

**CASO ARBITRAL No. 177-2017**

2019 ENE 31 AM 10 30

**ARBITRAJE DE DERECHO SEGUIDO ENTRE:**

RECIBIDO  
NO ES SEÑAL DE  
CONFORMIDAD

**ACS SOLUTIONS S.A.**

**C.**

**INSTITUTO METROPOLITANO DE TRANSPORTE  
MUNICIPALIDAD DE LIMA METROPOLITANA**

**LAUDO ARBITRAL POR UNANIMIDAD**

**TRIBUNAL ARBITRAL:**

LOURDES CELMIRA ROSARIO FLORES NANO

MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA

EDGARDO MERCADO NEUMANN

LIMA, 29 DE ENERO DE 2019

***LAUDO ARBITRAL DE DERECHO***

**DEMANDANTE:**

ACS SOLUTIONS SA [EN ADELANTE ACS]

**DEMANDADOS:**

INSTITUTO METROPOLITANO DE TRANSPORTE – PROTRANSPORTE [EN ADELANTE PROTRANSPORTE]

MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA [EN ADELANTE MLM]

**CONTRATO:**

CONTRATO DE CONCESION DE LA OPERACIÓN DE SERVICIO DE RECAUDO PARA LA OPERACIÓN DE LA UNIDAD DE RECAUDO DEL SISTEMA DE CORREDORES SEGREGADOS DE ALTA CAPACIDAD (COSAC I) DE FECHA 15.5.09 [EN ADELANTE EL CONTRATO DE CONCESION]

**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:** LOURDES CELMIRA ROSARIO FLORES NANO

**ÁRBITRO DESIGNADO POR EL DEMANDANTE O CONTRATISTA:** MANUEL DIEGO ARAMBURU YZAGA

**ÁRBITRO DESIGNADO POR EL DEMANDADO O LA ENTIDAD:** EDGARDO MERCADO NEUMANN

**SECRETARIA ARBITRAL:** PAOLA DASSO ZUMARAN

**FECHA DEL LAUDO:** 29 DE ENERO DE 2019

**NUMERO DE FOLIOS:** [ 37 ]

## **Orden Procesal No. 30**

En Lima, a los veintinueve días del mes de enero del año dos mil diecinueve, el Tribunal Arbitral por UNANIMIDAD, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y la excepción deducida, dicta el siguiente laudo de derecho para poner fin a la controversia.

---

### **I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

#### **1.1 EL CONVENIO ARBITRAL:**

1. Está contenido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Concesión celebrado entre ACS SOLUTIONS SA [en adelante ACS] y el INSTITUTO METROPOLITANO DE TRANSPORTE [en adelante PROTRANSPORTE].

#### **1.2 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

2. El 30.11.17 se instaló el Tribunal Arbitral, integrado por Lourdes Celmira Rosario Flores Nano como Presidenta del Tribunal Arbitral, Manuel Diego Aramburú Yrigoyen, árbitro designado por ACS y Edgardo Mercado Neumann, árbitro designado por PROTRANSPORTE y la MLM.

### **II. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL**

3. Con fecha 14.12.17 se emitió la Orden Procesal No. 1, por la que se establecieron las reglas arbitrales, otorgándose un plazo de diez días hábiles para que las partes presenten sus observaciones.
4. Mediante correo electrónico del 15.1.17, ACS presentó sus observaciones a las reglas procesales.
5. Mediante correo electrónico del 19.12.17, PROTRANSPORTE presentó sus observaciones a las reglas procesales. La Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la MML) presentó igualmente sus observaciones al proyecto de reglas procesales.

6. El 10.1.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 2, mediante la cual se dispuso facultar a ACS para que pague los gastos arbitrales que le corresponden tanto a PROTRANSPORTE como a la MML, concediéndole un plazo de diez días hábiles para que acredite el pago de los mismos. Asimismo, se estableció que una vez que ACS acredite el pago de los gastos arbitrales facultados, se emitirá la Orden Procesal que fije las reglas procesales definitivas.
7. Mediante la Orden Procesal No. 3, de fecha 14.2.18, el Tribunal Arbitral se declaró formalmente instalado y otorgó a ACS un plazo de treinta días hábiles para la presentación de su demanda.
8. Con fecha 3.4.18, ACS presentó su demanda contra PROTRANSPORTE y la MML, con las siguientes pretensiones:

**"PRETENSIÓN PRINCIPAL**

*Se declare que PROTRANSPORTE y LA MUNICIPALIDAD han incumplido el Contrato de Concesión para la Operación de la Unidad de Recaudo del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad (COSAC I), que fue suscrito el 14 de mayo de 2009.*

*Se establezca que, como consecuencia del incumplimiento contractual, PROTRANSPORTE y LA MUNICIPALIDAD han ocasionado un daño a ACS, bajo la modalidad de daño emergente por pérdida de la chance, el mismo que debe ser indemnizado y, por ello, las demandadas deben pagar el monto indemnizatorio por el año 2015, el cual quedará acreditado con la pericia económico financiera que se presentará.*

**PRETENSIONES ACCESORIAS:**

*Se pague la indemnización señalada en los numerales anteriores más intereses.*

*Se establezca que PROTRANSPORTE y la MUNICIPALIDAD paguen todos los costos que el presente Proceso Arbitral origine"*

9. Con fecha 4.4.18, se puso en conocimiento de PROTRANSPORTE y de la MML la demanda formulada, a efectos de que, en un plazo de treinta días hábiles, la contesten y, de considerarlo conveniente, formulen reconvenición.
10. El 21.5.18, dentro del plazo conferido, PROTRANSPORTE y la MML contestaron la demanda presentada por ACS.
11. La MML además dedujo una excepción de cosa juzgada respecto de los puntos 4 y 5 de la demanda de ACS y una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva.



12. Con fecha 1.6.18, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 5, otorgando a ACS un plazo de 10 días hábiles para que presente la pericia de parte sobre daños y el informe sobre IPKs ofrecidos en su demanda. Precisó que de no presentarse los mismos, se emitirá el Laudo Arbitral con prescindencia de ellos.
13. El 12.6.18, dentro del plazo que señala el numeral 6 del artículo 36° del Reglamento de Arbitraje del Centro, la MML formuló reconsideración en contra de lo resuelto en la Orden Procesal No. 5.
14. El 13.6.18, ACS formuló objeción a los medios probatorios ofrecidos tanto por PROTRANSPORTE, como por la MML, sustentando su oposición en el hecho que, al haber sido emitidos por las propias entidades, carecían de idoneidad y objetividad. Asimismo, ACS absolvió el traslado de las excepciones deducidas por la MML.
15. El 19.6.18, ACS presentó su Peritaje Económico sobre IPK y su Peritaje Económico Financiero.
16. Con fecha 25.6.18, dentro del plazo conferido, PROTRANSPORTE absolvió el traslado de las excepciones deducidas por la MML.
17. Mediante escrito de fecha 26.6.18, ACS amplió los argumentos expuestos en su escrito No. 5 presentado el 13.6.18 y solicitó al Tribunal Arbitral que se sirva declarar infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva formulada por la MML.
18. Mediante Orden Procesal No. 6, el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para emitir el laudo en trescientos sesenta y cinco días, reservándose la facultad de ampliarlo en caso resulte conveniente.
19. Asimismo, a través de la Orden Procesal No. 7, el Tribunal Arbitral declaró INFUNDADA la reconsideración interpuesta por la MML mediante escrito de fecha 12.6.18.
20. El 10.7.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 8, mediante la cual resolvió tener por absuelto por parte de PROTRANSPORTE el traslado conferido del escrito de ACS del 13.6.18; tener por absuelto por parte de la MML el traslado conferido del escrito de ACS del 13.6.18 y, señaló que se pronunciaría acerca de la objeción formulada por ACS en el referido escrito del 13.6.18, oportunamente.
21. El 10.7.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 9, resolvió tener por presentadas las pericias técnicas sobre IPK y económica financiera sobre daños presentadas por ACS en sus escritos de fecha 19.6.18. Asimismo, puso en conocimiento de PROTRANSPORTE y la MML las pericias presentadas por ACS, a efectos de que en un plazo de treinta días hábiles cumplan con absolverlas.

22. Con fecha 18.7.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 11, declaró INFUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la MML y señaló que se reservaba la decisión respecto a la excepción de cosa juzgada deducida por la MML para el momento de laudar.
23. El 18.7.18, la MML formuló oposición contra las pericias presentadas por ACS con fecha 19.6.18.
24. El 18.7.18, PROTRANSPORTE, formuló oposición a lo solicitado y ofrecido por ACS en su escrito de fecha 19.6.18, indicando en el numeral I de su escrito, que los medios probatorios ofrecidos por ACS no cumplen con las reglas procesales de la Orden Procesal No. 3 y con lo establecido en el numeral 5 del artículo 30° del Reglamento de Arbitraje del Centro.
25. El 26.7.18, dentro del plazo que señala el numeral 6 del artículo 36° del Reglamento de Arbitraje del Centro, la MML formuló reconsideración en contra de lo resuelto en el segundo punto resolutive de la Orden Procesal No. 11.
26. Mediante Orden Procesal No. 12, el Tribunal Arbitral declaró INFUNDADA en todos sus extremos la oposición formulada por la MML en su escrito de fecha 18.7.18.
27. Por Orden Procesal No. 13, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 13, por la que: (i) declaró INFUNDADA la oposición formulada por PROTRANSPORTE en su escrito de fecha 18.7.18, respecto del extremo indicado en el numeral 6, 7 y 8 de la presente Orden Procesal; (ii) declaró IMPROCEDENTE la oposición formulada por PROTRANSPORTE en escrito de fecha 18.7.18 respecto del extremo indicado en el numeral 9 de la presente Orden Procesal; (iii) admitió las pruebas ofrecidas por ACS en su escrito de fecha 19.6.18; y (iv) admitió como medios probatorios los documentos ofrecidos por PROTRANSPORTE y por ACS en sus escritos del 20 y 25 de julio de 2018.
28. El 21.8.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 14, a través de la cual, declaró INFUNDADA la objeción formulada por ACS en su escrito de fecha 13.6.18 y por lo tanto, las pruebas ofrecidas por PROTRANSPORTE y la MML en sus escritos de contestación de demanda fueron admitidas en su totalidad.
29. Con fecha 21.8.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 15, por la que resolvió poner en conocimiento de ACS y PROTRANSPORTE el escrito presentado el 26.7.18 por la MML, a efectos de que en un plazo de cinco días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho.
30. El 27.8.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 16, a través de la cual fijó los puntos controvertidos del presente proceso, otorgó a PROTRANSPORTE un plazo de diez días hábiles a efectos de que cumpla con



exhibir los documentos detallados en el numeral 6.3. de la presente Orden Procesal y fijó el calendario de audiencias.

31. Con fecha 9.10.18, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 26, por la que aprobó el nuevo cronograma de audiencias.
32. Con fecha 15.11.18, se llevó a cabo la Audiencia Única continuada, en la que se llevaron adelante las siguientes actuaciones procesales:
  - a. Audiencia de Ilustración, en la que se concedió el uso de palabra a las partes para que expongan los argumentos que sustentan su posición.
  - b. Audiencia de Sustentación de los Informes Periciales. En dicha etapa se actuaron y sustentaron las pericias presentadas por las partes en el siguiente orden:
    - i. Pericia técnica presentada por ACS sobre el análisis de impacto del índice por pasajero por kilómetro en los ingresos del operador de recaudo del Metropolitano, a cargo del ingeniero David Villegas Balarezo.
    - ii. Pericia técnica presentada por ACS a cargo de Andina Technology Partners S.A.C. y expuesta por el arquitecto Jose Luis Ríos Sánchez.
    - iii. Pericia Económica Financiera presentada por ACS a cargo de Alonso & Muñoz, Consultores Económicos Financieros y expuesta por el economista y abogado Ítalo Muñoz Bazán.
    - iv. Informe técnico de evaluación y análisis al peritaje económico financiero presentado por la MML y PROTRANSPORTE y expuesta por el economista Magno Juan Sánchez Carpio.

Cabe resaltar que el informe sobre Modelación de Demanda elaborado por OKAAN y que fuera ofrecido por la MML no pudo ser actuado, debido a la inasistencia del perito a la Audiencia.

33. El 19.11.18, se realizó la Audiencia de Conclusiones Finales, en la que las partes expusieron las conclusiones del proceso arbitral y respondieron las preguntas que el Tribunal Arbitral formuló.
34. Mediante la Orden Procesal No. 29 del 20.11.18 el Tribunal Arbitral declaró el cierre de instrucción y fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles. Dicho plazo vence el 31.1.19, por lo que, el presente laudo se emite dentro del plazo establecido.

### **III) EVALUACION DE LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA**

35. Como se ha indicado en el numeral 11, el Tribunal Arbitral resolvió reservar su pronunciamiento sobre la excepción de cosa juzgada deducida por la MLM para el momento de emitir el presente laudo.

36. La MLM en su escrito de fecha 21.5.18, solicitó que se declare fundada su excepción de cosa juzgado respecto de los puntos 4 y 5 de la demanda. Precisa en ese mismo escrito que el extremo materia de excepción es el referido al reclamo por el supuesto incumplimiento en la implementación del Tramo Ampliación Norte, que habría sido resuelto con el laudo del 12.1.18 que puso fin al proceso arbitral 3304-15-CCL.
37. A los efectos de evaluar la excepción deducida, el Tribunal Arbitral señala que para que exista cosa juzgada debe existir entre los procesos que se contrastan, triple identidad de: (i) objeto; (ii) sujeto y (iii) pretensión.
38. Las pretensiones principales de ambos procesos han sido textualmente las siguientes :

Proceso Arbitral 3304-2015-CCL	Proceso Arbitral 177-2017-CCL
Pretensión Principal 2.1.1 <i>Se declare que PROTRANSPORTE y LA MUNICIPALIDAD han incumplido el Contrato de Concesión para la Operación de la Unidad de Recaudo del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad (COSAC I), que fue suscrito el 14 de mayo de 2009, tal como ya ha sido reconocido por ambas demandadas.</i>	Pretensión Principal 2.1.1 <i>Se declare que PROTRANSPORTE y LA MUNICIPALIDAD han incumplido el Contrato de Concesión para la Operación de la Unidad de Recaudo del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad (COSAC I), que fue suscrito el 14 de mayo de 2009.</i>
Pretensión Principal 2.1.2 <i>Se establezca que como consecuencia del incumplimiento contractual, PROTRANSPORTE y LA MUNICIPALIDAD, han ocasionado un daño a ACS, el mismo que debe ser indemnizado, y por ello, las demandadas deben pagar a ACS el <u>monto indemnizatorio</u> por el año 2014, ascendente a S/ 26'043,384.00 (Veintiséis millones cuarenta y tres mil trescientos ochenta y cuatro y 00/100 soles</i>	Pretensión Principal 2.1.2 <i>Se establezca que, como consecuencia del incumplimiento contractual, PROTRANSPORTE y LA MUNICIPALIDAD han ocasionado un daño a ACS, bajo la modalidad de daño emergente por pérdida de la chance, el mismo que debe ser indemnizado y, por ello, las demandadas deben pagar el monto indemnizatorio por el año 2015, el cual quedará acreditado con la pericia económico financiera que se presentará.</i>

39. Si bien las Pretensiones Principales signadas como 2.1.1 en ambos procesos se refieren en términos genéricos a un supuesto incumplimiento contractual e incluso en ambas demandas aluden a tres situaciones (la no implementación del Tramo Ampliación Lima Norte; la no racionalización de la oferta pública de transporte y el incumplimiento de los IPK contractuales),



en los numerales 2.1.2, se concreta el alegado incumplimiento respecto de un período específico, que difiere en ambos procesos.

