memorando N° 202-2013-MTC/33, la AATE opinó que:

"(...) Compatibilizar dos tecnologías de distintas generaciones y fabricantes distintos, resulta por demás oneroso, más aun teniendo en cuenta que dichos acoples eran requeridos únicamente para operaciones de socorro, maniobras que durante el desarrollo normal de las operaciones de Trenes se ejecutan muy esporádicamente (...)."

87. Detalla que, en el Memorándum N° 171-2011-MTC (Anexo 2 del escrito del MTC presentado el 13 de febrero de 2018) el MTC indica que "(...) es cierto también que los acopladores son elementos de bajo índice de utilización, los cuales sólo serían requeridos en caso de remolque de un tren por avería en la vía principal o por movimiento de trenes con la locomotora de maniobras en el Patio Taller (...)". Es más, en el referido Memorándum, la AATE propone firmar una adenda con GYM FERROVÍAS a fin de señalar que los acopladores no eran indispensables para la operación integral de los trenes.
88. Advierte que desde el 25 de julio de 2011 (fecha del Memorándum anteriormente citado), el MTC ya tenía conocimiento de que los acopladores tenían una utilización excepcional y esporádica, tan es así que se consideró la idea de suscribir una adenda con el Concesionario a fin de dejar en claro que dichos acopladores no eran indispensables.
89. Sostiene que la no utilización del acoplamiento no compromete la seguridad de la operación.
90. Invoca que OSITRAN ha sostenido mediante el Informe N° 023-2014-OSITRAN (Anexo A-23) que el no utilizar la maniobra del acoplamiento, no compromete la seguridad de la operación pues dicha maniobra se realiza en una velocidad considerablemente menor que la velocidad normal de operación:



91. Advierte que existían otras alternativas para el remolque: (i) haciendo uso de una Unidad de Tracción de otro tren; o, (ii) haciendo uso de una locomotora Diésel de auxilio, como la locomotora Greco, bien que forma parte de la Concesión. Ello se reafirma en el Informe N° 011-2013 (Anexo A-24).

Para que se ejecute una operación de socorro de un tren debe cumplirse la condición de que la avería del tren a socorrer sea total o sea que no puede moverse ni en condiciones degradadas (un tren con avería no total que son los eventos más probables y no está en condiciones de seguir prestando servicio y por dicha causa deben ser retirado del servicio, pueden moverse en condiciones degradadas por sus propios medios, haciendo uso de la otra Unidad de Tracción, dado que todo tren cuenta con dos unidades de tracción).

El remolque de un tren con avería total dejado en una cola de vía extrema a los talleres de Mantenimiento o dejados en los apartaderos o desvíos al término del servicio también son retirados de preferencia por una locomotora Diésel de auxilio que debe tener toda línea, en el caso del metro de Lima se tiene la locomotora marca GRECO que fue entregada al concesionario como bien de la concesión y si no se emplea esta locomotora como es obvio se utilizara siempre otro tren del mismo tipo que el averiado.

Nótese que un tren que requiere socorro, puede ser también por falla total del sistema de frenos y como es de entender el frenado del tren se ejecuta únicamente con el tren que hace el remolque de modo que el freno neumático para los casos de socorro y enganche entre ambos trones no es indispensable de ser así no se podría remolcar el tren y hacer la reparación del sistema de frenos averiado en plena línea principal sería absurdo.

Lo expuesto sirve para hacer notar que las especificaciones técnicas sobre este tema de los enganches, hechos en los párrafos anteriores fueron erróneos, y de no haber mediado los mismos el requisito a cumplir por los acoples entre trenes de distinto tipo que se ejecutan únicamente para operaciones de Socorro tendrían que haber sido únicamente MECÁNICOS tal como se lee si se quilara en el párrafo A el subrayado y se descartara todo el párrafo B por innecesario y oneroso.

Seguidamente se pasa a responder puntualmente cada una de las observaciones formuladas sobre este punto referido a los Acopladores.

92. Entiende que no existía motivo para el inicio de las operaciones del MRA, máxime si el Problema del Acoplamiento y el consecuente retraso en la aprobación del EDI se produjeron por causa imputable al MTC, y dicha Entidad al momento de aprobar el EDI no tuvo en cuenta que la maniobra de acoplamiento es esporádica y excepcional, no afecta la seguridad, y existían otras alternativas de remolque, generando, entonces, un retraso en su aprobación, y, consecuentemente, un retraso en la entrada en operación de los trenes Alstom del MRA.
93. Postula que, se encuentra legitimada a reclamar el pago del PKT por los 328,333 Kilómetros Garantizados que no pudo recorrer por causa del Problema de Acoplamiento imputable al MTC, en virtud de la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión.
94. Interpreta que en aplicación de esa cláusula el Concesionario puede solicitar el pago del PKT en dos supuestos: (i) cuando haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente y (ii) cuando no haya podido realizar los recorridos exigidos contractualmente por causas no imputable a ella.

95. Detalla que en el supuesto (i), el Contrato hace una clara referencia al pago regular del PKT, es decir, la remuneración que recibe GYM FERROVÍAS por los recorridos que el propio Contrato exige, mientras que en el supuesto (ii) hace referencia a un supuesto de pago que no resulta regular, pues se sitúa en que el Concesionario no deberá haber realizado los recorridos exigidos por el Contrato.
96. Afirma que el PKT tiene una doble naturaleza: retributiva y compensatoria. De esta manera, cuando la cláusula 10.1 del Contrato alude a realizar el pago del PKT (i) cuando GYM FERROVÍAS haya realizado los recorridos exigidos contractualmente, se tendrá que asumir una naturaleza retributiva del PKT; es decir, el MTC retribuye al Concesionario en tanto este cumpla con su obligación contractual. Sin embargo, cuando la cláusula 10.1 alude a realizar el pago del PKT (ii) cuando, por causa no imputable a GYM FERROVÍAS, esta no haya podido realizar dichos recorridos, se establece una clara naturaleza compensatoria del PKT, en el entendido que el MTC se ve obligado –a partir de lo establecido en el Contrato– a pagar al Concesionario aquellos kilómetros que este no haya podido recorrer por causas no atribuibles a él.
97. Sostiene que el MTC tiene que compensar a GYM FERROVÍAS –a valor de PKT– cuando esta última no haya podido recorrer sea por causa imputable al propio MTC o a un tercero. El único límite que se reconoce para este pago es que la falta de cumplimiento de la obligación haya sido por causas no imputables a la Concesionaria.
98. Recuerda que mediante el Memorándum N° 022-2012-MTC (Anexo A-39) emitido en el año 2012, el propio MTC coincidía en afirmar la naturaleza compensatoria del PKT:

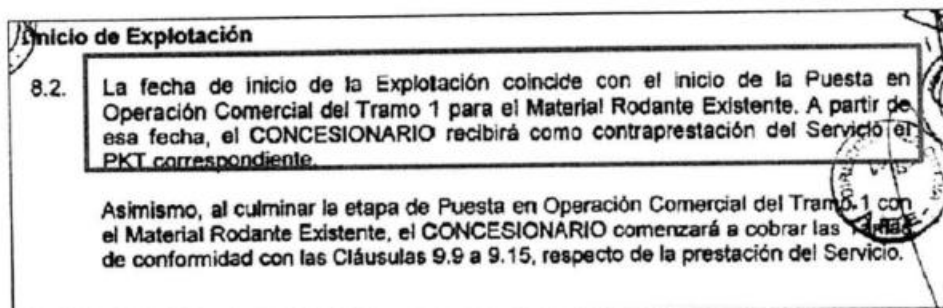
IV. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ECONOMICO:

1. Instalar acoples mecánicos DELLNER del mismo tipo de los que vendrán instalados en los trenes ALSTOM en los trenes ANSALDO, implicará que el Concedente asuma el costo de la gestión de compras, desarrollo de la ingeniería, fabricación e instalación de los nuevos acopladores, así como la gestión de importaciones y modificaciones estructurales a los coches ANSALDO, para lo cual se estiman plazos de 12 meses para la provisión de los acopladores pudiendo proyectarse hasta 6 meses más para la modificación estructural de los coches y la instalación progresiva en el material rodante ANSALDO, con un costo estimado en US\$ 2 millones, sin contar con el perjuicio económico adicional que representaría para el Concedente la paralización progresiva de la flota, al tener que honrar el PKT acordado en el Contrato sin que se recorran los kilómetros programados.

99. Enfatiza que el MTC afirma que deberá “(...) honrar el PKT acordado en el Contrato sin que se recorran los kilómetros programados”. En esa línea, es claro que el MTC está obligado a retribuir a GYM FERROVÍAS por aquellos Kilómetros Garantizados que no pudo recorrer por causas no imputables a

esta última, más aún en el caso del retraso en la aprobación del EDI, retraso que no se hubiese dado si el MTC no hubiese generado el Problema del Acoplamiento.

100. Hace hincapié en que en el periodo de reclamación, ya se encontraba el periodo de explotación, ya que, tal como precisa la cláusula 8.2 del Contrato, es a partir de la fecha de inicio de la Explotación (fecha que coincide con el inicio de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 para el Material Rodante Existente), que GYM FERROVÍAS recibe como contraprestación el PKT correspondiente:



101. Alega que el inicio de la explotación comenzaba con la puesta en operación de los Trenes Ansaldo del MRE, siendo el caso que GYM FERROVÍAS dio inicio a la puesta en Operación Comercial del MRE para el Tramo 1 el 09 de enero de 2012 (Anexo A-18), por tanto, es a partir de esa fecha en adelante que GYM FERROVÍAS empieza a recibir el PKT.
102. Advierte que ya contaba con las Actas de Puesta en Marcha y Certificados de Habilitación Ferroviaria que le permitían operar.
103. Entiende que cumplió con los requisitos que debían observarse para que los Trenes Alstom del MRA puedan entrar en operación:

Puesta en Operación Comercial

Es 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, conforme a lo siguiente:

- (i) **Para el Tramo 1:**
- ✓ Para el Material Rodante Existente, se inicia una vez firmada el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 1 y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Existente.
 - ✓ Para el Material Rodante Adquirido; se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido.
- (ii) **Para el Tramo 2:** Se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Tramo 2.

104. Observa que, de acuerdo a la definición de Puesta en Operación Comercial para el Tramo 1 del MRA, la misma se inicia con la culminación de las Actas de Puesta en Marcha, y que se debe hacer una lectura conjunta de dicha definición con las cláusulas 6.28 a 6.38 del Contrato, y los requisitos para que GYM FERROVÍAS pudiese poner en operación los Trenes del MRA: (i) EDI, (ii) Actas de Puesta en Marcha, y (iii) Certificados de Habilitación Ferroviaria.