40. A criterio del Tribunal Arbitral el hecho que pudiera haber existido un incumplimiento contractual en el año 2014 no necesariamente supone que éste también se hubiera producido en el año 2015. Por ello, los supuestos de hecho a dilucidar en cada uno de los procesos son diferentes.
41. Por lo demás, la demanda materia del presente laudo se refiere a una modalidad específica de daño – la pérdida de chance – que no fue demandada en el proceso arbitral que se alega en la excepción.
42. En tal virtud, no existen idénticas pretensiones, pues las circunstancias alegadas respecto de cada uno de los hechos que se exponen, corresponden a períodos diferentes y por ende, los hechos pueden ser igualmente distintos.

43. No existe pues la triple identidad exigida por ley y, en consecuencia, **debe desestimarse la excepción de cosa juzgada deducida** y emitirse pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

#### IV) EVALUACION DE LA CONTROVERSIA

##### ANTECEDENTES RELEVANTES: HECHOS NO CONTROVERTIDOS

44. Las partes han coincidido a lo largo del proceso arbitral en señalar que se han expedido las siguientes Ordenanzas Municipales vinculadas a la relación y controversia surgida entre ellas:

- a. Ordenanzas previas a la celebración del Contrato de Concesión:

- Ordenanza No. 682, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03.09.04 mediante la cual la MML declaró la intangibilidad y reserva de áreas destinadas al Programa de Transporte Urbano de Lima.
- Ordenanza No. 732, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02.12.04, mediante la cual se creó PROTRANSPORTE.
- Ordenanza No. 873, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 05.12.05, mediante la cual se aprobó el Reglamento de Operación del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad – COSAC I.

- b. Ordenanzas posteriores a la celebración del Contrato de Concesión

- Ordenanza No. 1538, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15.07.11, mediante la cual se modifica el itinerario de las fichas técnicas.

- Ordenanza No. 1599, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19.04.12 mediante la cual se derogó la Ordenanza No. 1538.
45. Las partes coinciden igualmente que, antes de la licitación y firma del Contrato de Concesión, PROTRANSPORTE contrató los siguientes estudios:
- Estudios técnicos y ambientales del COSAC I y sus Terminales de Transferencia preparados por Getinsa y Taryet.
  - Memorándum informativo de Macroconsult S.A. y Booz Allen Hamilton de Colombia, a través del cual se detalló la ruta troncal y las rutas alimentadoras.
46. El 31.3.09, el Comité Especial para la Licitación Pública destinada a otorgar en concesión la operación de la Unidad de Recaudo del COSAC I, publicó las Bases Integradas de Licitación.
47. Con fecha 13.5.09, ACS presentó las Propuestas Económicas y Técnicas para participar en el procedimiento de licitación de la concesión para la operación de recaudo del COSAC I.
48. Con fecha 14.5.09 se suscribió el Contrato de Concesión de la Operación de Servicio de Recaudo (Contrato de Concesión). Las principales estipulaciones y obligaciones contractuales vinculadas a la presente controversia son las siguientes:
- a. La base legal del contrato, que incluye al Decreto Supremo No 059-96-PCM y al 060-96-PCM, ambos relacionados con la regulación de la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos. Sin embargo, no se cita al Decreto Legislativo 1012 y su reglamento, vigentes desde el 2008, antes de la celebración del contrato. La mención a la aplicación del Decreto legislativo 1012 es sumamente importante para resolver con equidad la cuestión controvertida sobre la pérdida de chance y el fenómeno de la co-causación que la afecta. Este Decreto Legislativo y su reglamento, además de poner fin a una etapa en donde las concesiones eran el único modelo de negocio a elegir, aprueban un nuevo marco legal para regular la figura de las Asociaciones Público -Privadas, como la que sustenta el contrato que origina el presente arbitraje.
  - b. La inclusión como Unidad de Gestión del COSAC I de la Unidad de Recaudo, definida como la responsable de la venta, recarga y distribución de los medios de validación de acceso de los pasajeros del servicio de transporte que se presenta en el COSAC I; así como la responsable del manejo y custodia de los ingresos hasta su entrega al Fiduciario.
  - c. El inicio de la concesión (de la operación productiva) en la fecha en que el Sistema COSAC I inicie su operación a lo largo del corredor en su totalidad (desde el Terminal Matellini hasta el Terminal Naranjal).



- d. La consideración como ingresos los generados por el producto de los pasajes totales validados en el Sistema y los pasajes cobrados en sus diferentes modalidades por categoría, servicio y tipo de usuario.
  - e. La definición de IPK, considerado como el índice igual al número de pasajeros transportados entre el número de kilómetros recorridos en un determinado período. Se consideró como IPK inicial aplicable a la Concesión de Buses Troncales el valor de 8.5.
  - f. La definición de los tramos de la Ruta Troncal, conforme al siguiente detalle:
    - i. Tramo Sur: Sección comprendida entre el Terminal Matellini y la Estación Central.
    - ii. Tramo Norte: Sección comprendida entre la Estación Central y el Terminal Naranjal.
    - iii. Tramo Ampliación Norte: Sección comprendida entre la Estación Naranjal y el Terminal Sinchi Roca.
  - g. La definición del objeto del contrato la concesión de la operación exclusiva del Servicio de Recaudo en el COSAC I y como plazo de dicha concesión, 14 años desde su inicio.
  - h. Se estableció como obligación de PROTRANSPORTE en la fecha de inicio del contrato, poner a disposición y dar acceso efectivo a ACS a las Estaciones y la Infraestructura del Servicio requerida para la prestación del servicio (cláusula 5.4.2 ii), obligación ratificada en la cláusula 7.a.)
  - i. Se consideró como responsabilidad de PROTRANSPORTE cumplir con las obligaciones en materia de programación que le están asignadas, así como la protección de la zona de intangibilidad del COSAC I establecida en la Ordenanza No. 682.
  - j. Se consignó como derecho de ACS participar en los ingresos producto de la venta de pasajes, deduciendo la retribución a PROTRANSPORTE, la aportación al RICR, a la Supervisión (Invermet), las penalidades, multas u otro pago no previsto conforme a lo señalado en el anexo 7 y en el Contrato de Fideicomiso.
  - k. Se señaló que la variación del IPK mensual no podrá exceder del 1% respecto del mes inmediatamente anterior.
49. El Contrato de Concesión fue modificado mediante las siguientes adendas:
- a. Primera Adenda, suscrita el 20.10.09, a través de la cual las partes convinieron modificar la fecha de inicio del Contrato de Concesión al 15.04.10.
  - b. Segunda Adenda, suscrita el 14.04.10, mediante la cual las partes pactaron la reprogramación de las actividades contenidas en el Plan Maestro de Implementación Definitiva, señalando que el inicio de la prestación del servicio se realizaría por etapas.
  - c. Tercera Adenda, suscrita el 05.05.10, a través de la cual las partes modificaron el número de tarjetas inteligentes sin contacto que PROTRANSPORTE debía emitir.

- d. Cuarta Adenda, suscrita el 06.05.10, por medio de la cual se modificó el texto del numeral 2.2.2.1 del Anexo 10 del Contrato de Concesión.
- e. Quinta Adenda, suscrita el 06.05.10, a través de la cual las partes acordaron modificar el Anexo 3 del Contrato de Concesión, a fin de incluir la obligación de emisión de un millón cien mil tarjetas a cargo de ACS.
- f. Sexta Adenda, suscrita el 02.07.10, mediante la cual las partes establecieron como nuevas fechas para el inicio del Contrato de Concesión las siguientes: Cobro de pasajes en el Tramo Corredor Sur: el 28.07.10; en las rutas alimentadoras del sur: el 15.08.10; la puesta en marcha de la ruta tramo centro, tramo norte y las alimentadoras del norte: el 15.08.10.
- g. Séptima Adenda, suscrita el 27.07.10, mediante la cual las partes acordaron modificar la definición de precio de recaudo por pasajero transportado.
- h. Octava Adenda, suscrita el 27.07.10, por la cual, entre otros: i) PROTRANSPORTE reconoció el reembolso a ACS de los costos y gastos en los que había incurrido hasta el 02.10.10, fecha en la que se dio inicio a la operación comercial pagada en los Tramos Centro y Norte del COSAC I, quedando implementado el 100% de su Tramo Troncal; ii) PROTRANSPORTE se comprometió a coordinar con la Gerencia de Transporte Urbano de la MML a tener implementado en un plazo de seis meses, el Estudio de Racionalización elaborado por la Gerencia de GTU en el cual se racionaliza la oferta del servicio público dentro de los 400 metros de distancia, a cada lado del corredor; iii) En el plazo de tres meses contados a partir de la implementación de las rutas alimentadoras de la zona Norte, se deberá haber reducido al menos aquellas rutas de transporte público de pasajeros cuyo paralelismo con el COSAC I sea mayor o igual al 30% de su recorrido troncal (44 rutas de transporte según el referido Estudio de Racionalización).

## ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

50. Antes de entrar al análisis de la controversia propiamente dicha, el Tribunal Arbitral considera necesario precisar el marco legal aplicable, pues a la fecha de firma del contrato (14 de mayo de 2009) ya se había promulgado y publicado el Decreto Legislativo 1012 (13 de Mayo de 2008) primera ley marco de asociaciones público privada; así como su primer reglamento<sup>1</sup> aprobado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, modificado por los Decretos Supremos N° 144-2009-EF, N° 106-2011-EF y N° 226-2012-EF.

<sup>1</sup> Un segundo reglamento del Decreto Legislativo 1012 fue aprobado por **DECRETO SUPREMO N° 127-2014-EF** estableciendo las disposiciones para la aplicación de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 30167 y la promoción del desarrollo de la participación privada mediante Asociaciones Público Privadas.



51. Como marco legal conceptual del análisis, el Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público – privadas, aporta algunos temas trascendentales para la solución de la presente controversia.

En primer lugar, una nueva definición para las asociaciones público privadas que deslinda del modelo único de concesiones:

**Artículo 3.- Definición de Asociación Público-Privada (APP)**

*Las Asociaciones Público Privadas - APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. (el resaltado y subrayado es nuestro)*

En segundo lugar, la introducción de Principios como el de adecuada distribución de los riesgos:

**“Artículo 5.- Principios**

*En todas las etapas vinculadas a la provisión de infraestructura pública y/o prestación de servicios públicos bajo la modalidad de Asociación Público Privada, se contemplarán los siguientes principios:*

*(...)Asignación adecuada de riesgos. Deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.(el resaltado y subrayado es nuestro)”*

52. La asignación adecuada de riesgos en el contrato que sustenta el presente arbitraje, es el resultado de una matriz de riesgos del contrato de Asociación Pública –Privada (en el presente caso del contrato de concesión) que pasa en primer lugar por su identificación para luego ser asignado a la parte que está en mejor capacidad de administrarlo, es decir, a la que tiene mayores probabilidad de controlar el riesgo o mitigarlo, al menor costo. En el presente caso, dicho riesgo fue asignado al Estado (MML y PROTRANSPORTE), no sólo porque así lo hayan pactado las partes, sino porque el Estado retiene sus facultades de policía administrativa; esto es, el poder reconocido por ley, para limitar las libertades y derechos mediante actos y reglamentos administrativos en la tramitación de habilitaciones (permisos, autorizaciones, licencias o concesiones) y registros administrativos; la fiscalización de actividades; la imposición de sanciones (multas,

inhabilitaciones, comiso de bienes, cierre de locales); etc. Es decir, el Estado se encuentra en mejor capacidad de administrar este riesgo.

53. La interpretación del contrato y la pérdida de chance a la que nos referiremos luego, debe considerar siempre este principio como fuente, teniendo en consideración el interés de las partes, pero también **"teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto."** En efecto, como veremos más adelante, tanto el interés público que protege el derecho a la movilidad urbana y limita la asignación contractual de riesgos, así como las graves distorsiones del perfil del proyecto, se erigen en concausas que afectan sin duda el quantum del daño resarcible.

54. Ahora bien, atendiendo a los argumentos expuestos por la demandante a lo largo del presente proceso arbitral, la reclamación de ACS se sustenta en el pago de una indemnización por **daño emergente derivada de la pérdida de chance**, la cual sería consecuencia de tres incumplimientos imputados a PROTRANSPORTE y la MML, los cuales habrían sido incurridos en el año 2015:

- a. Incumplimiento en la conclusión de la infraestructura en el Tramo Ampliación Norte (de la estación Naranjal a la estación Sinchi Roca) y puesta en marcha de dicho tramo.
- b. Incumplimiento del deber de racionalización de las rutas de servicio de transporte público cuyo paralelismo con el COSAC I sea mayor o igual al 30% de su recorrido troncal.
- c. Incumplimiento de los IPK (índice de pasajeros por kilómetro) convenidos en el Contrato de Concesión.

55. En virtud a los tres incumplimientos antes expuestos, ACS ha calculado el monto del resarcimiento a través de las pericias presentadas, en la suma total de US\$ 21'688,343.00 (Veintiún Millones Seiscientos Ochenta y Ocho Mil Trescientos Cuarenta y Tres y 00/100 Dólares Americanos), demandando adicionalmente el pago de intereses, costas y costos.

56. A efectos de resolver la presente controversia, el Tribunal Arbitral analizará cada uno de los incumplimientos imputados conforme a los actuados en el presente proceso y atendiendo a los argumentos expuestos por las partes. Si como consecuencia de su análisis se constata la existencia de uno o más incumplimientos contractuales, el Tribunal Arbitral procederá a determinar la relación causal entre tal incumplimiento y el daño alegado, efectuando un análisis en virtud al artículo 1321 del Código Civil y demás pertinentes.

Finalmente, en caso se determine tal relación causal, se procederá a cuantificar el daño verificado y a determinar la indemnización que corresponda conforme a su análisis.



En el mismo sentido, si como consecuencia de su análisis se concluye la inexistencia de un incumplimiento contractual o de la relación causal alegada, se desestimaré la pretensión indemnizatoria peticionada.

**ANÁLISIS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO EN LA CONCLUSIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA EN EL TRAMO AMPLIACIÓN NORTE (DE LA ESTACIÓN NARANJAL A LA ESTACIÓN SINCHI ROCA)**

57. ACS sostiene en su demanda, que PROTRANSPORTE y la MML han incumplido con su deber de construir y concluir la infraestructura prevista en el Contrato de Concesión para el servicio de recaudo en el COSAC I, específicamente al no haber ejecutado las obras para la ruta troncal Ampliación Lima Norte (de la estación Naranjal a la estación Sinchi Roca).