105. Argumenta que GYM FERROVÍAS ya contaba con estos últimos dos documentos (Anexos A-8 y A-9) respecto de los once (11) Trenes del MRA, por lo que a partir de la fecha de emisión de los respectivos Certificados de Habilitación Ferroviaria, los mismos podían entrar a operar, situación que no se dio por el retraso en la aprobación de la ingeniería de los Trenes por parte del MTC, es decir, la aprobación del EDI, debido al problema del acoplamiento causado por el MTC.

106. Precisa que el periodo que reclama en el presente arbitraje comprende desde las fechas de expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria de los Trenes Alstom 6 al 16 (MRA) hasta el 25 de julio del 2013 (fecha en que finalmente se aprobó el EDI y los trenes del MRA pudieron entrar en operación):

Número de Tren ALSTOM Tramo 1	Fecha de expedición Certificado de Habilitación Ferroviaria	Días que el Tren ALSTOM no pudo operar	Kilómetros Garantizados NO recorridos
Tren 6	26/02/2013	150	78,475
Tren 7	26/02/2013	150	114,353
Tren 8	27/02/2013	149	46,093
Tren 9	27/02/2013	149	50,413
Tren 10	27/03/2013	119	19,562
Tren 11	15/05/2013	71	6,106
Trenes 12	15/05/2013	71	5,576

Trenes 13	15/05/2013	71	5,576
Trenes 14	06/06/2013	50	2,180
Trenes 15*	06/06/2013	-	-
Trenes 16*	13/06/2013	-	-

* Trenes 15 y 16 corresponden a la flota de mantenimiento que GYM FERROVÍAS está obligado a mantener en reserva

107. Concluye que:

- El MTC incumplió con su obligación de entregar los trenes Ansaldo con los acopladores pactados, incumplimiento que ocasionó el Problema del Acoplamiento, que a su vez generó el retraso en la aprobación del EDI, lo cual causó que GYM FERROVÍAS no pueda recorrer los KG correspondientes al MRA.
- El Problema del Acoplamiento no justificaba el retraso en la aprobación del EDI, ya que las maniobras de acoplamiento son esporádicas, y el no utilizarlas no genera un problema de seguridad en la operación, pues existen otras formas de remolque en caso de situaciones de socorro o emergencias alternativas al acoplamiento entre trenes.
- Pese a que GYM FERROVÍAS contaba con las Actas de Puesta en Marcha y los Certificados de Habilitación Ferroviaria respecto de los once (11) Trenes Alstom, los mismos no pudieron entrar en operación debido al retraso en la aprobación del EDI por parte del MTC, retraso que se generó como consecuencia del Problema del Acoplamiento.
- El Contrato de Concesión establece que el MTC debe remunerar a GYM FERROVÍAS cuando esta última no haya podido realizar los recorridos exigidos contractualmente por causas no imputables a ella. Siendo que el Problema del Acoplamiento atribuible al MTC es la razón por la cual GYM FERROVÍAS no pudo iniciar la operación de los once (11) Trenes Alstom, el MTC entonces debe pagar los 328,333 Kilómetros Garantizados que GYM FERROVÍAS no pudo recorrer. Esto, durante el periodo del 26 de febrero del 2013 al 13 de junio de 2013 (periodo en el que progresivamente se fueron obteniendo los Certificados de Habilitación Ferroviaria de los trenes 6 al 16)¹².

¹² El Anexo A-44 contiene el cálculo del monto dejado de percibir por GYM FERROVÍAS.

- No resulta amparable que el incumplimiento contractual del Concedente en entregar los acopladores SCHARFENBERG no genere ninguna consecuencia para el MTC, pues en dicho supuesto estaríamos frente a un caso en que el estado se terminaría beneficiando de su propio incumplimiento.

POSICIÓN DEL MTC

108. Refiere que el Demandante pretende el reconocimiento a través del mecanismo del PKT de un período que abarca desde la expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria hasta la aprobación del EDI del MRA, por supuestamente no habersele dejado operar con la totalidad del MRA (once Trenes), en el período comprendido entre el 26 de febrero de 2013 hasta el 25 de julio de 2013.
109. Sostiene que no podía autorizar la puesta en marcha del MRA, sin que se cumplieran los requisitos exigidos para tal propósito, por lo que, independientemente de la obtención del resto de requerimientos, y no mediando una aprobación del EDI, no se podía autorizar la circulación del MRA.
110. Resalta que OSITRAN con Oficio N° 1783-2012-GS-OSITRAN, notificado al Consorcio el 2 de mayo de 2012, en su calidad de regulador y haciendo uso de sus funciones de supervisor, hizo de su conocimiento que las observaciones efectuadas respecto al MRA mediante Oficio N° 322-2012-GS-OSITRAN, no habían sido levantadas, anexando el Informe N° 1079-2012-GS-OSITRAN.
111. Advierte que existía un pronunciamiento de OSITRAN respecto a la no aprobación del EDI, en uso de sus atribuciones y prerrogativas como supervisor del desarrollo de las inversiones complementarias a las que está obligado el Concesionario.
112. Destaca que, en ese contexto, fue el regulador quien formuló la observación técnica al EDI del MRA y respecto del cual la no absolución oportuna por parte del Concesionario determinó que el MRA no pudiera entrar a la fase de explotación comercial.
113. Explica que el modelo de retribución que fue propuesto para la Línea 1 del Tren Eléctrico de Lima se basó en el establecimiento de una cantidad fija a ser pagada por el Concedente por kilómetro-tren recorrido; es decir, el Concedente asegura al Concesionario un determinado valor de kilómetros-tren mínimos. Este pago sirve para financiar las inversiones iniciales y la operación y mantenimiento de la Línea 1. Con este modelo de retribución el riesgo de demanda para el Concesionario se elimina completamente.

114. Menciona que se ha cumplido con pagar íntegramente cada uno de los pagos que contractualmente encuentran asidero; es decir, aquellos relacionados con los Kilómetros Garantizados y aquellos relacionados con los Kilómetros Adicionales, únicos conceptos por los cuales se debe efectuar pagos al Concesionario. Por ello, considera que no se puede hablar de la existencia de un perjuicio económico a este.
115. Agrega que, cada uno de los pagos reconocidos al Concesionario fueron aprobados por OSITRAN, y cada pago está sujeto al valor de Kilómetros Garantizados, que varía de acuerdo al número de trenes en operación.
116. Enfatiza que la naturaleza del PKT es una de tipo retributiva, es decir, se da como contrapartida al recorrido que efectúa el Concesionario, según criterios plenamente objetivos, por lo que no se puede aludir a una naturaleza compensatoria.
117. Puntualiza que el MRA no se encontraba habilitado para efectuar recorridos mayores a los Kilómetros Garantizados en la línea férrea, independientemente de la causa que hubiera originado tal evento, por lo que ello impide el reconocimiento del PKT que pretende GYM FERROVÍAS.
118. Alega que el pago del PKT, en el supuesto de no haber efectuado el recorrido por razones no atribuibles al Concesionario, tiene como presupuestos: (i) estar en la etapa de Explotación de la Concesión; y, (ii) contar con el MRA habilitado conforme a los "Kilómetros Garantizados" de los que pretende su reconocimiento.
119. Postula que, conforme a una interpretación sistemática de la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión, está previsto que el PKT se deberá pagar como tal, es decir, como contraprestación, procediendo en consecuencia, el pago de dicho concepto sólo durante el periodo de explotación y cuando el Concesionario hubiere estado apto para ofrecer el servicio de acuerdo al nivel de "Kilómetros Garantizados" pretendidos, puesto que es claro que se trata de una retribución y no una compensación.
120. Advierte que es inexacto considerar que el MRA se encontraba listo para el inicio de operaciones una vez obtenidos los Certificados de Habilitación Ferroviaria, pues dicho certificado no era el único requisito para la puesta en marcha del MRA para la prestación del servicio, sino adicionalmente se requería: (i) las Actas de Puesta en Marcha del Material Rodante Adquirido (elemento formal); y, (ii) la Aprobación del EDI del Material Rodante Adquirido (elemento técnico).
121. Alega que de la lectura de las cláusulas del Contrato de Concesión, se puede corroborar que el inicio de la explotación de la Concesión se

encuentra condicionado al cumplimiento, por parte del Concesionario, de los siguientes requisitos:

- La emisión de los Certificados de Habilitación Ferroviaria (los cuales deben ser emitidos antes de la Puesta en Operación Comercial) (artículo 6.38).
- El Acta Final de la Prueba de Puesta en Marcha, firmada por el Concedente, Concesionario y Regulador en el cual se verifica que se realizaron las referidas pruebas (artículo 6.37).
- La Aprobación de los Estudios Definitivos de Ingeniería, así como la verificación, por parte del Regulador, que el Material Rodante Adquirido cumpla con las Especificaciones Técnicas exigidas en el Contrato de Concesión (Anexo 6) para su correcto funcionamiento (artículo 6.17, 6.2 y 6.3).
- Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido (Definición de Puesta en Operación Comercial).

122. Reafirma que el Concedente no podía autorizar la puesta en marcha del Material Rodante Adquirido, sin que se cumplieran los requisitos exigidos para tal propósito, por lo que independientemente de la obtención del resto de requerimientos, y no mediando una aprobación del EDI, no se podía autorizar la circulación del Material Rodante Adquirido.

123. Nota que el desarrollo y puesta en marcha del servicio del Proyecto de Línea 1, puede producirse previa integración del Material Rodante Existente adquirido durante el desarrollo inicial del proyecto, y el adquirido producto de las inversiones obligatorias a cargo del Concesionario.

124. Reconoce que se efectuó la entrega del MRE al Concesionario con los acopladores modelo "SOCIMI", distintos a los pactados mediante el Contrato de Concesión, ya que la empresa que se contrató para que proveyera los acopladores modelo "SCHARFENBERG", invocó causa de Fuerza Mayor. Advierte que GYM FERROVÍAS tenía pleno conocimiento de esa situación, puesto que GYM forma parte del Consorcio Tren Eléctrico de Lima (CTEL).

125. Hace hincapié en que la obligación de contar con los acopladores modelo "SCHARFENBERG" no era unilateral y exclusivamente del Concedente, sino al requerirse estos dispositivos para efectuar acoples entre modelos distintos de material rodante, presuponía que el material rodante que debería ser adquirido por el Concedente debería de contar con acopladores modelo "SCHARFENBERG".