Asimismo, la demandante señala que dicho tramo estuvo comprendido desde el inicio como parte del Contrato de Concesión y que, por tanto, su construcción e implementación constituía una obligación para PROTRANSPORTE y la MML.

58. A fin de acreditar que el Tramo Ampliación Norte formó parte de la concesión para el servicio de recaudo desde el inicio, ACS ofreció, entre otros, los siguientes medios probatorios:

- a. Estudio elaborado por Grupo Consultor Getinsa – Taryet en el año 2003 y Memorandum Informativo Macroconsult S.A. Booz Allen Hamilton, el cual acreditaría la demanda estimada de pasajeros a la fecha de presentación de las propuestas económica y técnica por parte de ACS (Anexo 2-A-6).
- b. Mapa que contiene las rutas alimentadoras (Anexo 2-A-7).
- c. Bases integradas de la licitación objeto de la Concesión (Anexo 2-A-8).
- d. Propuesta económica de ACS conforme a las bases de la licitación (Anexo 2-A-10).
- e. Propuesta técnica de ACS conforme a las bases de la licitación (Anexo 2-A-11).
- f. Acta de reunión del Grupo Técnico del Consorcio Coordinador del 22 de enero de 2010 (Anexo 2-A-14).
- g. Correos electrónicos remitidos por el ingeniero Tulio Gálvez Escudero, Gerente de Operaciones de PROTRANSPORTE a ejecutivos de ACS sobre la ampliación Norte (Anexo 2-A-16 y 2-A-17).
- h. Cartas de PROTRANSPORTE sobre estación Sinchi Roca del mes de abril 2013 (Anexo 2-A-18, 2-A-19 y 2-A-20).
- i. Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo Ampliación Norte, suscrito por PROTRANSPORTE y ACS el 2 de septiembre de 2014 (Anexo 2-A-21).
- j. Octava y Décima Adenda al Contrato de Concesión suscritas por las partes (Anexo 2-A-27 y 2-A-32).
- k. Pericia Económico Financiera, presentada mediante escrito de fecha 19 de junio de 2018.

59. Adicionalmente ACS sostiene que, a la fecha de presentación de la demanda no existía ninguna estación intermedia en dicho tramo, con excepción de la Estación Ligera Sinchi Roca, afuera del Patio Norte, que fue construida en el año 2013 y que nunca ha sido utilizada. Como consecuencia de ello, argumenta que los buses de tipo troncal del Metropolitano vendrían recorriendo más de ocho (8) kilómetros entre el terminal Naranjal y lo que debió ser el terminal Sinchi Roca, sin pasajeros.
60. Con relación al daño causado, a través de la pericia económico financiera elaborada por Alonso & Muñoz a solicitud de ACS, la accionante estima que la demanda del Metropolitano proyectada al 2015 en base a la tasa de crecimiento poblacional de Lima Metropolitana de 1.6% anual, alcanzaría en promedio los 822,775 pasajeros al día, incluyendo el tramo Ampliación Norte. Asimismo, citando dicho estudio, estima que la demanda en el año 2015 bajo la misma tasa de crecimiento y sin incluir el tramo Ampliación Norte, sería de 725,595 pasajeros diarios. Por tanto, en mérito al citado estudio económico financiero, concluye que como consecuencia de la no implementación del tramo Ampliación Norte por parte de las demandadas, se le ha generado un menor ingreso equivalente a 97,180 pasajeros al día.
61. Por su parte, PROTRANSPORTE sostiene que el tramo Ampliación Norte no formó parte del Contrato de Concesión y que su construcción e implementación no constituía una obligación para PROTRANSPORTE.

La aludida codemandada señala expresamente: *"(...) aun cuando la redacción no resulta ser la más adecuada, las Bases de la Licitación también señalan que a pesar de no constituir obligación para PROTRANSPORTE entregar la vía de Ampliación Norte del COSAC I, dicho tramo **podía** ser entregado al Concesionario siempre que se verificara su construcción y que ACS cumpliera con implementar de tecnología para su puesta en funcionamiento. Adicionalmente, se indica que el tratamiento de estas inversiones será el referido en el contrato como inversiones adicionales"*.

62. Agrega PROTRANSPORTE, que el Contrato de Concesión se adecúa en su contenido a lo establecido en las Bases de la Licitación en cuanto a la extensión de la concesión, por lo que no existiría un conflicto entre lo indicado en las bases y el contenido final del contrato suscrito. Asimismo, señala que, el Acta de la Reunión del Grupo Técnico del Consorcio Coordinador del COSAC I de fecha 22 de enero de 2010, así como los correos electrónicos del 20 y 21 de enero de 2011, no modifican el Contrato de Concesión y menos aún reconocen derechos a favor de ACS sobre la Ampliación Norte, siendo únicamente documentos o comunicaciones *"que no suplen, reemplazan o agregan cláusulas contractuales que amplíen el derecho de concesión sobre el COSAC I"*.
63. Por su parte, la MML contestó la demanda contradiciendo los argumentos de ACS y coincidiendo con la posición de PROTRANSPORTE, incide en la interpretación literal del Contrato de Concesión.



Afirma que el Contrato de Concesión señala que la operación del Sistema COSAC I abarca desde el Terminal Matellini hasta el Terminal Naranjal, sin que se incluya como parte de él, el tramo Ampliación Norte.

Como sustento del argumento expuesto, la MML cita la decisión contenida en el laudo que resolvió el Caso Arbitral No. 3304-2015-CCL, en el que se estableció "(...) *en ningún extremo de las estipulaciones citadas se acuerda que el Tramo Ampliación Norte sea parte integrante de la Concesión. Si bien las definiciones de Tramo Sur, Tramo Norte y Tramo Ampliación Norte contempladas en el numeral 1.2. del Contrato dejan claramente establecido que cada uno de estos tramos corresponde a una sección del COSAC I, no todas las secciones del COSAC I fueron parte integrante de la Concesión inicialmente*".

64. En mérito a lo expuesto por las partes y a los documentos que obra en autos, el Tribunal Arbitral precisa que, en su concepto, **el Contrato de Concesión no incluía el Tramo Ampliación Norte como una obligación a cargo de PROTRANSPORTE**, por lo siguiente:

- a. Las obligaciones a cargo de cada una de las partes emanan del Contrato de Concesión y sus Adendas, debiendo ser interpretadas de forma sistemática a fin de establecer la voluntad contractual de las partes y el alcance de sus prestaciones. Partiendo de dicha premisa, las Bases Públicas para Otorgar en Concesión la Operación de Unidad de Recaudo del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad, documento aportado por PROTRANSPORTE como Anexo 6-B-11, señala como objeto de la licitación el siguiente:

*"1.2.1 Objeto de la Licitación*

*(...)*

*La Concesión abarca el tramo comprendido entre la Zona de Alimentador Sur y el Óvalo Naranjal, pudiendo extenderse hasta Sinchi Roca sin ser obligación para PROTRANSPORTE. Sin embargo el derecho al CONCESIONARIO es por el COSAC I con todas sus extensiones, debiendo ser consideradas estas como inversiones adicionales, las mismas que se activarán según lo estipulado en los Anexos 6 y 7 del Contrato de Concesión". (lo destacado es nuestro)*

- b. Asimismo, en el numeral 1.2 de la Cláusula Primera del Contrato de Concesión, dentro del rótulo de Definiciones, se señala lo siguiente:

*"(...)*

*Inicio de Operación Productiva*

*Es aquella fecha en que el Sistema COSAC I inicia su operación a lo largo del corredor en su totalidad (desde el Terminal Matellini hasta el Terminal Naranjal)". (lo destacado es nuestro).*

- c. En esa misma línea, el Anexo No. 3 del Contrato de Concesión indica de forma expresa que: *“las zonas sombreadas solo serán consideradas con la implementación de la ampliación a Sinchi Roca”*. Lo mismo sucede en el caso del Anexo No. 10 del indicado contrato, el cual señala que: *“Las cantidades achuradas corresponden a una posible ampliación del Corredor, en su ampliación Norte y si estas se implementasen el CONCESIONARIO estará en la obligación de proveer dichos equipos, como nueva inversión (...)”*.
- d. De lo expuesto se desprende, a criterio de este Tribunal Arbitral, que el Contrato de Concesión no contempló como una obligación originaria a cargo de PROTRANSPORTE la implementación del tramo Ampliación Norte. Lo que se infiere tanto del Contrato de Concesión, como de las bases y los documentos aportados por las partes en el presente proceso, es que ACS, en su calidad de concesionario, tenía derecho a operar el COSAC I con todas sus extensiones, sean presentes o futuras.

En atención a lo señalado, en el Contrato de Concesión se incluye el concepto de “inversión adicional”, dado que, a la fecha de suscripción del Contrato de Concesión, no existía obligación ni inversión alguna de ACS respecto del tramo Ampliación Norte. *Es justamente por esta mención a inversión futura, que todas las referencias al tramo Ampliación Norte en el contrato se encuentran expresadas en condicional, sin que exista una obligación cierta y determinada respecto a dicho tramo.*

65. Ahora bien, el Tribunal Arbitral no puede dejar de evaluar si existen hechos posteriores a la celebración del Contrato de Concesión y anteriores al año 2015, que determinen la obligación de PROTRANSPORTE y la MML de concluir la infraestructura e inicien la operación en el Tramo Ampliación Norte (de la estación Naranjal a la estación Sinchi Roca).
66. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que resulta especialmente relevante el Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo de Ampliación Norte, suscrito entre PROTRANSPORTE y ACS con fecha 2.9.14.

En dicho acuerdo, las partes convinieron expresamente lo siguiente:

*“Cláusula Primera: Antecedentes  
(...)”*

*1.4 Por medio de correos, de fechas 20 y 21 de junio de 2011, y Carta No. 245-2014-MML-IMPL-GOP, de fecha 08 de junio de 2014, el CONCEDENTE ha solicitado al CONCESIONARIO proveer equipos adicionales que se instalarían en el Tramo Ampliación Norte, **iniciando así el proceso de implementación de dicho Tramo del COSAC I.***  
*(...)”*

*Cláusula Segunda: Objeto del Acuerdo*



*El objeto del presente Acuerdo es establecer los mecanismos que regirán para la implementación gradual del Tramo Ampliación Norte, así como los derechos y obligaciones de las partes en el marco del proceso de implementación referido.*  
(...)

67. El Tribunal Arbitral considera que el Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo de Ampliación Norte constituye una ratificación de la inexistencia de una previsión contractual en el Contrato de Concesión respecto a la implementación de dicho tramo, siendo que el mismo documento señala expresamente que recién se ha dado inicio al proceso de implementación de dicho tramo.
68. Con relación a este extremo, el Tribunal coincide con lo expuesto en el Laudo del Caso Arbitral No. 3304-2015-CCL, el cual sostuvo que: *"Con la celebración del "Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo Ampliación Norte" quedó confirmado por las propias partes que dicho Tramo no formó parte de la Concesión de Recaudo, inicialmente. De lo contrario, no habría sido necesario suscribir dicho Acuerdo, ni acordar la implementación gradual de un tramo que supuestamente debía haberse encontrado habilitado desde el inicio de la Concesión"*.
69. Tomando en consideración que el Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo Ampliación Norte fue suscrito el 2.9.14, dicho compromiso constituye una obligación exigible para ambas partes en los términos pactados.

En consecuencia, **si PROTRANSPORTE se comprometió en septiembre de 2014 a desarrollar gradualmente la infraestructura del tramo Ampliación Norte, corresponde a este Tribunal determinar si PROTRANSPORTE ha incumplido con dicha obligación respecto del período 2015, el cual es materia de análisis en el presente arbitraje.**

70. A fin de determinar si PROTRANSPORTE ha incumplido la obligación establecida en el Acuerdo en mención, se debe analizar si el término "gradualidad" se encuentra regulado en un plazo específico o en una determinada forma de ejecución.

Al respecto, las Cláusulas Tercera y Quinta del indicado Acuerdo establecen lo siguiente:

***Cláusula Tercera: Condiciones de implementación***

***3.1 La implementación gradual del Tramo Ampliación Norte del COSAC I se iniciará con la puesta en servicio de la estación ligera Los Incas y continuará con el acondicionamiento de tres (03) estaciones ligeras adicionales ubicadas entre el Terminal Naranjal y la Estación Ligera Los Incas.***

(...)

**Cláusula Quinta: Plazo del Acuerdo**

*La transferencia prevista en la cláusula precedente se iniciará con la puesta en operación de la Estación Ligera Los Incas y cesará de forma automática tres meses después de que las Estaciones Ligaras hayan iniciado conjuntamente su servicio; sin embargo, **la implementación gradual continuará hasta que la infraestructura del tramo Ampliación Norte sea culminada (...)**.*

71. A criterio del Tribunal Arbitral, el término gradualidad importa la ejecución de forma sucesiva y continua de un evento determinado. Ese mismo concepto se encuentra en las Cláusulas precitadas del Acuerdo en mención, siendo que las partes han establecido hitos determinados para la implementación del tramo Ampliación Norte.
72. No obstante, ello, el Tribunal Arbitral considera que no se ha acreditado en autos que la ejecución gradual del tramo Ampliación Norte suponga que la construcción de dicha infraestructura pudiera haber sido concluida en el período materia de demanda, es decir, que entre septiembre de 2014 y diciembre de 2015.

En efecto, para que se hubiera generado un perjuicio económico a ACS, PROTRANSPORTE tendría que haber iniciado y concluido la implementación del tramo Ampliación Norte, a fin de que éste sea puesto en operación.

73. El Tribunal Arbitral considera que, para su análisis, debe aplicar el criterio de razonabilidad. Ello supone utilizar las máximas del sentido común, la lógica y la experiencia dentro del margen de la legislación peruana. Siguiendo ese criterio y, tomando en consideración lo pactado en el Acuerdo del 2.9.14, así como los procedimientos de implementación y ejecución de obras similares en la ciudad de Lima, el Tribunal considera que la ejecución gradual acordada no puede suponer la conclusión de las obras del tramo Ampliación Norte en quince meses.

74. **En razón de lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que durante el año 2015 no ha existido un incumplimiento contractual de PROTRANSPORTE en perjuicio de ACS en relación a la implementación de la infraestructura del Tramo Ampliación Norte. El Tribunal Arbitral estima que las codemandadas en el período materia de demanda, se encontraban en término razonable para llevar adelante la ejecución gradual a la que se comprometieron mediante acuerdo de fecha 2.9.14 y no necesariamente en dicho periodo las obras tenían que estar concluidas y en plena operación.**

**ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE RACIONALIZAR LAS RUTAS DE SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO QUE SE SUPERPONEN AL COSAC I EN MÁS DE 30%**



75. ACS sostiene que constituía un deber contractual de PROTRANSPORTE y la MML racionalizar la oferta de servicio de transporte público en los 400 metros aledaños a la vía segregada del COSAC I. En consecuencia, las codemandadas debían eliminar 44 rutas cuyo paralelismo era mayor al 30% del recorrido en la ruta troncal del COSAC I. A decir de ACS, esta obligación contractual habría sido incumplida, generando un perjuicio económico a su empresa en el período 2015.
76. Como prueba de su afirmación, ACS ofrece los siguientes medios probatorios:
- a. La Ordenanza No. 682 expedida por la MML, en cuyo artículo 1. se declara como zonas intangibles y de reserva las áreas incluidas dentro del derecho de vía de las vías expresas, arteriales y colectoras del COSAC I. En el artículo 4, numeral 4.2 de la aludida Ordenanza se estableció que la entonces Dirección Municipal de Transporte Urbano (hoy GTU), ejercía la función de “otorgar las concesiones, autorizaciones y permisos del Servicio Público de Transporte que se presente dentro de las áreas intangibles ocupadas por el Corredor Segregado (vías laterales y colaterales) y dentro de los 400 metros de distancia de cada lado de aquél, previa opinión favorable de PROTRANSPORTE. En estos casos, deberá procurarse la racionalización de la oferta del Servicio Público, observando adicionalmente las condiciones mínimas de calidad y seguridad.
  - b. La Ordenanza No. 873, en cuyo artículo 3 se estableció que el corredor COSAC I, así como sus alimentadoras serán aprobadas mediante Acuerdo de Concejo sobre la base de la propuesta de PROTRANSPORTE. Se precisó que la declaración de intangibilidad y reserva de los corredores o ejes viables se efectuará mediante Ordenanza de la MML y se contempló como facultades de PROTRANSPORTE emitir opinión favorable para el otorgamiento de los títulos habilitantes por parte de la GTU que se presenten dentro de las áreas intangibles no ocupadas por el Corredor Segregado y dentro de los 400 metros de distancia de cada lado de éste.
  - c. El Informe Final del Estudio de Racionalización de rutas preparado por la Gerencia de Transporte Urbano de la MML y remitido a PROTRANSPORTE mediante Oficio No. 1650-2009-MML/GTU, del 12.11.09 (Anexos 2-A-25 y 2-A-26).

En las conclusiones del referido Informe se alude a 44 rutas **a eliminar** por afectar de manera directa al COSAC I, reduciendo luego la incidencia a 41 rutas, sin considerar las S007, S009 y S006, por cuanto no prestan servicios.

- d. La Octava Adenda del Contrato de Concesión (Anexo 2-A-27) antes reseñada, en cuyo numeral 2.3. se contempla lo siguiente:

- i) El compromiso de PROTRANSPORTE de coordinar con la Gerencia de Transporte Urbano de la MML a fin de tener implementado en un plazo de seis meses, el Estudio de Racionalización elaborado por la Gerencia de GTU en el cual se racionaliza la oferta del servicio público dentro de los 400 metros de distancia, a cada lado del corredor.
  - ii) En el plazo de tres meses contados a partir de la implementación de las rutas alimentadoras de la zona Norte, el compromiso de haber reducido al menos aquellas rutas de transporte público de pasajeros cuyo paralelismo con el COSAC I sea mayor o igual al 30% de su recorrido troncal (44 rutas de transporte según el referido Estudio de Racionalización).
- e. El Informe No. 058-2016-MML/GTU-SETT-EYP, de fecha 29.02.16 (Anexo 2-A-28) en el que la División de Estudios y Proyectos informa a la Sub Gerencia de Estudios de Tránsito y Transporte de la Gerencia de Transporte Urbano de la MML sobre el cumplimiento de la Disposición 2.3 (1er y 2do párrafo) de la Octava Adenda del Contrato de Concesión y en sus conclusiones se precisa:

*“3.2. La implementación de un Plan de Reordenamiento referido a la Operación del COSAC I no estuvo orientada a la reducción de rutas que lo afectaban en 30% o más, toda vez que este sistema al operar bajo un esquema tronco-alimentador, no podría atender a la necesidad de viajes y a la gran demanda de usuarios que atendían las rutas inmersas en el mencionado plan; por cuanto sólo se modificaron los recorridos en cumplimiento de la OM No. 1538, lo cual generó el tratamiento de 50 rutas en total, las cuales luego de su implementación no superan el 20% de superposición, teniendo como referencia toda la extensión del proyecto desde la Estación Naranjal (Comas) hasta la Estación Matellini (Chorrillos)”.*

- f. La Constatación Notarial realizada los días 9.03.17 y 10.03.17 (Anexo 2-A-29) realizada con el representante de la empresa Andina Technology Partners S.A.C. en diversos puntos del recorrido norte - sur de la troncal del COSAC I, constatándose mediante un registro visual y un conteo de vehículos que existen rutas de transporte urbano de pasajeros que se superponen a la ruta del Metropolitano en 30% o más
77. PROTRANSPORTE sostiene que su obligación contractual consistía en racionalizar y no en eliminar rutas y que cumplió con su deber de racionalizar, al lograr que las rutas evaluadas no superen el 20% de superposición sobre la troncal del COSAC I.
78. Por su parte, la MML afirma que a través del Informe No. 113-2018-MML/IMP/GTU-SETT-PRR de fecha 14.3.18 (Anexo 1-I) la GTU, tras la verificación realizada, confirma que las rutas de transporte público correspondientes al año 2015, no superan el 20% de superposición con el



COSAC I. Asimismo, indica que en el Caso Arbitral No. 3304-2015-CCL, ya existe un pronunciamiento respecto a la obligación de racionalizar, la misma que no puede ser entendida como eliminar las rutas paralelas.

79. El Tribunal Arbitral considera especialmente relevante para dilucidar la materia bajo análisis, el expreso compromiso asumido por PROTRANSPORTE en la Octava Adenda del Contrato de Concesión.

En el numeral 3.2 de dicha adenda se asumió:

- a. El compromiso de PROTRANSPORTE de coordinar con la Gerencia de Transporte Urbano de la MML a fin de tener implementado en un plazo de seis meses, el Estudio de Racionalización elaborado por la Gerencia de GTU, en el cual se racionaliza la oferta del servicio público dentro de los 400 metros de distancia, a cada lado del corredor.
  - b. En el plazo de tres meses contados a partir de la implementación de las rutas alimentadoras de la zona Norte, el compromiso de haber reducido al menos aquellas rutas de transporte público de pasajeros cuyo paralelismo con el COSAC I sea mayor o igual al 30% de su recorrido troncal (44 rutas de transporte según el referido Estudio de Racionalización).
80. Resulta igualmente necesario precisar los alcances de la obligación contraída, pues ACS considera que el deber de las demandadas era eliminar todo tipo de competencia, mientras que PROTRANSPORTE y la MML estiman que su compromiso era la racionalización del transporte paralelo.
81. El Tribunal Arbitral considera que la interpretación correcta del compromiso asumido es la que esgrimen PROTRANSPORTE y la MML, siendo que debían racionalizar las rutas más no eliminarlas.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral coincide con lo señalado en el Caso Arbitral No. 3304-2015-CCL: *"La palabra "racionalizar" es la expresión verbalizada del adjetivo "racional", que según el Diccionario de la Real Academia Española se define como "lo perteneciente o relativo a la razón", "conforme a la razón"; o en matemática, "que no contiene cantidades irracionales". El Thesaurus Sopena de Sinónimos establece como sinónimos de racional, lo "razonable", "justo", "lógico", "equitativo", (...)"*.

82. En tal sentido, en mérito al Estudio de Racionalización, se desprende que habría rutas que serían eliminadas, otras cuyo trazo sería modificado y otras que previsiblemente se mantendrían en su trazo vigente. De ello se colige que la sola existencia de empresas de transporte público que mantengan su ruta con posterioridad a la vigencia del plazo establecido en la Octava Adenda, no puede entenderse como un incumplimiento a la obligación de racionalizar.

En otras palabras, en la ruta troncal del COSAC I, la circulación debía ser exclusiva para los operadores autorizados; en cambio, dentro de los 400 metros aledaños,



debía existir un proceso de ordenamiento, siendo que todo proceso importa un conjunto de eventos continuos y no un solo evento determinante e inmediato.

83. Lo señalado resulta coherente con lo normado por la Ordenanza No. 682, que contempló incluso la posibilidad de *“otorgar concesiones, autorizaciones y permisos del Servicio Público de Transporte que se presente dentro de las áreas intangibles ocupadas por el Corredor Segregado (vías laterales y colaterales) y dentro de los 400 metros de distancia de cada lado de aquél, previa opinión favorable de PROTRANSPORTE”*. No obstante, en ese proceso debía procurarse racionalizar la oferta del servicio público, observando adicionalmente las condiciones mínimas de calidad y seguridad.
84. Ahora bien, en la citada Octava Adenda, PROTRANSPORTE concretó su compromiso de racionalización en la responsabilidad específica de reducir al menos aquellas rutas de transporte público de pasajeros cuyo paralelismo con el COSAC I sea mayor o igual al 30% de su recorrido troncal (44 rutas de transporte según el referido Estudio de Racionalización).
85. ACS ha presentado como demostración del invocado incumplimiento del deber de racionalización, el Acta de Constatación Notarial realizada por el Notario Público Dr. Donato Carpio Vélez los días 9.03.17 y 10.03.17, así como la visualización de un video elaborado por la empresa Andina Technology Partners S.A.C. durante la Audiencia de fecha 15 de noviembre de 2018.
86. El Tribunal Arbitral considera que si bien dicha constatación podría demostrar que a la fecha de su realización (2017) se evidenciaba la existencia de vehículos de otras líneas diferentes a los operadores del COSAC I circulando dentro de los 400 metros, dicha constatación no prueba que esa fuera la situación durante el año 2015, período que es objeto de análisis en este proceso, conforme fuera admitido por el mismo perito durante la actuación del peritaje en audiencia.
87. Por otro lado, ACS ha reconocido que la MML ha expedido decisiones administrativas destinadas a procurar llevar adelante el proceso de racionalización, pero estima que han existido omisiones en la labor de fiscalización y, por lo tanto, la superposición de rutas paralelas al COSAC I por encima del 30%, ha continuado existiendo en la práctica, a pesar de tomarse legalmente las acciones destinadas a racionalizar tal oferta de servicio público de transporte.
88. El Tribunal Arbitral considera que, si bien se ha acreditado que la MML tomó las medidas necesarias para racionalizar la oferta de transporte público en las zonas aledañas al COSAC I no puede dejarse de valor el Informe 058-2016/GTU-SETT-EYP, de fecha 29.2.16, por tratarse de un documento de evaluación realizado por la propia Gerencia de Transporte Urbano de la MML.
- a. Como ya ha sido expuesto, el referido informe establece lo siguiente:

"3.2. La implementación de un Plan de Reordenamiento referido a la Operación del COSAC I **no estuvo orientada a la reducción de rutas que lo afectaban en 30% o más**, toda vez que este sistema al operar bajo un esquema tronco-alimentador, no podría atender a la necesidad de viajes y a la gran demanda de usuarios que atendían las rutas inmersas en el mencionado plan; por cuanto sólo se modificaron los recorridos en cumplimiento de la OM No. 1538, lo cual generó el tratamiento de 50 rutas en total, las cuales luego de su implementación no superan el 20% de superposición, teniendo como referencia toda la extensión del proyecto desde la Estación Naranja (Comas) hasta la Estación Matellini (Chorrillos)". (Énfasis agregado).

- b. Así, el informe transcrito constituye un expreso reconocimiento, por las consideraciones que se alegan (los problemas que se generarían respecto de la demanda), que el proceso de racionalización **no estuvo destinado a reducir la superposición por encima del 30%, contrariamente a lo pactado de forma expresa por las partes en la Octava Adenda.**
- c. El hecho que se constate que en 50 rutas priorizadas no hay una superposición mayor al 20%, revela un avance en el trabajo de racionalización, pero no un cumplimiento total de la obligación contractual.
- d. Ocurre, sin embargo, que el compromiso expresamente establecido en la Octava Adenda del Contrato de Concesión fue el de reducir las 44 rutas que se superponían en más de 30% a la troncal del COSAC I.

89. Por ende, al existir un reconocimiento expreso por parte de la MML de los alcances de su labor de racionalización (en el informe analizado en los literales precedentes) y teniendo presente lo expuesto por PROTRANSPORTE en la audiencia de fecha 15.11.18, en cuanto a las omisiones en la labor de fiscalización, **se acredita que, en este extremo, sí existe un incumplimiento parcial de la obligación contractual a cargo de PROTRANSPORTE, en perjuicio de ACS.**

- 90. El Tribunal invoca como sustento de la afirmación que antecede, el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 1361 del Código Civil. Dicha norma establece como principio fundamental de todo acuerdo entre las partes, la obligación a cumplir con lo pactado en los términos convenidos.
- 91. Habiendo concluido el Tribunal Arbitral que existe un incumplimiento parcial en el deber de racionalización por parte de PROTRANSPORTE y la MML, corresponde analizar si tal circunstancia constituye la causa próxima del daño alegado por ACS.
- 92. Al respecto, debemos analizar lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil. Dicha norma prescribe: "el resarcimiento por la inejecución de la



*obligación o por su cumplimiento **parcial**, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, **en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución**”:*

93. Del artículo en mención se desprende que, en cuanto al nexo causal, el legislador peruano ha adoptado la teoría de la causa próxima con relación a la inejecución de obligaciones alegadas.

De esta manera, siguiendo a Espinoza Espinoza<sup>2</sup>, únicamente es relevante para el análisis de la responsabilidad contractual alegada, aquella causa última generadora del daño sufrido.

Adicionalmente, como señalan los hermanos Mazeaud y el tratadista francés Tunc:

*“no es suficiente para que sea exigible la responsabilidad civil con que haya sufrido un perjuicio el demandante ni con que se haya cometido una culpa por el demandado. Debe reunirse un tercero y último requisito (1): la existencia de un vínculo de causa a efecto entre la culpa y el daño: se precisa que el daño sufrido sea la consecuencia de la culpa cometida”.*<sup>3</sup> (lo resaltado es nuestro)

94. En el caso concreto, este Tribunal Arbitral considera que el cumplimiento parcial de la obligación de racionalización importa una condición y causa probable del daño económico alegado por ACS.
95. Sin embargo, del análisis de los Informes de Racionalización expedidos por la MML y lo expuesto en el Informe 058-2016/GTU-SETT-EYP en cuanto señala que “*toda vez que este sistema al operar bajo un esquema tronco-alimentador, no podría atender a la necesidad de viajes y a la gran demanda de usuarios que atendían las rutas inmersas en el mencionado plan*”, es posible determinar que el incumplimiento advertido **no es la causa única del daño alegado.**

Por el contrario, existen una diversidad de factores y causas que han coadyuvado a que la demanda del servicio de transporte del COSAC I sea menor a los promedios calculados por ACS. Estos factores que pueden considerarse como distorsiones al perfil del proyecto, serán tomados en cuenta por el Tribunal Arbitral al momento de cuantificar el daño generado por el cumplimiento parcial determinado.