126. Observa que, conforme a lo establecido en el apéndice 3 del anexo 6 del Contrato de Concesión, el Concesionario tenía la obligación de adquirir trenes con acoplador "SCHARFENBERG tipo 10". No existiendo

documento alguno en el cual se la haya solicitado al Concesionario no cumplir con la obligación antes mencionada:

Acopladores Automáticos

El acoplamiento automático se efectuará únicamente entre dos trenes del mismo tipo y proveedor. Un acoplamiento mecánico, como mínimo, se efectuará entre dos trenes de distinto tipo y proveedor.

El acoplador deberá ser compatible con los propuestos por el Consorcio "Tren Eléctrico Lima" para la modernización de los trenes actuales, permitiendo el acoplamiento del tren suministrado con los actualmente existentes, como mínimo mecánica en operación de "PUSH" o "PULL".

El acoplador propuesto es de marca Scharfenberg tipo 10, con capacidad de 850 KN.

127. Añade que, mediante Circular N° 14 -en el marco del concurso- la obligación de que el MRE y el MRA cuenten con acopladores modelo "SCHARFENBERG", constituía una de las especificaciones técnicas del Contrato de Concesión, por lo que resulta ilógico que el Concesionario alegue un error de diseño del Contrato de Concesión cuanto éste era consciente, según la información que constataba en la sala de datos a la cual tuvieron acceso, que los Trenes Ansaldo contaban con acopladores "Socimi".

128. Repara en el hecho que en el punto 2.2 de su propuesta técnica, el Concesionario propuso que *"...el material rodante a incorporar cumplirá acabadamente con las funcionalidad y prestaciones requeridas por las Bases, sin perjuicio de incorporar soluciones técnicas no previstas explícitamente en las especificaciones incluidas en el proyecto de contrato y superadoras de las mismas, en razón de la permanente evolución tecnológica del rubro..."*.

129. Alega que fue el propio Concesionario quien presentó su propuesta bajo riesgo y ventura, ya que conocía las condiciones en las cuales se encontraban el MRE y los riesgos que implicaban el generar acoplamiento entre los "SCHARFENBERG" y los "SOCIMI", por lo que no sería jurídicamente amparable que después de haber sido declarado ganador de la Buena Pro presente reclamos sobre las condiciones del MRE.

130. Advierte que, si bien los Trenes Ansaldo con los que contaba la AATE y que debían ser acoplados a los Trenes Alstom que iban a ser adquiridos por el Concesionario no contaban con el sistema de acoplamiento "SCHARFENBERG Tipo 10", ello no era motivo para que el

Concesionario no cumpliera con su obligación y, en lugar de traer trenes con el mencionado sistema de acoplamiento, trajo trenes con acopladores con sistema "DELLNER".

131. Reafirma que el Demandante incumplió con su propuesta y lo establecido contractualmente.
132. Resalta que ante dicha situación, mediante Oficio 1783-2012-GS-OSITRAN del 2 de mayo del 2012 OSITRAN comunicó la no aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería del Material Rodante Adquirido (EDI), puesto que no cumplía con las especificaciones técnicas contractualmente establecidas.
133. Explica que los EDIs tienen por característica principal el reflejar las Especificaciones Técnicas estipuladas en el Contrato de Concesión, es decir, los requerimientos técnicos mínimos necesarios para realizar las Inversiones que, en este caso, se encuentran, claramente, señalados en el Anexo 6 del Contrato de Concesión.
134. Afirma que el Concesionario recién presentó el levantamiento de observaciones mediante Carta/METRO/OSITRAN/393/2013, demostrando la factibilidad de efectuar un acople mecánico a través del tubo guía¹³, entre trenes Ansaldo y Alstom (en el Informe GO-ING-01-INF-002); ello fue el sustento para aprobar el EDI y, por consiguiente, es recién con la Resolución Directoral N° 62-2013-MTC/33 de fecha 25 de julio de 2013 que se otorgó la conformidad al EDI y con ello se encontraba facultado para realizar el cobro del PKT establecido en el Contrato de Concesión.
135. Sostiene que la situación de demora en la aprobación del EDI y la consiguiente puesta en marcha del MRA se debió única y exclusivamente a una situación provocada por el Concesionario, no resultando posible imputar responsabilidad al MTC, puesto que los trenes "Alstom" adquiridos por el Concesionario no contaban con el acoplador "SCHARFENBERG".
136. Considera que el supuesto Problema del Acoplamiento no puede ser atribuido exclusivamente al Concedente.
137. Respecto de la excepción de incumplimiento invocada por GYM FERROVIAS, precisa que las prestaciones a cargo de una de las partes contractuales constituyen el presupuesto indeclinable de las prestaciones de la otra; en ese sentido, las obligaciones de una parte se encuentran ligadas a las obligaciones de su contraparte conformándose así el sinalagma contractual.

¹³ Mientras que en el borrador de la Adenda figuraba dispositivo intermedio.

138. Advierte que esa excepción debe ser tal que no permita la ejecución de prestaciones al Concesionario, pero lo cierto es que en este caso, al adquirir el Material Rodante Alstom con acopladores modelo "DELLNER", desde un inicio se hacía imposible el acoplamiento entre el MRA y el MRE.
139. Entiende que, en sentido estricto, el Concesionario no ha efectuado una suspensión de la ejecución de sus prestaciones, sino por el contrario ha procedido a modificar unilateralmente sus obligaciones contractuales, al haber adquirido un Material Rodante Alstom con acopladores distintos a los especificados en el Contrato de Concesión, desnaturalizando de esta manera la institución de la excepción de incumplimiento, la cual sólo implica la suspensión de las obligaciones a cuenta, mas no su cambio.
140. Asume que resulta evidente que el Concesionario ha incumplido con su obligación, pretendiendo mediante una excepción de incumplimiento contractual avalar y legitimar una modificación unilateral de su prestación contractual.
141. Considera que el Concesionario no puede argumentar que la exigencia de acopladores SCHARFENBERG en el MRE constituye una prestación dependiente para la adquisición del MRA con acopladores SCHARFENBERG, ya que la exigencia de dichos acopladores, si bien es cierto constituye una obligación del Concedente, esta no tiene correlato en las obligaciones del Concesionario, puesto que a éste se le retribuirá la compra de los mencionados bienes con el respectivo PKT, siendo el pago de dicho concepto la contraprestación sobre la que eventualmente se podría plantear una excepción de incumplimiento, siempre que el MRA cumpliera con los indicadores y niveles de servicio establecidos en el Contrato de Concesión.
142. Observa que para que la excepción de incumplimiento alegada por el Concesionario tenga asidero, éste tendría que demostrar que al momento en que el Concedente manifiesta el incumplimiento se encontraba en plena posibilidad de ejecutar la obligación que tenía a su cargo. Advierte que a la fecha del incumplimiento del MTC, el Concesionario no podía cumplir con su obligación de entregar el MRA con acopladores SCHARFENBERG, puesto que la empresa Voith encargada de suministrarlos al CTCL no podía cumplir con la entrega de esos acopladores.
143. Postula que para poder invocar una excepción de incumplimiento es necesario la inexistencia de contradicción de la buena fe, y en el presente caso no se evidencia el cumplimiento de ese requisito por parte de GYM FERROVIAS, porque dicho Concesionario, antes de la entrega del MRE, ya tenía conocimiento de la situación originada por CTCL respecto de la imposibilidad de entregar el MRE con los acopladores SCHARFENBERG, y pretende alegar una excepción de incumplimiento respecto de una obligación que él tampoco podía cumplir y que su propia matriz originó.

144. Aclara que no existe declaración expresa emitida por el Concesionario por medio de la cual se mencione que el acoplamiento se trata de una especificación técnica no esencial para la operación del servicio. Los acopladores tienen por finalidad remolcar a otros trenes en caso de emergencia. El hecho que la AATE haya declarado que solo es necesario un acople de tipo mecánico, a efectos de viabilizar la suscripción de la Adenda 2, la cual tenía por finalidad modificar las condiciones de los acopladores establecidos en las Bases, no implica que el acoplamiento no sea esencial.

145. Argumenta que el Concesionario pretende trasladar el incumplimiento de su obligación contractual de adquirir el MRA equipados con los acopladores "SCHARFENBERG", al MTC como Concedente.

146. Expresa que también era obligación y responsabilidad del Concesionario proveer los trenes nuevos con el sistema de acoplamiento automático que permita el acoplamiento del tren nuevo con los existentes. En efecto, en la Propuesta Técnica el Concesionario, respecto a los acopladores se obligó a lo siguiente:

"Acopladores Automáticos:

El acoplador será el mismo tipo y modelo que el acoplador propuesto por el Consorcio "Tren Eléctrico Lima" para la modernización de los trenes actuales, permitiendo el acoplamiento del tren nuevo con los actualmente existentes, como mínimo mecánicamente y neumáticamente, en operación de "PUSH" o "PULL" ...".

147. Señala que las Especificaciones Técnicas para el Material Rodante nueva, establecía que el nuevo material rodante debía acoplarse a los trenes existente (páginas 262, 293 y 294) mecánica y/o neumáticamente, a través de acopladores, con el propósito de efectuar maniobras de socorro y compostura disponiendo del frenado neumático en toda la formación acoplada.

148. Destaca que mediante Oficio N° 1783-2012-GS-OSITRAN del 2 de mayo del 2012 e Informe N° 1079-2012-GS-OSITRAN del 24 de abril de 2012, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN comunicó a GYM FERROVÍAS entre otros, que quedaba pendiente de subsanación la observación sobre el acople mecánico y neumático entre dos trenes de distinto tipo y proveedor.

149. Nota que en el Acuerdo Marco de Exclusividad suscrito entre el Concesionario y ALSTOM -Especificaciones Técnicas Anexo 6 y 7 de la Versión Final del Contrato de Concesión- se estableció como especificación técnica que los trenes nuevos podrían acoplarse mecánica y/o neumáticamente con los trenes existentes, y que el acoplador sería del

mismo tipo y modelo que el acoplador propuesto por el Consorcio "Tren Eléctrico Lima" para la modernización de los trenes actuales.