96. Pero adicionalmente, el Tribunal Arbitral recuerda que, en el presente caso, el acuerdo de voluntades se encuentra matizado por los principios que rigen

<sup>2</sup> ESPINOSA ESPINOSA Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Editorial Rhodas, 2013, séptima edición, pp. 212-213.

<sup>3</sup> MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo Segundo. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977. p. 1.



toda asociación público privada, entre los que como hemos visto, se encuentra la adecuada asignación de riesgos. La MML asumió contractualmente la obligación de racionalización del tránsito en mérito a ser la parte en mayor capacidad de administrarlo por retener las facultades de policía administrativa, **"teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto."** Las distorsiones del perfil del proyecto y que afecten el derecho a la movilidad urbana de los usuarios gatillan el interés público a la movilidad urbana que La MML debe proteger y con ello se agrega otra causa que entra en relación directa e inmediata con el daño.

97. En atención a lo expuesto en los párrafos que anteceden, el Tribunal Arbitral advierte que en el cumplimiento de obligación de racionalización la MML tuvo que tener en consideración, además, los problemas que afectaban el perfil del proyecto y las necesidades del derecho a la movilidad urbana de los habitantes de la ciudad de Lima. En este sentido, no pueden obviarse situaciones de conocimiento público como: las interminables colas de los usuarios y la falta de unidades de transporte en el Sistema COSAC, que evidencian la alteración del referido perfil del proyecto, por causas no necesariamente atribuibles a la MML, en especial en las llamadas horas punta ; ni, el interés público involucrado tras el derecho a la movilidad urbana. Su capacidad para administrar el riesgo generado por la falta de racionalización se vio seriamente afectada por hechos que además de ser de público conocimiento, fueron tratados en las audiencias a las que se refiere el numeral 32 de este Laudo.
98. En esta línea, del análisis de los Informes de Racionalización expedidos por la MML y lo expuesto en el Informe 058-2016/GTU-SETT-EYP en cuanto señala que *"toda vez que este sistema al operar bajo un esquema tronco-alimentador, no podría atender a la necesidad de viajes y a la gran demanda de usuarios que atendían las rutas inmersas en el mencionado plan"*, es posible determinar que el incumplimiento advertido **no es la causa única del daño alegado.**

Por el contrario, existen una diversidad de factores y causas que han coadyuvado a que la demanda del servicio de transporte del COSAC I sea menor a los promedios calculados por ACS. Estos factores serán tomados en cuenta por el Tribunal Arbitral al momento de cuantificar el daño generado por el cumplimiento parcial determinado.

#### **ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO EN LOS IPK CONVENIDOS (ÍNDICE DE PASAJEROS POR KILÓMETRO)**

99. El concepto de IPK es definido en el numeral 1.2 del Contrato de Concesión. Conforme a dicho numeral, el IPK es el *"índice igual al número de pasajeros transportados entre el número de kilómetros recorridos en un determinado período"*.
100. Ahora bien, la controversia en este punto no se origina en el concepto antes citado, sino en la determinación de su carácter obligatorio o referencial.

101. En efecto, ACS señala que PROTRANSPORTE y la MML han incumplido su obligación de mantener el índice IPK en 8.50 para los buses troncales y en promedio 8.89 para los buses alimentadores, debiendo tener un máximo de desviación de +/- 1% mensual.

Según se observa en los gráficos aportados como parte de la pericia económica financiera elaborada por Alonso & Muñoz, el promedio IPK en el período 2015 fue de 6.45 para los buses troncales (24% más bajo que el indicado en el Contrato de Concesión) y 3.38 para los buses alimentadores (62% más bajo que el indicado en el Contrato de Concesión). Ello da sustento al argumento expuesto por ACS respecto del perjuicio ocasionado por PROTRANSPORTE, al mantener el índice IPK por debajo de lo acordado en el Contrato de Concesión.

102. Bajo el mismo argumento, ACS sostiene que, según el Contrato de Concesión, en su condición de operador del centro de gestión y control, PROTRANSPORTE es el responsable de la programación de los servicios de transporte troncal y alimentador para atender a los usuarios del COSAC I. Para ello, afirma que PROTRANSPORTE debió determinar la cantidad de viajes y frecuencias de los buses en base al número de pasajeros que utilizan el COSAC I, de tal manera que se alcancen los valores de IPK establecidos en el Contrato de Concesión.

103. ACS sostiene que el mismo PROTRANSPORTE, a través del ingeniero Tulio Gálvez Escudero, ha reconocido que el promedio de los IPK obtenidos semanalmente, nunca han llegado a los valores establecidos en el Contrato de Concesión. Adjunta en prueba de lo expuesto, la Carta 186-2017-MML-IMPL/GOC de fecha 27.4.17 (Anexo 2-A-30), en la que se indica que el IPK debe sincerarse.

104. En contraposición con tales argumentos, PROTRANSPORTE sostiene que los IPK señalados en el Contrato de Concesión son referenciales y que en ningún momento se pactó una garantía de demanda. Al respecto, PROTRANSPORTE indica que tanto los estudios del grupo consultor Getinsa – Taryet como de Macroconsult S.A. & Booz, contienen datos aproximados, habiéndose indicado de manera expresa en tales informes, que los datos corresponden a estimaciones en base a *“un modelo adecuadamente ajustado a las observaciones”*. Asimismo, señala que en el Memorando Informativo del año 2005 se consignó expresamente que los datos deben ser tomados como indicativos.

105. Al respecto, la MML señala en su contestación de demanda que los IPK implican dos variables: i) el número de pasajeros transportados en un determinado período y; ii) el número de kilómetros recorridos en un determinado período. Así, afirma que, de estas dos variables, la primera no puede ser controlada por las partes, debido a que ésta corresponde a la cantidad de pasajeros que espontáneamente utilizan el servicio del COSAC I.

106. Con relación a la segunda variable, la MML sostiene que, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ordenanza No. 873, *“el servicio de*



*transporte se brinda de conformidad con las condiciones establecidas en los respectivos títulos habilitantes y con la programación general y supervisión establecidas por el Centro de Control de acuerdo a los parámetros de calidad y desempeño establecidos por PROTRANSPORTE y en las normas técnicas y/o los contratos de concesión."*

107. Agrega que en virtud a dicha Ordenanza, PROTRANSPORTE no puede unilateralmente disminuir el número de kilómetros a recorrer por cada unidad del COSAC I, teniendo únicamente en consideración el índice IPK y el interés de ACS. Por el contrario, afirma que PROTRANSPORTE debe velar por la calidad del servicio, manteniendo estándares de rapidez, fluidez y prontitud en función a los pasajeros, teniendo en especial consideración que se trata de un servicio de transporte público de pasajeros.
108. Luego de analizar los argumentos expuestos por las partes, el Tribunal Arbitral considera, de acuerdo con las normas anteriormente referidas, que PROTRANSPORTE es la entidad responsable de administrar la programación de las operaciones del Servicio de Transporte de Pasajeros. No obstante, el hecho de que PROTRANSPORTE haya mantenido una sobre oferta, pese a que existía una baja demanda del servicio de transporte público del COSAC, no significa que la mencionada entidad haya realizado una errónea programación operacional y que ello implique que sea responsable por ella y por los costos que tal decisión habría generado.
109. En efecto, este Tribunal Arbitral considera que la afirmación vertida por PROTRANSPORTE en el sentido que el Contrato de Concesión no contiene una garantía de demanda, es correcta, pues ACS no ha logrado acreditar que exista una garantía mínima de demanda establecida en el Contrato de Concesión, siendo que toda mención al IPK contractual se indica como estimación referencial. Además, el servicio de transporte público, debía realizarse garantizando los parámetros de calidad y desempeño establecidos, conforme se indica en el artículo 27° de la Ordenanza No. 873 por lo que las programaciones operaciones deben ceñirse a ello. Bajo esta premisa, es obligación de PROTRANSPORTE mantener tales estándares, incluso cuando la demanda del servicio disminuye, con la finalidad de no afectar las condiciones esenciales del servicio. Por ello, este Tribunal entiende que la programación operacional efectuada por PROTRANSPORTE no constituye necesariamente un incumplimiento contractual, en tanto en el contrato no se encuentra acordado que la única variable de la cual dependa la oferta de kilómetros recorridos sea la demanda del servicio de transporte.
110. Siguiendo el mismo análisis, aun en el supuesto que se considere como una obligación de PROTRANSPORTE y de la MML no variar el IPK en +/- 1% mensual, se ha acreditado en autos que tal variación no se ha producido. En efecto, si bien el IPK mensual se ha encontrado por debajo de los valores indicados en el Contrato de Concesión, éstos no han mostrado una variación de +/- 1% a lo largo del período 2015 materia de análisis.

Así ha sido expresamente reconocido por el perito Italo Muñoz en el minuto 54 de su exposición en la audiencia de actuación de pruebas del 15.11.18, respondiendo a una repregunta del abogado de PROTRANSPORTE.

En efecto, recurriendo a la lámina No. 7 de la presentación del perito, el abogado de PROTRANSPORTE repreguntó: *"respecto del ejercicio 2015 ¿hay una variación superior al 1%?"*

El perito respondió: *"En ese año uno no ve que haya una variación del 1% (...) "*, agregando luego *"no; no la veo"*.

**111. En virtud a lo expuesto, con relación al incumplimiento de mantener el IPK contractual alegado por ACS, el Tribunal Arbitral concluye que no existe una obligación determinada en el Contrato de Concesión -o ninguna otra norma o acuerdo entre las partes- que establezca la obligación de PROTRANSPORTE o la MML de mantener una garantía mínima de demanda o máxima de kilómetros recorridos en el COSAC I. Por ende, no puede alegarse incumplimiento porque no se haya llegado a los valores referenciales pactados contractualmente.**

#### **CONCLUSIÓN RESPECTO DE LOS ALEGADOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES**

112. La pretensión principal de ACS tiene como fundamento el derecho del acreedor de una obligación de reclamar el resarcimiento frente a la inejecución de tal obligación contractual, o al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de ésta, conforme lo establece el artículo 1321 del Código Civil y al inciso 3) del artículo 1219 de dicha norma.

113. En el presente caso, ACS ha solicitado el resarcimiento de los daños ocasionados por los incumplimientos alegados únicamente en la modalidad específica del daño denominada "pérdida de chance".

114. Este tipo de daño -como parte del concepto de daño emergente- es estudiado en la doctrina nacional por el fallecido jurista Felipe Osterling Parodi, quien en trabajo conjunto realizado con Alfonso Rebaza y citando a Peyrano sostienen:

*"la pérdida de oportunidad o pérdida de la chance, como se le denomina en la doctrina comparada, intenta reparar el agravio que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad -todavía no certidumbre- de obtener cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. Ello determina que se haya privado al sujeto agraviado de ejercer las posibilidades que tenía de obtener un beneficio patrimonial o de evitar su menoscabo, que, aunque futuro, no por ello puede desestimarse su obtención. La pérdida de chance, entonces podría ser calificada como un daño emergente actual o*



*presente; siendo daño emergente en la medida que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que se había incorporado a su patrimonio (...) En ese sentido, la pérdida de chance no puede ser un daño futuro, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la chance misma".<sup>4</sup>*

Luis Moisset de Espanés, Guillermo Tinti y Maximiliano Calderón afirman que la pérdida de chance es "aquel daño cuya característica es ser más que una posibilidad pero menos que una certeza".<sup>5</sup>

Agregan que "Evaluar una pérdida de chance constituye una tarea espinosa toda vez que no se trata con ella de resarcir la pérdida efectiva (certeza absoluta) o la "seria probabilidad" de pérdida efectiva (certeza relativa) de ganancias materiales, sino de la "oportunidad" de obtener esos beneficios" <sup>6</sup>

115. El Tribunal Arbitral considera que la pretensión de resarcimiento por pérdida de chance es amparable en los términos expuestos en la demanda:

- a. Porque se ha acreditado el cumplimiento parcial de la obligación contractual de racionalización de las rutas contraída por PROTRANSPORTE y la MML.
- b. Porque existe relación de causalidad próxima no absoluta entre dicho cumplimiento parcial de la obligación contractual y la previsible expectativa de oportunidad de negocio, de haber existido una mayor demanda de pasajeros por la eventual disminución de la competencia en rutas paralelas. Por tanto, se ha acreditado que dicho incumplimiento afectó la expectativa de negocio sobre la que ACS formuló su oferta y realizó sus previsiones de inversión.

116. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera que debe ampararse la **pretensión de indemnización por pérdida de chance** que afecta el interés privado de ACS, matizada por las distorsiones del perfil del proyecto y el interés público a la movilidad urbana de responsabilidad de ACS.

### CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO ECONÓMICO

117. ACS cuantifica el monto de la indemnización reclamada en S/ 21'688,343.00, cifra sustentada en el Informe Económico Financiero elaborado por Alonso & Muñoz.

<sup>4</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZALES, Alonso. **La Equidad y su Función Cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza**. A propósito del artículo 1332 del Código Civil.

<sup>5</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis; TINTI Guillermo y CALDERON Maximiliano. **Daño Emergente y Lucro Cesante**. Versión electrónica <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante>, revisado el 18.01.19

<sup>6</sup> Ibidem

118. Dicho Informe Pericial ha sido oportunamente admitido, se ha sometido a evaluación de la parte contraria, expuesto en la Audiencia de Sustentación de Pericias de fecha 15 de noviembre de 2018 y es valorado por el Tribunal Arbitral al emitir el presente laudo, tomando en cuenta los demás argumentos expuestos por ACS e interpretando de forma conjunta los medios probatorios actuados en el presente proceso arbitral.
119. Antes de cuantificar el monto de la indemnización a ser otorgada, corresponde disgregar el monto de la indemnización reclamada por ACS en el presente proceso arbitral.

En ese sentido, de acuerdo a lo expresado en el Cuadro No. 16 de la Pericia Económico Financiera elaborada por Alonso & Muñoz, se ha sostenido que, producto del primer y segundo incumplimiento imputado -Conclusión del Tramo Ampliación Norte y Racionalización del Servicio de Transporte Público-, se habría generado un daño ascendente a S/ 11'717,668.00 (Once Millones Setecientos Diecisiete Mil Seiscientos Sesenta y Ocho y 00/100 Soles), mientras que como consecuencia del tercer incumplimiento imputado -Mantenimiento del IPKs del Contrato de Concesión-, el daño ascendería a S/ 9'970,674.00 (Nueve Millones Novecientos Setenta Mil Seiscientos Setenta y Cuatro y 00/100 Soles).

120. Conforme ha sido expuesto en los considerandos precedentes, de los tres incumplimientos imputados a PROTRANSPORTE y la MML por parte de ACS, este Tribunal Arbitral ha desestimado i) la Conclusión del Tramo Ampliación Norte, y; ii) Mantenimiento del IPKs del Contrato de Concesión, amparando únicamente el **incumplimiento parcial** de la obligación de Racionalización del servicio de transporte público.

En ese sentido, de los S/ 21'688,343.00, conforme lo analizado y determinado por el Tribunal, de forma certera no corresponden S/. 9'970,674.00 (el daño alegado por el incumplimiento de los IPKs).

*PD Am Norte + Racional.*

121. Con relación a los S/ 11'717,668.00 restantes, este Tribunal Arbitral considera que las cifras expuestas por ACS en las pericias aportadas al presente proceso arbitral, resultan acordes con los actuados, por lo que continuará su análisis en base a tales cifras aportadas por ACS.

En ese sentido, ACS ha indicado en el Cuadro No. 9 del Informe Económico Financiero elaborado por Alonso & Muñoz, que la demanda adicional del COSAC I por la Ruta Troncal del Tramo Norte Ampliado en el año 2015, habría sido de 72,684 pasajeros. Esta cifra constituye el 11.8 % de la estimada demanda total de pasajeros expuesta por ACS en el mismo cuadro (615,380). Por tanto, siendo que este Tribunal no ha amparado el incumplimiento contractual referido a la implementación del tramo Ampliación Norte, corresponde disminuir el monto indicado (S/. 11'717,668) en un 11.8 %, es decir, S/. 1'382,685. Queda así un monto por analizar de S/ 10'334,983.



122. Ahora bien, conforme ha sido expuesto en los considerandos precedentes cuando se analizó la racionalización de la oferta de transporte público, PROTRANSPORTE y la MML no han incumplido su obligación de racionalización de oferta de transporte público en su totalidad, o dicho de otra manera la han cumplido en parte, dado que si bien han llevado a cabo una serie de actos administrativos con la finalidad de reducir las rutas cuyo paralelismo es mayor o igual al 30% del recorrido troncal del COSAC I, ello no ha sido suficiente para cumplir el deber de racionalización contractualmente pactado.
123. Como se ha señalado, la modalidad de daño que se ha demandado y que es recogida por este Tribunal es la pérdida de chance o pérdida de oportunidad. Citando nuevamente a Osterling y Rebaza<sup>7</sup>, corresponde al Tribunal Arbitral *"evaluar el valor económico que hubiese tenido dicha oportunidad a efectos de asignarle un valor discrecional. La indemnización, entonces, nunca podrá ser igual al monto que estaba sometido al alea propio de la chance, sino conforme a la pérdida efectiva de la oportunidad de intervenir en ella, la misma que deberá ser apreciada y juzgada por el órgano jurisdiccional correspondiente de acuerdo a las calidades del sujeto frustrado"*.
124. Con el mismo razonamiento, Bustamante Alsina<sup>13</sup> sostiene que *"la indemnización deberá ser de la chance misma, y no de la ganancia, por lo que aquélla deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad"*.
125. El Tribunal estima que para la determinación de la cuantía de dicho monto indemnizatorio resulta de aplicación el artículo 1332 del Código Civil, el cual señala que *"si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"*.
126. Ejerciendo la potestad de valoración equitativa otorgada por Ley, este Tribunal señala que la pérdida de oportunidad puede calcularse en función a la probabilidad que la estimación expuesta por ACS en el presente proceso arbitral se cumpla, no únicamente en función del monto consignado como daño, sino a la probabilidad misma de la ocurrencia de los hechos expuestos durante el período materia de análisis.
127. Por tanto, el Tribunal Arbitral estima, con criterio equitativo y de conciencia, que la probabilidad de ACS de lograr las cifras estimadas en el 2015 como consecuencia de haberse racionalizado la oferta de transporte público era de 50%, porque efectivamente si bien existe el análisis que señala que ello era lo que debía ocurrir y es lo que se ha sostenido en el arbitraje, no existe certeza que ello sea cierto. En efecto, también que es posible que ACS no hubiera logrado las cifras indicadas o incluso pudiera darse el caso que no logre incremento alguno. Como se está analizando una posibilidad o una "chance",

---

<sup>7</sup> Ídem, pg. 9

el Tribunal considera que si era posible lograrlo, pero al no tener certeza absoluta, le asigna un 50% a la probabilidad.

Es decir, el Tribunal Arbitral realiza esa estimación, teniendo en especial consideración las pericias aportadas a este proceso y la oportunidad de la accionante de lograr un crecimiento en su demanda ; pero también los actos llevados a cabo por PROTRANSPORTE y la MML durante el período 2015 demandado.

128. Se deja constancia que, la chance no puede corresponder a la totalidad de la alegada afectación, puesto que, conforme se ha indicado, el daño que se resarce es la "pérdida de la oportunidad", es decir, la probabilidad de la ocurrencia del hecho alegado y no la certeza de su ocurrencia.
129. Ahora bien, corresponde estimar el quantum o cuantía de la indemnización por el incumplimiento parcial de la obligación de racionalización de la oferta de transporte público a cargo de PROTRANSPORTE y la MML.
130. Para sustentar el razonamiento del Tribunal, se invoca la tesis expuesta por profesor Juan Espinoza Espinoza, en su obra Derecho de la Responsabilidad Civil<sup>8</sup>.

El citado jurista sostiene:

*"¿Qué quiere decir que **el resarcimiento por inejecución de la obligación comprende el daño emergente**, así como el lucro cesante (y el daño moral, de acuerdo al art. 1322 c.c.) **"en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución"**?"*

*Reitero que es necesario distinguir, dentro de la causalidad, dos aspectos:*

- a) La relación de causalidad, que vincula el supuesto ilícito al daño causado, vale decir, como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho).*
- b) La **determinación del quantum resarcitorio, que fija los límites de los montos por los daños ocasionados** (causalidad jurídica).*

*(...)*

*En suma: propongo una interpretación del segundo párrafo del art. 1321 c.c. que, más allá de su literalidad, se entienda que no regula el aspecto de la relación de causalidad, sino **el límite del quantum resarcitorio (causalidad jurídica)**, el cual, incluso, no debe ser interpretado ad pedem literae."*

<sup>8</sup> ESPINOZA, Ibidem, pg. 213



131. Coincidiendo con lo expuesto por Espinoza Espinoza, este Tribunal considera que la causalidad jurídica expuesta en el presente proceso debe fijar el límite de la cuantía indemnizatoria a favor de la accionante.

132. Así, el cuadro No. 6 del Informe Económico Financiero en mención, establece que el impacto de la demanda diaria por no haberse racionalizado la oferta del transporte público equivale a 112,553 pasajeros adicionales por día.

No obstante, a juicio de este Tribunal, existen diversas causas no contemplados en el cálculo objetivo realizado tanto por Andina Technology Partners S.A.C., como por Alonso & Muñoz, por las cuales, a pesar de la racionalización de la oferta del transporte público, ACS pudo no tener la demanda esperada en el COSAC I. Entre tales causas existen factores de seguridad, demora por colas presentadas en el COSAC I, posibilidad de los pasajeros de llegar hasta su destino final en transportes públicos alternativos y los costos asociados a tener que tomar más de un vehículo, etc.

No obstante, ello, considerando los estudios efectuados y los medios probatorios valorados, es posible inferir que una de las principales causas que pudo generar la menor afluencia de usuarios en el año 2015 en el Sistema COSAC I, pudo haber sido el incumplimiento parcial de la obligación de racionalización de la oferta de transporte público superpuesta a la ruta troncal; sin desconocer la importancia de la incidencia de las otras concausas que no son atribuibles a la MML.

133. En tal sentido, la causalidad jurídica expuesta nos lleva a establecer un límite en el quantum resarcitorio equivalente al 40% del daño alegado, considerando que las demás causas pueden haber contribuido - en menor medida consideradas individualmente - a la producción del resultado conocido.

134. En razón a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral arriba a las siguientes conclusiones:

- a) La probabilidad de ACS de lograr un mayor ingreso de S/. 10'334,983 como consecuencia de haberse racionalizado la oferta de transporte público era de 50%; es decir, hay una pérdida de chance cuantificable en S/. 5'167,491.50.
- b) El incumplimiento parcial de la obligación de racionalización de la oferta de transporte público a cargo de PROTRANSPORTE y la MML conforme el análisis del Tribunal constituye el 40% de la causa del daño reclamado por ACS en el período 2015; es decir, S/. 2'066,996.60 Por lo tanto, este el daño a resarcir.

#### **PAGO DE INTERESES**

135. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil, las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva, desde el día en que el deudor incurre en mora.

136. En el presente caso, se deberá considerar el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, correspondiendo calcularse el interés legal respecto del monto indemnizatorio reconocido en el presente laudo.

### **COSTAS Y COSTOS**

137. Habiéndose considerado que solo una de las imputaciones ha resultado amparable y que dos de ellas deben desestimarse, se aprecia que han existido razones suficientes para litigar, por lo que resulta justo que cada parte asuma los costos y costas que le corresponden.
138. En tal sentido el tribunal determina que los costos arbitrales son S/. 253 675.72 más IGV en honorarios del Tribunal Arbitral y S/. 101 654.46 más IGV en gastos administrativos los que deben ser asumido en un 50% por cada parte. Los costos y gastos de defensa, deben ser asumidos únicamente por la parte a la que se corresponde.

Habiendo cancelado el integro de los gastos arbitrales ACS, corresponde que PROTRANSPORTE y la MML le reembolsen el 50%.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Arbitral LAUDA:

**PRIMERO:** Declarando **INFUNDADA** la Excepción de Cosa Juzgada deducida por la MML

**SEGUNDO :** Declarando **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, **DECLARA** que PROTRANSPORTE y la MML han incumplido parcialmente con su obligación contractual de racionalizar en el año 2015 la oferta de transporte público de pasajeros en rutas que se superponen en más de 30% con el COSAC I y **DECLARA** que no ha existido incumplimiento contractual en el año 2015 respecto de completar la infraestructura del tramo Ampliación Norte y respecto del mantenimiento del Índice de Pasajeros por Kilómetro (IPK).

**TERCERO:** Declarando **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal y en consecuencia, ordena que PROTRANSPORTE y la MML paguen en forma solidaria a ACS la suma de **Dos Millones sesentiseis mil novecientos noventiseis y 60/100 soles (S/. 2'066,996.60)** por concepto de indemnización por daño emergente derivado de la pérdida de chance.

**CUARTO:** Declarando **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio y en consecuencia, ordena a PROTRANSPORTE y la MML que paguen en forma solidaria a ACS los intereses legales que derivan de la suma por indemnizar a que se refiere el punto resolutivo segundo, los mismos que se computarán desde la petición de arbitraje hasta la fecha en que se cancele la indemnización que se ordena pagar y que liquidaran en ejecución del presente laudo.



**QUINTO:** Declarando **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio y en consecuencia, **DISPONE** que cada una de las partes asuma el 50% de los costos y costas arbitrales y cada parte asuma el íntegro de los costos y gastos de su propia defensa.



**LOURDES FLORES NANO**  
Presidente



**MANUEL DIEGO ARAMBURÚ IZAGA**  
Árbitro



**EDGARDO MERCADO NEUMANN**  
Árbitro

**Caso Arbitral N° 0177-2017-CCL**

**Resolución N° 34**



2019 ABR 4 PM 4 44

Lima, 3 de abril de 2019.

**VISTOS:**

RECIBIDO  
NO ES SEÑAL DE  
CONFORMIDAD

El escrito presentado por el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima (en adelante, "PROTRANSPORTE") el 13 de febrero de 2019, mediante el cual solicita la rectificación e interpretación del Laudo Arbitral;

El escrito presentado por la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la "MLM") el 15 de febrero de 2019, mediante el cual solicita rectificación, aclaración (interpretación) y exclusión del Laudo Arbitral;

El escrito presentado por ACS Solutions Perú SA (en adelante "ACS") el 15 de febrero de 2019, mediante el cual solicita interpretación del Laudo Arbitral.

El escrito presentado por PROTRANSPORTE el 14 de marzo de 2019, mediante el cual absuelve el traslado del pedido de interpretación del Laudo Arbitral formulado por ACS;

**CONSIDERANDO:**

1. Mediante Laudo Arbitral de fecha 12 de enero de 2019, presentado ante el Centro de Arbitraje el 15 de enero de 2019, el Tribunal Arbitral resolvió la controversia en los siguientes términos:

**PRIMERO:** Declarando **INFUNDADA** la Excepción de Cosa Juzgada deducida por la MML

**SEGUNDO:** Declarando **FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, **DECLARA** que PROTRANSPORTE y la MML han incumplido parcialmente con su obligación contractual de racionalizar en el año 2015 la oferta de transporte público de pasajeros en rutas que se superponen en más de 30% con el COSAC I y **DECLARA** que no ha existido incumplimiento contractual en el año 2015 respecto de completar la infraestructura del tramo Ampliación Norte y respecto del mantenimiento del Índice de Pasajeros por Kilómetro (IPK).

**TERCERO:** Declarando **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal y en consecuencia, ordena que PROTRANSPORTE y la MML paguen en forma solidaria a ACS la suma de dos millones sesentiseis mil novecientos noventa y seis y 60/100 soles (S/. 2'066,996.60) por concepto de indemnización por daño emergente derivado de la pérdida de chance.



**CUARTO:** Declarando **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio y en consecuencia, ordena a PROTRANSPORTE y la MML que paguen en forma solidaria a ACS los intereses legales que derivan de la suma por indemnizar a que se refiere el punto resolutorio segundo, los mismos que se computarán desde la petición de arbitraje hasta la fecha en que se cancele la indemnización que se ordena pagar y que liquidaran en ejecución del presente laudo.

**QUINTO:** Declarando **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio y en consecuencia, **DISPONE** que cada una de las partes asuma el 50% de los costos y costas arbitrales y cada parte asuma el íntegro de los costos y gastos de su propia defensa.

2. Mediante escrito presentado el 13 de febrero de 2019, dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles de notificado el Laudo Arbitral, PROTRANSPORTE formuló recurso de rectificación e interpretación del Laudo Arbitral.
3. Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2019, dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles de notificado el Laudo Arbitral, la MLM formuló recurso de rectificación, aclaración (interpretación) y exclusión del Laudo Arbitral.
4. Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2019, dentro del plazo de 10 (diez) días hábiles de notificado el Laudo Arbitral, ACS formuló recurso de interpretación del Laudo Arbitral.
5. Mediante resolución N° 32 de fecha 25 de febrero de 2019, el Tribunal Arbitral corrió traslado de las solicitudes contra el laudo presentadas a sus respectivas contrarias, para que en un plazo de diez (10) días hábiles, manifiesten lo correspondiente a su derecho.
6. Mediante escrito presentado el 14 de marzo de 2019, PROTRANSPORTE absuelve el traslado del pedido de interpretación del Laudo Arbitral formulado por ACS, manifestando que lo que ACS pretende, en el fondo, es demandar que el Tribunal tome elementos de prueba que fueron presentados y actuados en otro proceso arbitral para lograr una fórmula indemnizatoria distinta a la alcanzada en el presente expediente; y revalore la prueba actuada.