150. Puntualiza que, en la Carta/METRO/OSITRAN/393/2013 del 3 de julio de 2013, el Concesionario, al dirigirse a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, reconoció que es su obligación que los trenes nuevos tengan que acoplarse a los trenes existentes.
151. Enfatiza que, el Concesionario no comunicó que traería trenes con el sistema "DELLNER" y no "SCHARFENBERG" tal y como se era su obligación contractual.
152. Postula que en el periodo reclamado del 26 de febrero del 2013 al 25 de julio del 2013, GYM FERROVÍAS todavía no había iniciado la explotación de la Concesión, por lo que no corresponde pagar al Concesionario por concepto de PKT, ya que solo puede hacerse el pago efectivo del mismo desde el inicio de la explotación de la Concesión y no antes.
153. Sostiene que la eficacia del carácter compensatorio establecido en la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión se encuentra sujeta, para el caso específico del MRA, al inicio de la puesta en operación comercial, mas no al inicio de la explotación de la Concesión. Efectivamente, el PKT para el MRA no es eficaz desde el inicio de la explotación de la Concesión, pues ello únicamente fue establecido para el MRE; por el contrario, la explotación económica del MRA se encontraba sujeta a la culminación de las pruebas de puesta en marcha, tal como se aprecia en el apartado de Definiciones del Contrato de Concesión. Es decir, el PKT para el MRE y el MRA tiene diferente eficacia temporal.
154. Reitera que el no inicio de la operación fue principalmente debido a que el Concesionario adquirió el Material Rodante Alstom con especificaciones distintas a las establecidas en las bases de licitación y de su propia propuesta, lo que motivó que no se aprobara el Estudio Definitivo de Ingeniería.
155. Explica que, siendo que los EDIs del MRA no fueron aprobados por el Regulador, se tiene que el riesgo de disponibilidad no ha sido correctamente satisfecho y por ende no puede entenderse que el MRA puede ser explotado y con ello obtener el PKT a que alude la cláusula 10.1.
156. Recuerda que el Concesionario tenía la obligación de presentar un Estudio Definitivo conforme a las Especificaciones Técnicas, al Contrato y a la normativa vigente. Incluso, contaba con la alternativa adicional especificada en el acápite 1.1, del Apéndice 1 del Anexo 6 del

Contrato de Concesión, de proponer alternativas y/o soluciones técnicas distintas a las señaladas en las Especificaciones Técnicas, siempre y cuando demostrara al Concedente y al Regulador que lo que propone supera o cumple la prestación requerida:

“EL CONCESIONARIO podrá presentar alternativas y/o soluciones técnicas diferentes a las aquí especificadas, para la aprobación del CONCEDENTE y el Regulador siempre y cuando demuestre que lo propuesto cumple o supera las funcionalidades y prestaciones requeridas”.

157. Enfatiza que en el Contrato de Concesión se encontraba una serie de Especificaciones Técnicas las cuales eran claras, por lo que debían verse reflejadas en el EDI, y que el Concesionario tenía la opción adicional de presentar alternativas y/o soluciones técnicas diferentes a las especificadas siempre y cuando demostrara que lo propuesto cumple o supera las funcionalidades y prestaciones requeridas. Si bien respecto de los acopladores, el Concesionario presentó una opción alternativa mediante Carta/METRO/OSITRAN/0010/2012 de fecha 11 de enero del 2012 y Carta/METRO/OSITRAN/0071/2102 de fecha 6 de febrero del 2012, no demostró en su oportunidad que la alternativa propuesta cumplía o superaba la Especificación Técnica requerida, razón por la cual no era posible para el Regulador aprobar el EDI.

158. Alega que independientemente de que se demuestre que el acoplador es poco utilizado en el marco de la operación del Material Rodante, ello no justifica el incumplimiento contractual del Concesionario, ni justificaba que no se tuviera en consideración en el EDI, toda vez que éste tiene por finalidad reflejar la totalidad de Especificaciones Técnicas estipuladas en el Contrato de Concesión.

159. Concluye que si existían razones para no aprobar el EDI, las cuales son directamente imputables al Concesionario conforme a lo siguiente:

- Durante el período materia de reclamación aún no se había celebrado la segunda Adenda del Contrato de Concesión, y resultaba imposible tanto para el Concedente como para el Regulador, hacer caso omiso a la obligación que recaía sobre el Concesionario; es decir, la obligación de lograr la función de acople entre el MRA y el MRE, por lo que correspondía al Concesionario dar cumplimiento a la obligación asumida de lograr la función de acople.
- Independientemente de si se realizan las referidas maniobras, en las que se necesita el acople, el lograr el acoplamiento entre el MRA y el MRE era una obligación asumida por el Concesionario, la cual debía cumplir, ya que las obligaciones estipuladas en el

Contrato no se encuentran condicionadas a su utilidad, sino que deben ser cumplidas a cabalidad por el Concesionario.

- Sobre la existencia de otras formas de realizar maniobras de socorro, la presentada inicialmente por el Concesionario no cumplía con las Especificaciones Técnicas señaladas en el Contrato de Concesión, por lo cual resultaba imposible que fuera aprobada. La no aprobación del EDI no fue a causa de que el OSITRAN se opusiera a la presentación de medidas alternativas, sino que las presentadas durante el periodo de reclamación no cubrían los requerimientos técnicos señalados en el Contrato de Concesión.

POSICIÓN DE OSITRAN

160. Indica que el Concesionario tenía la obligación de disponer del Material Rodante Adquirido, adicionalmente a los 5 ya existentes que tenía el Estado. Específicamente la obligación de GYM FERROVÍAS consistía en entregar 19 trenes "nuevos" en dos tramos: 11 trenes para el primer tramo y la diferencia cuando corresponda el Tramo dos, conforme al numeral 6.17 del Contrato de Concesión:

"(...)

El Regulador se encargará de verificar que el Material Rodante Adquirido cumpla con las Especificaciones Técnicas exigidas en el presente Contrato (Anexo 6) para su correcto funcionamiento. Para la provisión del Material Rodante Adquirido pertenecientes al Tramo 1, el CONCESIONARIO entregará al CONCEDENTE, con copia al Regulador, el cronograma calendarizado de las entregas parciales de los respectivos trenes".

161. Expresa que era obligación de GYM FERROVÍAS cumplir con la entrega de los MRA según lo establecido en el Contrato de Concesión y, las especificaciones técnicas requeridas contempladas en el Anexo 6 del mismo.

162. Señala que según el Contrato de Concesión, se entiende la etapa de Explotación de la siguiente manera:

"Definiciones

Explotación

"Es la prestación del Servicio por parte del CONCESIONARIO, la misma que se inicia con la Puesta en Operación Comercial (...)"

163. Observa que existe un hito claramente marcado para el inicio de la explotación: la Puesta en Operación Comercial. La interpretación que formula el Concesionario es contraria a lo establecido en el Contrato de Concesión, porque GYM FERROVÍAS reclama el pago por la explotación a partir de las fechas de los Certificados de Habilitación Ferroviaria que, como se sabe, son certificados emitidos antes de la Puesta en Operación Comercial.
164. Aclara que, en primer lugar, están la Pruebas de Puesta en Marcha y, en segundo lugar (posterior), la Puesta en Operación Comercial. Esta última inicia la explotación; recién a partir de ese momento, el Concesionario es el acreedor por los Kilómetros Garantizados.
165. Refiere que el Contrato de Concesión señala que "Pruebas de Puesta en Marcha" es lo siguiente:

Pruebas de Puesta en Marcha

Son las pruebas de funcionamiento, operatividad e integración del Material Rodante y de todos los bienes y equipos suministrados por el Concesionario y que componen el sistema ferroviario. Estas pruebas serán realizadas por el CONCESIONARIO cuando el Material Rodante Adquirido esté disponible para tal fin, en vacío por un periodo de treinta (30) Días Calendario. Estas pruebas se efectuarán a la entrega del Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE y de acuerdo al calendario de provisión del Material Rodante Adquirido y podrán efectuarse total o progresivamente de acuerdo a los Protocolos de Pruebas y a lo señalado en las Cláusulas 6.28 a 6.37. Al término de las Pruebas de Puesta en Marcha y antes de finalizar el periodo de Puesta en Operación Comercial, el CONCEDENTE emitirá los certificados de habilitación ferroviaria al Material Rodante Adquirido los mismos que son requeridos para iniciar la Explotación de los Servicios contemplados en el presente Contrato de Concesión.

166. Añade que el Contrato de Concesión expresamente manifiesta cuál es la Puesta en Operación Comercial:

Puesta en Operación Comercial

Es 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, conforme a lo siguiente:

- (i) Para el Tramo 1:
 - ✓ Para el Material Rodante Existente, se inicia una vez firmada el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 1 y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Existente.
 - ✓ Para el Material Rodante Adquirido; se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido.
- (ii) Para el Tramo 2: Se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Tramo 2.

167. Argumenta que, a través de una interpretación literal de las definiciones del Contrato de Concesión, puede llegarse a una sola conclusión: la Puesta en Operación Comercial, para el Tramo 1, para el MRA, se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y, culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido.

168. Considera que basta con esa interpretación literal para rechazar completamente la primera pretensión principal formulada por el Concesionario, porque está reclamando un imposible jurídico: quiere que se le pague por sus servicios en una etapa anterior a la establecida en el Contrato de Concesión.

169. Puntualiza que el propio Contrato de Concesión determina cuál es inicio de la explotación. Esta definición se debe leer conjuntamente con el numeral 8.2 del Contrato de Concesión, el cual indica que *"La fecha de inicio de la Explotación coincide con el inicio de la Puesta en Operación Comercial"*.

170. Agrega que el numeral 6.38 del Contrato de Concesión es más claro aún que las propias definiciones del Contrato de Concesión. Este numeral señala expresamente sobre la Puesta en Operación Comercial:

Puesta en Operación Comercial

6.38. El CONCESIONARIO dará inicio a la Puesta en Operación Comercial (prevista para Julio del 2011) luego de realizados los siguientes actos:

- (i) Para el Tramo 1: A la Toma de Posesión del mismo, de acuerdo a la Cláusula 5.17.2. y luego que se hayan realizado las Pruebas de Puesta en Marcha del Material Rodante Existente y Adquirido para este tramo.
- (ii) Para el Tramo 2: Concluida la etapa de Pruebas de Puesta en Marcha, en los términos previstos en las Cláusulas 6.28 a 6.37.

Asimismo, el CONCESIONARIO deberá acreditar lo siguiente: (i) tener su R.O.I. debidamente aprobado por el CONCEDENTE, (ii) haber presentado las pólizas de seguro correspondientes a la Explotación, establecidas en el Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables y éstas se encuentren debidamente aprobadas, y (iii) cumplir con las demás obligaciones previstas en las Leyes y Disposiciones Aplicables requeridas para la Puesta en Operación Comercial.

Una vez cumplidos los requisitos antes indicados, el CONCESIONARIO deberá notificar por escrito al CONCEDENTE con copia al Regulador, la fecha de inicio de la Puesta en Operación Comercial, la misma que se

efectuará en un plazo no menor de tres (03) Días contados a partir de la recepción de la notificación.