**SOBRE LOS ALCANCES JURIDICOS DE LOS PEDIDOS DE RECTIFICACION, INTERPRETACION Y EXCLUSION DE LAUDO**

7. Para realizar el análisis de los pedidos de rectificación, interpretación y exclusión de laudo presentados por las partes contra el Laudo Arbitral, el Tribunal pertinente delimitar brevemente los alcances jurídicos de los referidos pedidos.

**Rectificación Del Laudo**

8. El inciso 1.a) del Artículo 58° del Decreto Legislativo 1071, Ley que Norma el Arbitraje, establece que la solicitud de rectificación procede cuando una de las partes considera que existe algún error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
9. En tal sentido, tenemos que el pedido de rectificación procede cuando en el laudo hay algún error material incurrido en la redacción del mismo que pueda subsanarse, o por ejemplo en la sumatoria de lo ordenado, sin que se altere el sentido de la decisión.
10. En este mismo sentido, el diccionario de la Real Academia Española refiere que esta figura *"se usa cuando, después de dicha una palabra o cláusula, se dice otra para corregir lo precedente y explicar mejor el concepto"*.
11. En relación a dicho recurso, la doctrina establece que: *"(...) con la rectificación del laudo, no cabe la modificación de la decisión en cuanto al fondo de la misma, únicamente cabe, como hemos dicho, corregir algún error formal o material"*<sup>1</sup>; en tal sentido, *"La rectificación de laudo arbitral, por tanto, no resultará procedente si mediante su planteamiento se le solicita al tribunal arbitral – directa o indirectamente – que rectifique su análisis, que aprecie nuevamente los hechos o las pruebas porque a decir de la parte que la solicita ha cometido un error que debe ser rectificado, o que aplique una ley diferente"*.
12. Como puede apreciarse, la rectificación tiene por objeto corregir cualquier error meramente formal, sin el que el mismo tenga que ver con lo resuelto en relación al fondo de la controversia.
13. Manuel Diego Aramburú<sup>2</sup> señala al referirse en relación al mismo: *"Es importante considerar que con la rectificación del laudo, no cabe la decisión en cuanto al fondo de la misma, únicamente cabe, como hemos dicho, corregir algún error formal o material. La rectificación del laudo arbitral, por tanto, no resultará procedente si mediante su planteamiento se le solicita al tribunal arbitral –directa o indirectamente- que rectifique su análisis, que aprecie nuevamente los hechos o las pruebas porque a decir de la parte que solicita ha cometido un error que debe ser rectificado, o que aplique una ley diferente"*.
14. En tal sentido, el pedido de rectificación busca corregir un posible error que ha sido omitido en los extremos resolutivos del Laudo - no pretendiendo con ello, cuestionar el fondo del mismo.

---

<sup>1</sup> SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo.  
"Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje" Editorial: Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición: Enero de 2011. pp. 663

<sup>2</sup> ARAMBURÚ, Manuel Diego. Comentarios a la Ley de Arbitraje. pp 663.



### Interpretación de Laudo:

15. De acuerdo con el inciso 1.b) del Artículo 58° del Decreto Legislativo N° 1071<sup>3</sup>, que norma el arbitraje, corresponde a los árbitros interpretar el Laudo cuando las partes así lo soliciten.
16. La aclaración o interpretación tiene por objeto solicitar al Árbitro que esclarezca aquellos extremos de la parte resolutive del Laudo que resulten oscuros o que aparezcan dudosos, o aquellas partes del razonamiento lógico del Árbitro que también por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en el entendimiento de aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.
17. Por tanto, lo único que procede aclarar o interpretar, de acuerdo con la Ley de Arbitraje, es la parte resolutive del laudo (parte decisoria) y, sólo como excepción, la parte considerativa o analítica en cuanto influya en ella a los efectos de su correcta ejecución. Sin duda, para hacer esto último, el pedido debe fundamentar cómo es que se produce esa influencia en la parte resolutive.
18. Mediante una solicitud de interpretación o aclaración, no se puede solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Árbitro. En otras palabras, a través de la solicitud de interpretación no puede pretenderse plantear una apelación encubierta. Todo lo contrario, lo que se pretende con dicha solicitud es que el Laudo pueda ser ejecutado correctamente, en el verdadero sentido que los árbitros quisieron.
19. Si bien la Ley de Arbitraje no señala expresamente cuáles son los alcances de la interpretación, si lo hace el artículo 406° del Código Procesal Civil, y si bien no necesariamente resulta aplicable al arbitraje, a modo de ilustración el Tribunal Arbitral estima adecuado considerar: *"El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificarlas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión (...)"*.
20. HINOJOSA SEGOVIA señala que: *"Debe descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo*

<sup>3</sup> "Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

(...)

b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución" (énfasis agregado).

que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia”<sup>4</sup>.

21. CRAIG, PARK y PAULSSON indican: “El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Ésta no puede ser usada para requerir al Árbitro que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Árbitro reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte, el Árbitro tendría fundamentos de sobra en encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la «interpretación» requerida<sup>5</sup> (subrayado nuestro).
22. De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan señalan: “Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra “interpretación” por “aclaración” o “explicación”. Sin embargo, la versión final de las Reglas se mantuvo el término “interpretación”. La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término “interpretación” tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. **El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o elaborar sobre las razones del laudo**”<sup>6</sup> (énfasis agregado).
23. Finalmente, Aramburú Yzaga señala: “Contra el laudo arbitral también cabe interponer la solicitud de interpretación, la cual deberá ser resuelta por el tribunal arbitral. (...) Es pues, mediante la interpretación del laudo que el tribunal puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección del laudo **la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto. Es decir, al**

<sup>4</sup> HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, 1991, pp. 336 y 337.

<sup>5</sup> Traducción libre del siguiente texto: “The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested «interpretation»”. W. LAURENCE CRAIG, WILLIAM W. PARK & JAN PAULSSON. “International Chamber of Commerce Arbitration”. Oceana Publications Inc., 3ra. Ed., 2000, p. 408.

<sup>6</sup> Traducción libre del siguiente texto: “During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word ‘interpretation’ with ‘clarification’ or ‘explanation’. However in the final version of the Rules ‘interpretation’ was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term ‘interpretation’ was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify ‘the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties’ but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award”. David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN. Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law. En: International Arbitration Law Review, Vol. 4, No. 4, 2001, p. 121.



igual que la rectificación, la interpretación no puede utilizarse como una apelación encubierta<sup>7</sup> (énfasis agregado).

24. En este sentido, la solicitud de interpretación no podrá buscar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Árbitro, ni tener, por ende, una naturaleza impugnatoria propia de los recursos o apelaciones. De lo contrario se lograría por la vía indirecta lo que no se puede por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.
25. Por ello, sólo se puede interpretar la parte decisoria de las resoluciones o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo laudado. Atendiendo a ello, cualquier solicitud de "interpretación" o "aclaración" de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo, encubriendo en realidad una pretensión impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, resulta evidentemente improcedente, y como tal debe de ser desestimada.

### **Exclusión Del Laudo**

26. Respecto al recurso de exclusión, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 1.d) del Artículo 58 de la Ley de Arbitraje, corresponde a los árbitros interpretar el Laudo cuando las partes así lo soliciten, con el propósito de solicitar que se excluya o retire del laudo algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
27. Así, en el arbitraje, la exclusión tiene por objeto solicitar al Tribunal o Árbitro Único que excluya de su pronunciamiento aquellos extremos que no han sido sometidos a su conocimiento y decisión.
28. Este recurso implica "la exclusión sobre extremos del laudo que no formen parte de las materias sometidas a conocimiento del Tribunal Arbitral (...) permite a los árbitros sanear cualquier extremo en el que se hayan pronunciado más allá de su competencia, siempre que la parte o las partes así lo soliciten. (...) A través de la exclusión, los miembros del tribunal arbitral podrían variar implícitamente el sentido del laudo y sustraer de su contenido algunas consideraciones y/o disposiciones que formaban parte de él. (...) El propósito no es que se varíe el sentido del laudo, sino que simplemente se perfeccione el mismo a través de estas vías."<sup>8</sup> (Énfasis agregado). Tiene por finalidad "(...) corregir algún exceso que pudiera haber cometido el tribunal

<sup>7</sup> ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. En: Comentario a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima, 2011, p. 664.

<sup>8</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Volumen 7. Lima: Palestra Editores. 2009, p. 235.

arbitral, y de este modo permite que sea el propio tribunal arbitral quien elimine, retire o excluya del laudo aquello resuelto que no fue solicitado por las partes, de modo tal que se corrija así un laudo que podría ser anulado total o parcialmente por ser extra petita o ultra petita.”<sup>9</sup>

29. En tal sentido, a través del recurso de exclusión no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral; sino, exclusivamente que el mismo excluya de su pronunciamiento aquel extremo que no fue puesto en controversia por las partes, pues hacerlo importará que el mismo no proceda.

### **SOBRE EL PEDIDO DE RECTIFICACIÓN DEL LAUDO DE PROTRANSPORTE**

30. El artículo 58°, numeral 1, acápite a) de la Ley de Arbitraje, así como el artículo 59°, numeral 1, acápite a) del Reglamento del Centro, establecen que cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar del laudo arbitral.
31. En su recurso de rectificación, PROTRANSPORTE ha solicitado rectificar el numeral 55 de la página 14 del Laudo Arbitral en cuanto se señala que ACS ha calculado el monto del resarcimiento a través de las pericias presentadas en la suma total de **US \$ 21'668,343** (veintiún millones seiscientos ochenta y ocho mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 **dólares americanos**), cuando la cifra debió consignarse en moneda nacional (soles), como se señala en el punto 117 del mismo Laudo.
32. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte que, en efecto, en el acápite 55, página 14 del Laudo, se ha incurrido en un error tipográfico al hacerse referencia a dólares en lugar de soles.
33. Conforme a lo expuesto, se declara FUNDADO EL RECURSO DE RECTIFICACIÓN de PROTRANSPORTE y consecuentemente, se rectifica el numeral 55 de la página 14 del Laudo Arbitral en los términos expuestos en los fundamentos anteriores:

Dice: “la suma total de **US\$ 21'668,343** (veintiún millones seiscientos ochenta y ocho mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 **dólares americanos**).”

Debe decir: “la suma total de **S/. 21'668,343** (veintiún millones seiscientos ochenta y ocho mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 **soles**).”

### **SOBRE EL PEDIDO DE INTERPRETACION DEL LAUDO DE PROTRANSPORTE**

<sup>9</sup> ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. “Comentario al artículo 58° de la Ley de Arbitraje”. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones. 2011, p. 668.



34. PROTRANSPORTE considera que hay una contradicción entre lo expuesto por el Tribunal Arbitral en los puntos 82 y 83 del Laudo y las conclusiones a las que se arriba en los literales c y d del punto 88, toda vez que el mismo Tribunal Arbitral ha señalado en el punto 82 que, la sola existencia de empresas de transporte público que mantengan su ruta, con posterioridad a la vigencia del plazo establecido en la Octava Adenda, no puede entenderse como un incumplimiento de la obligación de racionalizar.
35. Agrega que hay una manifiesta oscuridad en lo expuesto en los literales c y d del punto 88, pues si en el Informe No. 056-2016 la MLM precisa y acredita que no existe en 50 rutas priorizadas una superposición mayor al 20%, no resulta explicable cómo el Tribunal Arbitral concluye que no existe un cumplimiento total de la obligación contractual de racionalizar la oferta de transporte público en las zonas aledañas al COSAC I.
36. El Tribunal Arbitral considera que no hay contradicción alguna entre lo expuesto por el Laudo en los numerales 82 y 83 y las conclusiones señaladas en los literales c y d del numeral 88.

En dichos numerales se señaló lo siguiente:

82. *En tal sentido, en mérito al Estudio de Racionalización, se desprende que habría rutas que serían eliminadas, otras cuyo trazo sería modificado y otras que previsiblemente se mantendrían en su trazo vigente. De ello se colige que la sola existencia de empresas de transporte público que mantengan su ruta con posterioridad a la vigencia del plazo establecido en la Octava Adenda, no puede entenderse como un incumplimiento a la obligación de racionalizar.*

*En otras palabras, en la ruta troncal del COSAC I, la circulación debía ser exclusiva para los operadores autorizados; en cambio, dentro de los 400 metros aledaños, debía existir un proceso de ordenamiento, siendo que todo proceso importa un conjunto de eventos continuos y no un solo evento determinante e inmediato.*

83. *Lo señalado resulta coherente con lo normado por la Ordenanza No. 682, que contempló incluso la posibilidad de "otorgar concesiones, autorizaciones y permisos del Servicio Público de Transporte que se presente dentro de las áreas intangibles ocupadas por el Corredor Segregado (vías laterales y colaterales) y*

dentro de los 400 metros de distancia de cada lado de aquél, previa opinión favorable de PROTRANSPORTE". No obstante, en ese proceso debía procurarse racionalizar la oferta del servicio público, observando adicionalmente las condiciones mínimas de calidad y seguridad.

88. El Tribunal Arbitral considera que, si bien se ha acreditado que la MML tomó las medidas necesarias para racionalizar la oferta de transporte público en las zonas aledañas al COSAC I no puede dejarse de valor el Informe 058-2016/GTU-SETT-EYP, de fecha 29.2.16, por tratarse de un documento de evaluación realizado por la propia Gerencia de Transporte Urbano de la MML.
- b. Así, el informe transcrito constituye un expreso reconocimiento, por las consideraciones que se alegan (los problemas que se generarían respecto de la demanda), que el proceso de racionalización **no estuvo destinado a reducir la superposición por encima del 30%, contrariamente a lo pactado de forma expresa por las partes en la Octava Adenda.**
- c. El hecho que se constate que en 50 rutas priorizadas no hay una superposición mayor al 20%, revela un avance en el trabajo de racionalización, pero no un cumplimiento total de la obligación contractual.
37. Tampoco hay incoherencia alguna entre los literales c y d del numeral 88 arriba citados y el Informe No. 056-2016 al que el Tribunal se remite para sostener que ha existido un incumplimiento parcial del deber de racionalizar la oferta de transporte público en las zonas aledañas al COSAC I.
38. Más aún, el recurso de interpretación omite citar el expreso reconocimiento en el Informe No. 056-2016 que, la racionalización desarrollada no estaba destinada a reducir "la superposición por encima del 30%, contrariamente a lo pactado de forma expresa por las partes en la Octava Adenda."
39. La tesis que el Laudo Arbitral desarrolla y que es absolutamente coherente con los numerales antes transcritos, es el **INCUMPLIMIENTO PARCIAL.**
40. Así se ha señalado de manera expresa en el numeral 82 literales c y d y en el numeral 83.



82.c El hecho que se constate que en 50 rutas priorizadas no hay una superposición mayor al 20%, **revela un avance en el trabajo de racionalización, pero no un cumplimiento total de la obligación contractual.**

82.d Ocurre, sin embargo, que el compromiso expresamente establecido en la Octava Adenda del Contrato de Concesión fue el de reducir las 44 rutas que se superponían en más de 30% a la troncal del COSAC I.