Durante la etapa de Puesta en Operación Comercial y antes de la finalización de la misma, el CONCEDENTE emitirá los respectivos certificados de habilitación ferroviaria del Material Rodante Adquirido. El CONCESIONARIO empezará a cobrar a los Usuarios la Tarifa por la prestación del Servicio, a partir de la culminación de la Puesta en Operación Comercial del Material Rodante Existente en el Tramo 1.

La Puesta en Operación Comercial del Material Rodante Adquirido se realizará entre intervalos de trenes.

171. Destaca que el numeral citado señala expresamente que "(...) EL CONCESIONARIO dará inicio a la Puesta en Operación Comercial (prevista para julio del 2011) luego de realizados los siguientes actos:

- (i) Para el Tramo 1, a la toma de Posesión del mismo, de acuerdo al a Cláusula 5.17.2 y luego que se hayan realizado las Pruebas de Puesta en Marcha del Material Rodante Existente y Adquirido para este tramo".

172. Aprecia que el propio Contrato de Concesión señala que el Concesionario dará inicio a la Puesta en Operación Comercial luego de

que se hayan realizado las Pruebas de Puesta en Marcha del Material Rodante Adquirido.

173. Menciona que el numeral 6.42 del Contrato de Concesión señala expresamente que la Puesta en Operación Comercial concluirá en el momento en que se hayan cumplido los siguientes puntos:

6.42. La Puesta en Operación Comercial concluirá en el momento que: (i) Se haya prestado el Servicio por un periodo efectivo de treinta (30) Días Calendario verificando el cumplimiento del diseño del Material Rodante con la calidad de confort de seis (6) pasajeros de pie por metro cuadrado; y, (ii) el Regulador otorgue su conformidad de la Puesta en Operación Comercial, por escrito al CONCESIONARIO y al CONCEDENTE, a fin que los mismos, procedan a la suscripción del Acta de Conformidad.

174. Repara en que el propio Concesionario en su demanda arbitral (página 14) señala cuáles son los requisitos para poder "operar"; es decir, para que ocurra la Puesta en Operación Comercial:

autorizaciones para operar: (i) la aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom; (ii) las Actas de Puesta en Marcha de cada uno de los Trenes Alstom, suscritas por el MTC, la AATE y OSITRAN; y, (iii) los Certificados de Habilitación Ferroviaria, emitidos por el MTC.

175. Entiende que la discusión radica en si el Concesionario cumplió o no con la entrega del Material Rodante (Trenes) con los tipos de acopladores requeridos en el Anexo 6 del Contrato de Concesión.

176. Apunta que el Anexo 6 del Contrato de Concesión expresamente señala lo siguiente:

El CONCESIONARIO será responsable que los trenes a suministrar se puedan acoplar mecánica y/o neumáticamente con los trenes existentes, a través de acopladores ubicados en los coches con cabina, con el propósito de efectuar maniobras de socorro y compostura disponiendo del frenado, neumático en toda la formación acoplada.

177. Resalta que el Contrato de Concesión establecía un modelo de acoplador. El Concesionario debe cumplir lo que dice el Contrato de Concesión. Si el Concesionario no cumple con lo establecido en el

Contrato de Concesión, se genera la posibilidad de aplicar una penalidad o incluso la demora en la aprobación del EDI.

178. Puntualiza que el Contrato de Concesión señala que los acopladores tienen el propósito de efectuar maniobras de socorro y compostura disponiendo del frenado. Por lo tanto, los acopladores son importantes para situaciones de emergencia.
179. Reitera que el MRA que debía de traer GYM FERROVÍAS, debía tener acoplador modelo SCHARFENBERG; sin embargo, el MRA tenía modelo DELLNER.
180. Insiste en que los acopladores deben de ser del mismo modelo para que sean compatibles. De no serlo, se debe recurrir a alternativas que cumplan la labor de un acoplador, lo cual es distinto a contar con el acoplador que se requirió según el Contrato de Concesión. Este fue un requisito que se tenía que subsanar para la aprobación del EDI.
181. Sostiene que es evidente que el Concesionario incumplió sus obligaciones. Incluso, GYM FERROVÍAS podía presentar alternativas y/o soluciones técnicas diferentes a las especificadas en el Contrato de Concesión, *"para la aprobación del Concedente y del Regulador, siempre y cuando demuestre que lo propuesto cumple o supera las funcionalidades y prestaciones requeridas"*. Esto último lo dice expresamente el Anexo 6 apéndice 1 del Contrato de Concesión.
182. Aprecia que era potestad del Concedente y del Regulador aprobar dichas modificaciones. Tanto el MTC como OSITRAN hicieron las observaciones correspondientes. Estas observaciones recién pudieron ser levantadas por GYM FERROVÍAS cuando se encontró una solución de los acopladores. Por lo tanto, el Concesionario no puede atribuir un incumplimiento por parte del MTC cuando él mismo no cumplió con lo estipulado en el Contrato de Concesión.
183. Argumenta que recién el 26 de julio de 2013, el Concesionario acreditó (i) tener el Reglamento Operativo Interno (R.O.I) debidamente aprobado, (ii) haber presentado las pólizas de seguro correspondiente y (iii) cumplir con las demás obligaciones previstas en las Leyes y Disposiciones Aplicables; por ello, las actividades de explotación iniciaron el 27 de julio de 2013.

184. Concluye que:

- El Concesionario no entregó el MRA con los tipos de acopladores que exigía el Anexo 6, lo que originó que la entrada de la Etapa de Explotación ocurriera con posterioridad a la aprobación del EDI respectivo.

- La evaluación que realiza GYM FERROVÍAS respecto a que los acopladores no resultan tan necesarios, es inadecuada, toda vez que, de acuerdo al propio Contrato de Concesión, los acopladores tienen el propósito de efectuar maniobras de socorro y compostura disponiendo del frenado neumático en toda la formación acoplada.
- El pago por los servicios que recibe el Concesionario ocurre en la etapa de explotación, que se inicia con la Puesta en Operación Comercial, hito posterior a la emisión de los Certificados de Habilitación Ferroviaria, los cuales GYM FERROVÍAS pretende validar como inicio de fecha de pago (cuando se trata de un recorrido que no se realizó por culpa del propio Concesionario).

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

185. Luego de revisados los escritos del caso y de escuchados los argumentos de las partes, el Tribunal Arbitral entiende que el tema a ser abordado en el presente proceso arbitral consiste en determinar si existe o no fundamento contractual que dé derecho al Concesionario al pago del PKT por 328,333 kilómetros garantizados no recorridos correspondiente al MRA Trenes Alstom entre el 26 de febrero de 2013 y el 25 de julio de 2013.

186. A este efecto, GYM FERROVÍAS invoca como sustento de su pretensión de pago la aplicación de la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión:

"SECCIÓN X: RÉGIMEN FINANCIERO

10.1 El CONCEDENTE garantiza al CONCESIONARIO un número determinado de kilómetros anuales 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 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".

187. Por ello, para determinar si existe o no derecho al pago reclamado, corresponde realizar un ejercicio de interpretación del alcance de la citada previsión contractual contenida en el Contrato de Concesión.

188. Como define JORGE MOSSET ITURRAPE¹⁴, *"interpretar un contrato es observar las manifestaciones negociales, las cláusulas o estipulaciones para determinar su sentido y alcance"*. A este efecto, tal como explica LUÍS DíEZ -PICAZO Y ANTONIO GULLÓN¹⁵ la doctrina reconoce dos caminos, *"la búsqueda de <sentido> enfrenta a dos poderosas corrientes doctrinales. Una de ellas estima que lo que el intérprete ha de indagar es la voluntad de los contratantes (interpretación subjetiva), o, en otras palabras, su intención; otra, por el contrario, cree que el intérprete cumple su misión dando a la declaración el significado que tiene en el tráfico, en la vida social (interpretación objetiva)"*.

189. GYM FERROVÍAS postula una interpretación de la cláusula 10.1 en el sentido que resulta aplicable a partir del 9 de enero de 2012, fecha de inicio de la Explotación de la Concesión y que la parte final de dicha cláusula consagra una compensación o indemnización ante el incumplimiento no imputable al Concesionario de realizar los recorridos exigidos contractualmente.

190. En cambio, el MTC y OSITRAN sostiene una interpretación de la cláusula 10.1 en el sentido que, resulta aplicable a partir de la culminación de la etapa de Operación Comercial del MRA y que la parte final de dicha cláusula no establece una compensación o indemnización.

191. Resulta evidente que la presente controversia se ha suscitado en relación con la interpretación de la referida cláusula 10.1, específicamente con respecto a los supuestos de hecho bajo los cuales el Concesionario tiene derecho al pago del PKT por Kilómetros Garantizados respecto del MRA que no pudo realizar los recorridos contractualmente exigidos.

192. Es indispensable entonces, para resolver la presente controversia, llevar a cabo una labor de interpretación, siguiendo para tal efecto las normas contenidas en el Código Civil.

Reglas para la interpretación de los contratos

193. El artículo 168º del Código Civil señala que los actos jurídicos se interpretan de acuerdo a lo expresado en ellos y en virtud del principio de la buena fe. Esta norma recoge el principio de literalidad (además del de

¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Interpretación del Contrato. Sentido y Alcance. En Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Carlos Soto Director. Tomo I. Grijley. Primera edición. Lima, 2007, p. 29.

¹⁵ DíEZ -PICAZO, Luís y GULLÓN Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Tecnos. Novena edición. Madrid, 2001, p. 79.

buena fe) para la interpretación de las normas. Como indica LUÍS DIÍEZ – PICAZO Y ANTONIO GULLÓN¹⁶ el criterio de la buena fe asume la dirección de un método de interpretación objetivo.

194. Sobre este principio, el artículo 1361º del Código Civil señala: *"Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla"*.
195. Es importante señalar que estas normas exigen guiarse por el principio de la buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362º del mismo cuerpo legal, según el cual: *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"*.
196. Así, *"el método literal suele actuar, implícita o explícitamente ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada"*¹⁷.
197. El Tribunal Arbitral considera que, para desentrañar indubitadamente el completo significado de la cláusula décima del CONTRATO, no basta con una lectura de su texto, sino que deben aplicarse otros métodos de interpretación que conlleven otros elementos de juicio.
198. A tales elementos de juicio se refiere el artículo 169º del Código Civil, que establece: *"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas"*.
199. De acuerdo con este principio de interpretación sistemática, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Así, se busca eliminar cualquier duda o contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el contrato no pierda su finalidad.
200. Debe preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o "duplicadas" algunas de ellas.

¹⁶ Op. Cit., p. 79.

¹⁷ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Séptima edición. Lima, 1996, p. 259.

201. Este criterio no es subsidiario, pues *"no es un criterio al cual se deba recurrir cuando resulte dudoso el significado de la cláusula en concreto. En realidad, la interpretación de la cláusula en concreto que no tenga en cuenta el texto en conjunto, arriesga de confundir el significado, en cuanto también una cláusula aparentemente clara debe ser vista y entendida en el unitario conjunto del contrato"*¹⁸.

202. Además de los criterios de interpretación literal y sistemática, el Código Civil regula el criterio de interpretación teleológica, recogido en el artículo 170º: *"Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto"*.

203. De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquélla que guarde coherencia con el objeto o la finalidad del contrato.

*"Ahora, si la lectura de la declaración nos genera dudas, quizás valga la pena hacer el esfuerzo para tratar de descubrir cuál de todas las posibles interpretaciones refleja tal voluntad real. Para ello puede ser interesante revisar la correspondencia previa, los proyectos de contrato, los informes internos de evaluación de las partes, la forma como ejecutaron sus obligaciones, y en general cualquier elemento probatorio que nos acerque a saber qué es lo que realmente querían"*¹⁹.

204. Cabe tener presente la recomendación de LUÍS DíEZ -PICAZO Y ANTONIO GULLÓN²⁰, respecto a optar por una interpretación subjetiva y una objetiva:

"La interpretación negocial es tarea de gran amplitud. Sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiere la declaración de voluntad para el ambiente y la conciencia social (interpretación objetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de una determinada situación (compraventa, arrendamiento, etc.) entre las partes, normativa de sus intereses. Al negocio, en consecuencia, habrá que atribuir el significado correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento en

¹⁸ BIANCA, Massima. Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto Jurídico Negocial. Gaceta Jurídica. Lima, p. 237.

¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Lima, 2010, pp. 422-423.

²⁰ Op. Cit. P. 79.

que se concluye (interpretación subjetiva). El método de interpretación objetivo es complementario o subsidiario del subjetivo. Otras veces, la interpretación objetiva cumple misiones principales: suplir las lagunas de la declaración, corregirla para darle eficacia y hasta imponer un significado distinto del que parece querido cuando lo exige el principio de la responsabilidad negocial (DE CASTRO)".

205. Ello es precisamente lo que corresponde hacer al Tribunal Arbitral para llevar a cabo la labor de interpretación que conlleva resolver este extremo de la controversia entre las partes.
206. Por ello, el Colegiado debe buscar atribuir el alcance de la cláusula 10.1 *"correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento en que se concluye"*.
207. En ese marco, aplicando una interpretación literal se verifica que la cláusula 10.1 regula tres aspectos:
- La Garantía del Concedente a favor del Concesionario de un número determinado de kilómetros anuales recorridos durante la Explotación de la Concesión.
 - El Pago por Kilómetro Tren Recorrido a cargo del Concedente a favor del Concesionario.
 - Los supuestos en que corresponde realizar o no dicho pago por parte del CONCEDENTE.
208. Respecto del tercer aspecto regulado por la cláusula 10.1, la lectura del texto permite concluir que dicho pacto contractual contiene tres normas:
- (i) No corresponde el pago del PKT en el período de activación de las coberturas de los seguros establecidos en la cláusula 12.3.3.
 - (ii) Corresponde el pago del PKT cuando el Concesionario haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente.
 - (iii) Corresponde el pago del PKT cuando el Concesionario no haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente por causa no imputable a él.
209. La discusión materia de este arbitraje se ha centrado en la aplicación del tercer pacto contenido en la parte final de la cláusula 10.1. Es así que, en síntesis, el MTC y OSITRAN han objetado la aplicación de esta cláusula por considerar que no se cumplen los presupuestos para su aplicación, como son que se haya culminado la Puesta en Operación del Material Rodante Adquirido (MRA) Trenes Alstom, lo que no ocurrió puesto que no se había aprobado el EDI y que ello fue por causa imputable al Consorcio. Por el contrario, GYM FERROVÍAS considera que está legitimada pues, ya se encontraba en período de Explotación de la Concesión, contaba con las Actas de Puesta en Marcha y Certificados de Habilitación Ferroviaria que le

permitían poner en operación el MRA, y porque la no aprobación del EDI no le es imputable.

210. Sobre esa discrepancia interpretativa de la aplicación de la cláusula 10.1 *in fine*, el Colegiado identifica dos aspectos en debate: (a) Si su aplicación se encuentra sujeta al inicio de la etapa de la Explotación de la Concesión, o bien, si su aplicación se encuentra sujeta a la culminación de la Puesta en Operación de cada Tren; y, (b) Si la no aprobación del EDI, causal que impidió realizar los recorridos exigidos contractualmente, era imputable o no al Concesionario.

(a) Momento Temporal para la aplicación de la cláusula 10.1 *in fine*

211. Para determinar este alcance, es indispensable aplicar una interpretación sistemática de la cláusula 10.1 concordante con las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión:

“DEFINICIONES

En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Acta de Conformidad

*Es el documento suscrito por el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO, mediante el cual se deja constancia de la **correcta operación de los Bienes de la Concesión para la Explotación, una vez culminada la etapa de Puesta en Operación Comercial del Material Rodante Existente**, del Material Rodante Adquirido para el Tramo 1 (que podrá efectuarse en uno o varios actos) y el Tramo 2; así como de la correcta operación de los Bienes de la Concesión del Tramo 2.*

(...)

Explotación

*Es la **prestación del Servicio por parte del CONCESIONARIO, la misma que se inicia con la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1**. Culminada la Puesta en Operación Comercial del Material Rodante Existente del Tramo 1, el CONCESIONARIO tendrá derecho a cobrar a los Usuarios del Servicio una Tarifa. **La Explotación comprende la operación y Conservación de los Bienes de la Concesión**. Incluye también la prestación de los Servicios Complementarios y el cobro correspondiente por dichos servicios, de acuerdo a lo establecido en el presente Contrato y en las Leyes Aplicables.*

La recaudación la realizará el CONCESIONARIO a cuenta del CONCEDENTE, por lo que no se considera como ingreso del CONCESIONARIO.

(...)

Kilómetros Recorridos

Son los kilómetros – tren 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.

Kilómetros Garantizados

Es la garantía anual otorgada por el CONCEDENTE a efectos de asegurar al CONCESIONARIO un nivel mínimo de kilómetros – tren anuales.

(...)

Material Rodante Adquirido

Es el Material Rodante que deberá ser adquirido por el CONCESIONARIO conforme a lo establecido en el presente Contrato. El CONCESIONARIO se obliga a proporcionar el Material Rodante Adquirido necesario **para brindar el Servicio en las condiciones exigidas en el presente Contrato**. El Material Rodante Adquirido podrá ser nuevo o repotenciado, este último deberá garantizar la operatividad durante todo el periodo de la Concesión.

(...)

Pago por Kilómetro Tren Recorrido

Es el pago que realiza el CONCEDENTE, a través del Fideicomiso, como **contraprestación por la operación de la Concesión**, según lo dispuesto en la Cláusula 10.11.

(...)

Precio por Kilómetro Tren (PKT)

Constituye uno de los componentes de la propuesta económica del Adjudicatario durante la etapa de Concurso.

Es el importe expresado en Nuevos Soles, que tiene por finalidad **retribuir al CONCESIONARIO por la Explotación** y por las Inversiones Obligatorias realizadas.

(...)

Pruebas de Puesta en Marcha

Son las pruebas de funcionamiento, operatividad e integración del Material Rodante y de todos los bienes y equipos suministrados por el Concesionario y que componen el sistema ferroviario. Estas pruebas serán realizadas por el CONCESIONARIO cuando el Material Rodante Adquirido esté disponible para tal fin, en vacío por un periodo de treinta (30) Días Calendario. Estas pruebas se efectuarán a la entrega del Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE y de acuerdo al calendario de provisión del Material Rodante Adquirido y podrán efectuarse total o progresivamente de acuerdo a los Protocolos de Pruebas y a lo señalado en las Cláusulas 6.28 a 6.37. Al término de las Pruebas de Puesta en Marcha y antes de finalizar el periodo de Puesta en Operación Comercial, el CONCEDENTE emitirá los certificados de habilitación ferroviaria al Material Rodante Adquirido los mismos que **son**

requeridos para iniciar la Explotación de los Servicios contemplados en el presente Contrato de Concesión.

Puesta en Operación Comercial

Es 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, conforme a lo siguiente:

- (i) Para el Tramo 1:
 - ✓ Para el Material Rodante Existente, se inicia una vez firmada el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 1 y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Existente.
 - ✓ **Para el Material Rodante Adquirido; se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido.**
- (ii) Para el Tramo 2: Se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Tramo 2". (Resaltado Nuestro)

"Puesta en Operación Comercial

6.38 El CONCESIONARIO dará inicio a la Puesta en Operación Comercial (prevista para Julio del 2011) luego de realizados los siguientes actos:

- (i) Para el Tramo 1: A la Toma de Posesión del mismo, de acuerdo a la Cláusula 5.17.2. y luego que se hayan realizado las Pruebas de Puesta en Marcha del Material Rodante Existente y Adquirido para este tramo.
 - (ii) Para el Tramo 2: Concluida la etapa de Pruebas de Puesta en Marcha en los términos previstos en las Cláusulas 6.28 a 6.37.
- Asimismo, el CONCESIONARIO deberá acreditar lo siguiente: (i) tener su R.O.I. debidamente aprobado por el CONCEDENTE, (ii) haber presentado las pólizas de seguro correspondientes a la Explotación, establecidas en el Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables y éstas se encuentren debidamente aprobadas, y (iii) cumplir con las demás obligaciones previstas en las Leyes y Disposiciones Aplicables requeridas para la Puesta en Operación Comercial.

Una vez cumplidos los requisitos antes indicados, el CONCESIONARIO deberá notificar por escrito al CONCEDENTE con copia al Regulador, la fecha de inicio de la Puesta en Operación Comercial, la misma que se efectuará en un plazo no menor de tres (03) Días contados a partir de la recepción de la notificación.

Durante la etapa de Puesta en Operación Comercial y antes de la finalización de la misma, el CONCEDENTE emitirá los respectivos

certificados de habilitación ferroviaria del Material Rodante Adquirido. **El CONCESIONARIO empezará a cobrar a los Usuarios la Tarifa por la prestación del Servicio, a partir de la culminación de la Puesta en Operación Comercial del Material Rodante Existente en el Tramo 1.**

La Puesta en Operación Comercial del Material Rodante Adquirido se realizará entre intervalos de trenes." (Resaltado Nuestro)

"SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN
(...)

Inicio de Explotación

8.2 La fecha de inicio de la Explotación coincide con el inicio de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 para el Material Rodante Existente. A partir de esa fecha, el CONCESIONARIO recibirá como contraprestación del Servicio el PKT correspondiente.

Asimismo, al culminar la etapa de Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 con el Material Rodante Existente, el CONCESIONARIO comenzará a cobrar las Tarifas de conformidad con las Cláusulas 99.99 a 9.15, respecto de la prestación del Servicio". (Resaltado Nuestro)

"SECCIÓN X: RÉGIMEN FINANCIERO
(...)

10.2. La aplicación de los Kilómetros Garantizados comenzará a regir a partir del inicio de la Explotación de la Concesión.

El CONCEDENTE tiene la obligación de otorgar y brindar los recursos necesarios para el cumplimiento del Pago por Kilómetros Garantizados, los cuales serán depositados en el Fideicomiso de Administración.

(...)

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 (1000879) kilómetros tren **cuando se opere** únicamente el Tramo 1 con 6 trenes.

- Un millón doscientos setenta y cinco mil trescientos veintiséis (1275326) kilómetros tren cuando se opere únicamente el Tramo 1 con 7 trenes.
 - Un millón trescientos ochenta y seis mil seiscientos noventa y uno (1386691) kilómetros tren **cuando se opere** únicamente el Tramo 1 con 8 trenes.
- (...)"(Resaltado Nuestro)

"Precio por Kilómetro Tren (PKT)

10.5 El PKT es **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, equipo y Material Rodante de la Concesión, así como las Inversiones Obligatorias para el Tramo 1 y Tramo 2 de la Concesión (resaltado nuestro).

(...)

Pago por Kilómetro Tren Recorrido

(...)

10.14 El pago por Kilómetro Tren Recorrido se efectuará a través del Fideicomiso, mediante cuatro (04) cuotas con periodicidad trimestral, **a partir del inicio de la Explotación** y durante un periodo de treinta (30) años" (resaltado nuestro).

212. De la interpretación integral y concordada de las cláusulas citadas se constata que el PKT tiene una naturaleza remunerativa y el Pago por Kilómetro Tren Recorrido constituye la contraprestación a favor del Concesionario por la operación de la Concesión (Cláusula de Definiciones y cláusula 10.5).
213. Igualmente, conforme a las cláusulas citadas, resulta verificable que la Explotación de la Concesión importa la Puesta en Operación Comercial de los Bienes de la Concesión, esto es, la disponibilidad de entrada en servicio del Material Rodante (Cláusula de Definiciones, cláusula 6.38 y 8.2).
214. Ahora bien, de acuerdo a las citadas cláusulas, para el caso del Material Rodante Adquirido (Trenes Alstom), su entrada en explotación está definida por la culminación de la Puesta en Operación Comercial del mismo, la que se produce con la suscripción del Acta de Conformidad de ese MRA (Cláusula de Definiciones, cláusula 6.38 y 10.4).

Puesta en Operación Comercial

Es 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, conforme a lo siguiente:

- (i) **Para el Tramo 1:**
 - ✓ Para el Material Rodante Existente, se inicia una vez firmada el Acta de Entrega Final de los Bienes del CONCEDENTE pertenecientes al Tramo 1 y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Existente.
 - ✓ Para el Material Rodante Adquirido; se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido.
- (ii) **Para el Tramo 2:** Se inicia una vez culminadas las Pruebas de Puesta en Marcha y culmina con la suscripción del Acta de Conformidad del Tramo 2.

215. De lo anterior se advierte que no cabe confundir dos etapas diferentes, como son la "Etapa de Inicio de la Explotación de la Concesión" y la "Etapa de Explotación del Material Rodante Adquirido".

216. La primera coincide con la fecha de inicio de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 para el Material Rodante Existente, esto es desde el 9 de enero de 2012 (Cláusula 8.2).

217. En cambio, la segunda etapa, esto es la de la "Explotación del Material Rodante Adquirido" ocurre a partir de culminada la Puesta en Operación Comercial con la suscripción del Acta de Conformidad del Material Rodante Adquirido (Cláusula de Definiciones, cláusula 6.38 y cláusula 10.4)

218. Después de culminada la Puesta en Operación Comercial, es decir, luego de que el MRA (Trenes Alstom) cuenta con su respectiva Acta de Conformidad, se puede concluir y afirmar que dicho MRA está disponible para operar o prestar el servicio, resultando con ello que la remuneración o contraprestación es exigible. En esa misma lógica contractual, si el MRA no cuenta con la Conformidad, no puede considerarse que los Trenes están aptos para brindar el servicio; por tanto, deviene en inexigible la remuneración o contraprestación.

219. Bajo una interpretación sistemática y concordante con esas conclusiones, corresponde interpretar la cláusula 10.1 *in fine* invocada como fundamento para la pretensión del Demandante.

220. En ese sentido, cuando la cláusula dispone que "...El CONCEDENTE realizará el Pago por Kilómetro Recorrido siempre y cuando el CONCESIONARIO haya culminado con realizar los recorridos exigidos contractualmente y cuando la no ejecución de esta obligación no sea imputable a él", el pacto está regulando como norma los dos supuestos

bajo los cuales el Concedente está obligado a pagar la remuneración o contraprestación (PKT):

- (i) Cuando el Concesionario haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente.
- (ii) Cuando el Concesionario no haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente por causa no imputable a él.

221. Dado que la cláusula 10.1 bajo análisis, hace referencia expresa a los dos supuestos en que corresponde pagar la remuneración o contraprestación (PKT), no cabe duda de que el momento de aplicación de la norma contenida en dicha cláusula es a partir de que el MRA (Trenes Alstom) cuenta con su respectiva Acta de Conformidad, esto es, desde que está disponible para operar o prestar el servicio.

222. En consecuencia, no corresponde aplicar la cláusula 10.1 para ordenar el pago del PKT cuando el MRA no está disponible para operar o prestar el servicio al no culminar su Puesta en Operación por no contar con la Conformidad de los Trenes.

223. Cabe resaltar que la cláusula 10.1 *in fine* no tiene un carácter compensatorio sino remunerativo pues ordena que el Concedente satisfaga la contraprestación (PKT) aun cuando no se haya podido realizar los recorridos de los Trenes. Una interpretación finalista del pacto contractual lleva a determinar que la cláusula regula la asignación del riesgo de disponibilidad del MRA que no opera por causa no imputable al Concesionario.

224. Adviértase que la cláusula 10.1 *in fine* opera bajo causa no imputable al Concesionario, con lo cual el Concedente asume el riesgo de imposibilidad de ejecución de la prestación a cargo del Concesionario, esto es de la falta de recorrido de los Trenes aún en caso de causa ajena o no imputable a él, supuesto típico que acontece en los Contratos de Asociación Público-Privada como el que se ha puesto bajo análisis de este Tribunal Arbitral, donde una de las peculiaridades propias es la distribución de riesgos asociados a las prestaciones entre las partes intervinientes del Contrato, riesgos que son asignados antes de la firma del Contrato y que son efectivamente distribuidos por su clausulado.

225. Es así que, si se tratara de una cláusula que regula un supuesto de compensación o indemnización, ésta sólo aplicaría en caso la causa de imposibilidad de recorrido de los Trenes sea imputable al Concedente, en cuyo caso, para su aplicación correspondería que se presenten todos los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual como son, incumplimiento de obligaciones del Concedente, causalidad, factor de atribución y daño.

226. Cabe reiterar que la aplicación de la cláusula 10.1 *in fine* presupone que la imposibilidad de ejecución de la prestación a cargo del Concesionario sea sobrevenida o subsiguiente, es decir que el MRA está disponible o apto para operar, pero no es posible recorrer (ejecutar la prestación) por causa no imputable al Concesionario. Sólo en ese caso corresponde que el Concedente asuma el riesgo y satisfaga la contraprestación realizando el Pago del PKT.
227. De hecho, al final de la cláusula 10.1 se señala que el pago por Kilómetro Recorrido debe ser hecho por el Concedente, cuando el Concesionario **"haya cumplido con realizar los recorridos exigidos contractualmente"** y cuando la no ejecución de esta obligación no sea imputable a él" (énfasis agregado). Nótese que no basta que la no ejecución no sea imputable al Concesionario, sino que además es necesario que éste haya realizado los recorridos exigidos contractualmente.
228. Si la imposibilidad es anterior o previa, como ocurre en el caso que el MRA no esté disponible ni apto para operar por no contar con Conformidad, es decir, no haber culminado su Puesta en Operación Comercial, no resulta de aplicación esta cláusula. En tal supuesto, la reclamación que eventualmente correspondería promover sería una de indemnización de daños y perjuicios por imputación de responsabilidad al Concedente respecto al retraso o imposibilidad previa o anterior que impide la Conformidad.
229. En el presente caso, los once Trenes Alstom (MRA) no pudieron realizar *"los recorridos exigidos contractualmente"* (como señala la cláusula 10.1) durante el periodo en reclamación por parte del Concesionario, habida cuenta que no estaba aprobado el EDI; es decir los Trenes no contaban con la Conformidad. Por ello se trata de un caso de imposibilidad de la prestación a cargo del Concesionario previa o anterior al supuesto temporal de aplicación de la cláusula 10.1 para el MRA, como es la culminación de su Puesta en Operación Comercial.
230. En tal sentido, **para el Tribunal la aplicación de la cláusula 10.1 *in fine* está sujeta a que el MRA haya estado contractualmente apto o disponible para operar o poner en servicio, esto es, que haya contado con la correspondiente Conformidad, y se presente una imposibilidad de ejecutar la prestación (recorrer los Trenes) a cargo del Concesionario no imputable a él.**
231. En el presente caso, es un hecho no controvertido que el MRA en cuestión no contaba con el EDI aprobado, por ende carecía de la Conformidad necesaria que le hubiera permitido estar disponible para operar, esto es, realizar el recorrido correspondiente.

232. Consecuentemente, la mencionada cláusula no resulta de aplicación a los hechos materia del presente caso, de manera que se advierte que GYM FERROVÍAS no está legitimada por ese pacto contractual a pretender el pago de la suma de S/ 24'142,348.00 (Veinticuatro millones ciento cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y ocho y 00/100 Soles), más IGV, correspondiente a la retribución dejada de percibir (Precio por Kilómetro Tren – PKT) por los Kilómetros Garantizados que no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos (Trenes Alstom), desde las fechas de expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria hasta el 25 de julio del 2013 (fecha de aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom).

(b) Si la demora en la aprobación del EDI, causal que impidió realizar los recorridos exigidos contractualmente era imputable o no al Concesionario.

233. Es un hecho no controvertido que tanto el Concedente como el Concesionario no entregaron el Material Rodante a su cargo con los acopladores SCHARFENBERG establecido en las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión.

234. De acuerdo con la cláusula 6.3 del Contrato de Concesión, el Estudio Definitivo debía ser evaluado por el Regulador con el propósito de constatar que el Concesionario haya cumplido con las Especificaciones Técnicas:

“6.3 La evaluación que el Regulador y el CONCEDENTE hagan del Estudio Definitivo tiene por finalidad revisar si lo desarrollado por el CONCESIONARIO se ajusta a lo previsto en las Especificaciones Técnicas. ...”.

235. En la medida que GYM FERROVÍAS entregó el MRA con acopladores DELLNER se observa que el Concesionario no cumplió con el principio de identidad, según el cual el cumplimiento de la prestación debe coincidir exactamente con el que correspondía que se prestara según el título constitutivo de la obligación, en este caso las Especificaciones Técnicas del Contrato de Concesión, las cuales forman parte integrante del mismo.

236. No cabe duda que el Concesionario debía entregar la misma prestación a cuya entrega se obligó, es decir, el MRA con acopladores SCHARFENBERG.

237. Esa falta de identidad configura una de las diversidades que concurrió a la demora en la aprobación del EDI. En efecto, el Concedente y el Regulador no estaban obligados a dar conformidad a una prestación diversa, ya que, en principio, el objeto del cumplimiento debe ser

sustancialmente idéntico al objeto comprometido en el Contrato de Concesión. El objeto de cumplimiento no puede ser alterado unilateralmente por ninguna de las partes.

238. En esa medida, es claro que al concurrir la entrega de MRE con acopladores SOCIMI por parte del Concedente con la entrega de MRA con acopladores DELLNER por parte del Concesionario, la diversidad consistente en la falta de acopladores SCHARFENBERG como causal de demora en la aprobación del EDI respondió a una causalidad concurrente o bilateral que importa una imputación a ambas partes.
239. Para el Tribunal la no entrega de los acopladores SCHARFENBERG por ambas partes da lugar a que se constate una causación e imputabilidad mutuas.
240. Siendo ello así, no puede verificarse que GYM FERROVÍAS no participa en el iter causal de la demora en la aprobación del EDI. Por tanto, existiendo una participación causal no puede invocar el Demandante que no le sea, aunque parcialmente, imputable el evento que impidió que el MRA ejecute el recorrido de los Trenes Alstom.
241. Cabe reparar que GYM FERROVÍAS ha sostenido que ejerció una excepción de incumplimiento ante la entrega del Concedente de MRE con acopladores SOCIMI, por lo que suspendió su obligación de incluir acopladores SCHARFENBERG.
242. Al respecto, al margen de analizar si se ejerció o no válidamente una excepción de incumplimiento conforme al artículo 1426 del Código Civil, este Colegiado observa que en caso se admitiese esa hipótesis, el efecto de la excepción sería la suspensión de la ejecución a cargo del Concesionario, pero nunca la autorización para cumplir con una prestación diferente o distinta, ni mucho menos para la liberación del cumplimiento guardando el principio de identidad de la prestación.
243. Así, de haber operado una excepción de incumplimiento, su efecto radicaría en dar lugar a una suspensión legítima de la ejecución de la prestación de manera que no puede constituirse en mora al Concesionario por su falta de entrega de los acopladores SCHARFENBERG, pero de ninguna manera dicha eventual excepción generaría como efecto que unilateralmente se altere la prestación debida liberando al Concesionario con la entrega de los acopladores DELLNER.
244. Por esa razón, la supuesta suspensión en la ejecución de la prestación por mediar una excepción de incumplimiento no resulta amparable como fundamento para pretender que se dé por cumplida la obligación del Concesionario con la ejecución de una pretensión diferente.

245. De otro lado, GYM FERROVÍAS ha alegado que el Problema del Acoplamiento no justificaba el retraso en la aprobación del EDI, ya que las maniobras de acoplamiento son esporádicas, y el no utilizarlas no genera un problema de seguridad en la operación, pues existen otras formas de remolque en caso de situaciones de socorro o emergencias alternativas al acoplamiento entre trenes.

246. Sobre este argumento, el Colegiado aprecia que el hecho que la utilización del acoplamiento sea esporádica o baja, o que existan otras alternativas de maniobra (como la utilización de la locomotora Greco), no enerva que la prestación comprometida de acoplamiento sea esencial frente a una situación de emergencia. De hecho, en el presente caso, se aprobó el EDI luego que se alcanzó el acoplamiento mecánico entre los trenes nuevos (Alstom) y los trenes existentes (Ansaldo). Es así que mediante Adenda se liberó de la obligación del acoplamiento neumático para los trenes nuevos (Alstom) y los trenes existentes (Ansaldo), manteniendo la necesidad del acoplamiento mecánico.

247. Atendiendo a todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral llega a la convicción racional que debe declararse INFUNDADA la primera pretensión principal de la Demanda, referida a que, al amparo de la cláusula 10.1. del Contrato de Concesión, el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías la suma de S/ 24'142,348.00 (Veinticuatro millones ciento cuarenta y dos mil trescientos cuarenta y ocho y 00/100 Soles), más IGV, correspondiente a la retribución dejada de percibir (Precio por Kilómetro Tren – PKT) por los Kilómetros Garantizados que, por causa imputable al MTC, no pudo recorrer con los 11 trenes adquiridos por GyM Ferrovías (Trenes Alstom), desde las fechas de expedición de los Certificados de Habilitación Ferroviaria hasta el 25 de julio del 2013 (fecha de aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería de los Trenes Alstom).

SEGUNDA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“SOLICITAMOS QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE AL MTC PAGAR A GYM FERROVÍAS LOS INTERESES DEVENGADOS CORRESPONDIENTES AL RECLAMO ANTERIOR, DE CONFORMIDAD CON LA CLÁUSULA 10.15 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, HASTA UN MONTO QUE SUMADO AL CAPITAL NO SOBREPASE O EXCEDA LA SUMA DE US\$ 10'000,000.00 (DIEZ MILLONES Y 00/100 DE DÓLARES) O SU EQUIVALENTE EN MONEDA NACIONAL, DE ACUERDO A LO INDICADO EN LA CLÁUSULA 16.13.B.II DEL CONTRATO DE CONCESIÓN”.

248. Esta materia de pronunciamiento corresponde a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal Arbitral ordene al MTC pagar a GyM Ferrovías los intereses devengados correspondientes al reclamo anterior, de conformidad con la cláusula 10.15 del Contrato de Concesión, hasta un monto que sumado al capital no sobrepase o exceda la suma de US\$ 10'000,000.00 (Diez Millones y 00/100 de Dólares) o su equivalente en moneda nacional, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 16.13.b.ii del Contrato de Concesión".

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

249. En el presente caso, el supuesto de hecho bajo el cual se formula la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda es que la pretensión principal haya sido amparada, es decir, que se haya reconocido un derecho al pago en reclamación por parte del Demandante.
250. Por ende, siendo la pretensión bajo análisis propiamente una sujeta al resultado del pronunciamiento que recae respecto de la primera pretensión de la demanda, lo que se ha decidido respecto de esta, determina la decisión a recaer sobre su pretensión accesoria.
251. Atendiendo el criterio lógico con que han sido propuestas las pretensiones, al haberse declarado infundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda, deviene también en INFUNDADA su pretensión accesoria.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS Y COSTOS

252. Los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

"Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título (...)"

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

253. Por su parte, el artículo 42° del REGLAMENTO al que se han sometido las partes en su convenio arbitral, establece lo siguiente:

Artículo 42°.- "Decisión sobre los costos del arbitraje (...)

4. El laudo final se pronuncia sobre los costos del arbitraje y decide si una de las partes debe pagarlos o la proporción en que debe distribuirse entre ellas. El Tribunal Arbitral fija el momento y los términos en que las partes presentan la información necesaria para estos efectos.

5. Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo. (...)"

254. En el presente caso, conforme a la cláusula 16.14 "Reglas Procedimientos Comunes" del Contrato de Concesión, se prevé lo siguiente:

"e) Todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia Técnica, o No-Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida. Igual regla se aplica en caso la Parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. En caso el procedimiento finalice sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Asimismo, en caso el laudo favoreciera parcialmente a las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá la distribución de los referidos gastos. Se excluyen de lo dispuesto en esta cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual "

255. Atendiendo al pacto, así como a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y el REGLAMENTO, y considerando el resultado de este arbitraje, este Tribunal Arbitral considera razonable disponer que GYM FERROVÍAS asuma los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, consistentes en lo que corresponde a los costos administrativos del CENTRO y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso. Debiendo asumir cada parte los gastos que por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido.

IV. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

256. El Tribunal Arbitral deja constancia 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 que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

V. DECISIÓN

257. En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Tribunal Arbitral **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

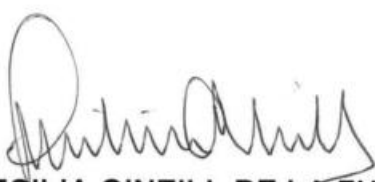
SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la **PRETENSIÓN ACCESORIA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

TERCERO: Se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/ 265,273.22 (Doscientos Sesenta y Cinco Mil Doscientos Setenta y Tres con 22/100 Soles) más IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/ 106,624.81 (Ciento Seis Mil Seiscientos Veinticuatro con 81/100 Nuevos Soles) más IGV, según liquidaciones practicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

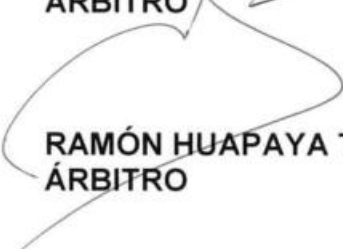
CUARTO: DISPÓNGASE que GYM FERROVÍAS asuma los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, consistentes en lo que corresponde a los costos administrativos del CENTRO y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso. Debiendo asumir cada parte los gastos que por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido.

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

ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE
ÁRBITRO



RAMÓN HUAPAYA TAPIA
ÁRBITRO



ANAIS BOLUARTE
SECRETARIA ARBITRAL