83. Por ende, al existir un reconocimiento expreso por parte de la MML de los alcances de su labor de racionalización (en el informe analizado en los literales precedentes) y teniendo presente lo expuesto por PROTRANSPORTE en la audiencia de fecha 15.11.18, en cuanto a las omisiones en la labor de fiscalización, **se acredita que, en este extremo, sí existe un incumplimiento parcial de la obligación contractual a cargo de PROTRANSPORTE, en perjuicio de ACS.**

41. En atención a lo expuesto, no existe defecto de motivación ni contradicción o incongruencia en lo expuesto en los numerales transcritos. Por ello, el extremo del recurso que alude a la indebida motivación debe ser desestimado.
42. Se solicita, igualmente, aclaración en relación al Cuarto Punto resolutivo en cuanto, el numeral 136 del Laudo Arbitral señala que el cómputo de los intereses legales se generará desde la interposición de la demanda, siendo lo correcto que se indique el cómputo se calculará desde la petición de arbitraje.
43. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley de Arbitraje, el arbitraje se inicia con la petición ingresada al Centro de Arbitraje.
44. En tal virtud, el Tribunal Arbitral reconoce el error en el que se ha incurrido y específicamente la referencia al cómputo de intereses desde la interposición de la demanda. El inicio de dicho cómputo debe entenderse referido a la fecha de la petición arbitral.
45. En ese sentido, se declara FUNDADO EN PARTE el recurso de interpretación de PROTRANSPORTE y por ende se rectifica y aclara lo señalado en el numeral 136 del Laudo Arbitral, precisando que "(...) **se deberá considerar el interés legal desde la fecha de ingreso de la petición de arbitraje** (...) "

## **SOBRE EL PEDIDO DE RECTIFICACION, ACLARACION y EXCLUSION DEL LAUDO DE MLM**

46. La MML presenta dentro del plazo, una solicitud de “rectificación, aclaración y exclusión de Laudo “. El argumento central para estas diversas solicitudes es, sin embargo, único: la aplicación del Decreto Legislativo No 1012 invocada por el Tribunal Arbitral en el Laudo. Ello, según la MML, es un error que invalida el razonamiento contenido en el laudo, en especial el relativo a los criterios de “distribución de riesgos” y la aplicación del “Principio de la Asignación Adecuada de Riesgos”.
47. Analizando con mayor profundidad el escrito, se observa que la objeción de la MML se basa en realidad en una cuestión de hecho y otra de derecho, que respectivamente son a su criterio:
- La Concesión otorgada a ACS y que ha sido materia de controversia en el presente proceso, es fruto de una Iniciativa privada, lo que hace inaplicable el Decreto Legislativo 1012.
  - El Tribunal ha incurrido en un error de derecho al sustentar su decisión en el criterio de distribución de riesgos y en el principio de asignación adecuada de los mismos.
48. Entendida así su discrepancia con el Laudo, se puede observar que, a pesar de lo que da a entender la sumilla y el título del numeral II de su recurso, en realidad ni la propia MML cree que exista en verdad algún error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar que justifique una rectificación; o que se haya omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral; o, finalmente, que el Tribunal se haya pronunciado sobre extremos que no han sido sometidos a su conocimiento y decisión.
49. La MML considera que el laudo aplica una norma equivocada porque parte de un supuesto de hecho erróneo. Dicho esto, y antes de pasar a evaluar las tres solicitudes, el Tribunal considera conveniente abordar en forma previa estos elementos comunes que sirven de bases.

### **La Concesión otorgada a ACS NO es una Iniciativa Privada**

50. Como es de público conocimiento, los antecedentes del Corredor Segregado de Buses de Alta Capacidad I o COSAC I, se remontan al proyecto planificado y propuesto por el alcalde de Lima, Alberto Andrade Carmona (1996-2003). Su construcción se inició como obra pública en año 2006 y fue puesto en servicio el 28.07.10 durante la gestión del alcalde Luis Castañeda Lossio. Hoy el COSAC I forma parte del denominado Sistema Integrado de Transporte.



51. Según Informe de ESAN, la MML lanzó la iniciativa del Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana (de ahora en adelante SIT de Lima) para ordenar el tránsito vehicular en la ciudad. Este nuevo sistema propone operar corredores viales complementarios, corredores de integración y corredores de aproximación; eliminar la superposición de rutas; y disminuir el número de unidades mediante su reemplazo por buses patrón. También busca la formalización del sector, la reducción del tiempo promedio de viaje, la disminución de la congestión vehicular, la mejora de la productividad y la disminución de la contaminación ambiental<sup>10</sup>.
52. Como lo señala el Informe Defensorial N° 137, fue la Municipalidad Metropolitana de Lima la que decidió modificar el sistema de transporte urbano, mediante una iniciativa “que funciona sobre la base de buses rápidos de alta capacidad, los cuales operan con gas natural y en corredores segregados en una vía troncal, la cual será alimentada por buses convencionales en vías alimentadoras. El nuevo sistema de transporte ha sido denominado El Metropolitano”<sup>11</sup>.
53. Ahora bien, PROTRANSPORTE, en su escrito de Contestación de la Demanda, “Cuestión Previa I”, señala que a través de la emisión de la Ordenanza N° 1613 de fecha 26.06.12, la MLM dio inicio a la Reforma del Transporte Urbano, creando el Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana (SIT) y el Plan Regulador de Rutas, posibilitando así un servicio de transporte seguro, moderno, eficaz, eficiente y respetuoso del medio ambiente mediante el Sistema de Corredores Complementarios.
54. La Ordenanza a la que se refiere PROTRANSPORTE, esto es, la Ordenanza N° 1613 de fecha 26.06.12, señala en su artículo primero textualmente lo siguiente:

*“Artículo 1°. - Objeto*

*La presente Ordenanza tiene por objeto crear e instaurar el Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana (en adelante SIT), con el fin de mejorar la calidad de vida de la población y la movilidad urbana, a través de la implementación de servicios de transporte público accesibles, seguros, eficaces, eficientes y respetuosos con el ambiente.”*

55. El artículo quinto de la misma ordenanza referida en el párrafo que antecede, establece:

*Artículo 5°. - Componentes del SIT*

*5.1 Son componentes del SIT:*

<sup>10</sup> ESAN 2014. MENDIOLA, Alfredo; AGUIRRE, Carlos; AYALA, Edwin; BARBOZA, Walter; BERNAL, Christian; PINILLOS, Wenceslao. Análisis de la propuesta de concesión para el transporte público de Lima, Pág. 12.

<sup>11</sup> El Transporte Urbano en Lima Metropolitana: Un desafío en defensa de la vida. Informe Defensorial N° 137. Primera edición: Lima, Perú, noviembre de 2008. Página 67.

a) *El Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad (COSAC), regulado por la Ordenanza N° 873-Reglamento de Operación del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad, disposiciones complementarias y modificatorias.*

56. El artículo séptimo de la Ordenanza 1613, agrega que El SIT cuenta, a nivel de sus distintos componentes, con las siguientes unidades de gestión: transporte de pasajeros, **recaudo**, fideicomiso y centro de control (énfasis agregado). Específicamente con respecto al recaudo el artículo 7.1.2, especifica que el recaudo es aquella unidad encargada y responsable de la venta, recarga, distribución y validación de los medios de acceso del sistema, así como del manejo y custodia de los ingresos respectivos hasta su entrega al fiduciario.
57. Como se puede apreciar de lo expuesto, **el Sistema Integral de Transporte y la existencia de la operación de recaudo es claramente, el resultado de una iniciativa pública,** atribuible a la MLM.
58. Así lo reconoce ACS, cuando en su escrito N° 2 de demanda, numeral 4.4 (pág. 20) relativo a la Propuesta de ACS indican que “Las Condiciones del Proyecto COSAC I establecidos por la MLM, constituyeron la información base para la elaboración de las propuestas presentadas por los postores a las licitaciones convocadas por PROTRANSPORTE.”

Es más, a renglón seguido, ACS afirma:

“4.4.1 De La Propuesta Económica

En ese sentido, ACS formuló una Propuesta Económica a fin de que PROTRANSPORTE le adjudique el Contrato de Concesión de la Operación de Recaudo.

Esta Propuesta Económica fue validada y aprobada por PROTRANSPORTE y fue suscrita por las partes con el Contrato de Concesión de Recaudo, siendo ahora parte de este contrato.

(...)

Esta Propuesta Económica ratifica la información técnica que contiene la parte pertinente de los estudios técnicos y ambientales del COSAC I, así como el Memorando Informativo elaborado por Macroconsult S.A. y Booz Allen Hamilton Colombia y publicado por PROTRANSPORTE Versión 2, de noviembre de 2005, que hemos descrito en el Punto 4.1<sup>12</sup> de este escrito.”

<sup>12</sup> En el numeral 4.1 de su demanda ACS describe en efecto, el los Estudios del Grupo Consultor Getinsa – Táryet del 2003, el Memorando Informativo elaborado por Macroconsult S.A. y Booz Allen Hamilton, Colombia del 2005. Según reconoce ACS en este numeral de su escrito de demanda, estos estudios fueron realizados por encargo de la Municipalidad y publicados por PROTRANSPORTE en su página Web.



59. Es así como en las Bases de la Licitación que la propia MLM presenta como prueba en su escrito N° 1 de contestación de la demanda, presentado el 21.05.18, se corrobora la naturaleza pública de la iniciativa que origina la participación de ACS en el contrato que es materia de la presente controversia.

De esta manera, en las Bases integradas se lee lo siguiente:

1.1 Convocatoria

*El Instituto Metropolitano Protransporte de Lima ("Protransporte"), encargado de impulsar los procesos de promoción de la inversión privada para la operación de las unidades de gestión que componen el Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad I ("Sistema"), a través del Comité Especial ("Comité Especial"), convoca a la Licitación Pública (la "Licitación") para otorgar en concesión la operación de la unidad de recaudo del Sistema ("Unidad de Recaudo"), la que de manera integrada con los demás componentes del Sistema prestará el Servicio Público de Transporte Urbano de Pasajeros ("Servicio de Transporte de Pasajeros") en el COSAC I. La Licitación se regirá por lo establecido en las presentes Bases.*

60. Regresando al escrito de "rectificación, aclaración y exclusión de Laudo" presentado por la MLM, puede observarse que el supuesto de hecho en el que se sustenta, no sólo carece de prueba que lo acredite, sino que es incorrecto conforme, se desprende de lo actuado en el presente expediente.
61. Siguiendo este supuesto incorrecto, la MLM llega a sostener que es el propio Decreto Legislativo N° 1012 el que lo hace inaplicable a la presente controversia pues según la TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA *"Las iniciativas privadas que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo hayan sido declaradas de interés, **seguirán sujetas a las normas y disposiciones vigentes al momento de su presentación**"* (numeral 5° del escrito).
62. Respecto a este supuesto incorrecto, debemos destacar que el Laudo emitido no se sustenta en la TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA.
63. El Laudo se sustenta en el hecho que a la fecha de firma del contrato (14.05.09) ya se había promulgado y publicado el Decreto Legislativo 1012 (13.05.08) y su reglamento (08.12.08).

En todo caso, la norma aplicable Decreto Legislativo N° 1012 sería la PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA, según la cual, los *Títulos I, II y III del presente Decreto Legislativo entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación del Reglamento a que se refiere la primera disposición final de la presente norma. Las demás disposiciones entrarán en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente norma.*

El Tribunal **NO** ha incurrido en un error de derecho al sustentarse en el criterio de distribución de riesgos y en el Principio de Asignación adecuada de los mismos.

64. El segundo elemento común a las solicitudes es el supuesto error en el que habría incurrido el Tribunal al aplicar principios y criterios del régimen de asociaciones público-privadas.
65. Al respecto, más allá de la problemática de la aplicación de las normas en el tiempo, o de la aplicación de la Primera o la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1012, el Tribunal observa que además del cuestionamiento de hecho, hay uno de derecho, al sostener la MML que no resulta de aplicación el régimen de Asociaciones Público privadas.
66. Pero si descartamos el argumento de la iniciativa privada del fundamento para rechazar la aplicación del Decreto Legislativo No. 1012, el cuestionamiento de la MML radicaría en que ni las bases integradas ni el contrato consideran esta norma legal dentro de la base legal o, lo que sería más grave aún, que la concesión de recaudo no es en sí misma una asociación público privada.
67. El primer argumento queda descartado por lo que afirman las propias bases integradas y el contrato sobre la Base Legal, ya que ambos instrumentos incluyen expresamente en la base legal a "cualquier otra norma aplicable a la concesión, según sean modificadas, derogadas, sustituidas o interpretadas en el futuro.
68. Así, una respuesta rápida sería que el Decreto Legislativo N° 1012, dictado con posterioridad, forma parte de este supuesto, o del contenido en el numeral 1.1.4 de la cláusula primera de contrato que estipula que "cualquier referencia a Leyes aplicables deberá entenderse efectuada a las leyes y disposiciones mencionadas en la cláusula 1.4 de las Bases en lo referente a la Base Legal del contrato, así como a todas las regulaciones y reglamentos que sean emitidos por una autoridad Gubernamental, incluyendo normas complementarias, supletorias, modificatorias y reglamentarias.
69. Sin embargo, un análisis más específico y preciso, puede realizarse a partir de la referencia expresa que realizan ambos documentos a la Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada; y al Reglamento para la promoción de la Inversión privada, aprobado por la Ordenanza No. 867, como parte de la Base Legal.
70. Comenzando por la Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, debe reconocerse que con su promulgación el Gobierno Central, no abdica a toda intervención en las funciones que se desplazan a favor de los gobiernos regionales y locales. El artículo 3° inciso 1° de esta norma así lo deja en claro cuando determina que en la promoción de la inversión descentralizada, sigue siendo función del gobierno nacional establecer las políticas y estrategias nacionales para promover la inversión privada descentralizada.



71. Luego, la Ordenanza 867 complementa la Ley Marco N° 28059 para el ámbito de la Provincia de Lima, señalando que la misma tiene por objeto establecer el marco normativo para que la Municipalidad Metropolitana de Lima y las Municipales Distritales de su jurisdicción promuevan la inversión privada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de la referida Provincia, en alianza estratégica entre los gobiernos regionales, locales, la inversión privada y la sociedad civil<sup>13</sup>.
72. El artículo 12° del Reglamento aprobado por la Ordenanza 867 establece que la inversión privada en proyectos municipales se formaliza a través de contratos de participación de la Inversión Privada, tales como venta de activos, concesiones, asociaciones en participación, contratos de gerencia, entre otros; y, el artículo 13° contempla una definición ilustrativa de la Concesión, como el acto administrativo por el cual el gobierno local otorga a personas nacionales o extranjeras, la ejecución y explotación de obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos, por un plazo determinado.
73. Resulta de especial connotación el artículo 15°, segundo párrafo, según el cual, en el caso específico de la modalidad de Concesión, "se aplicarán las normas vigentes en materia de promoción de la inversión privada y el presente reglamento".
74. El Decreto Legislativo N° 1012, es la primera norma que se dicta en materia de promoción de la inversión privada para promover modalidades especiales, distintas a las tradicionales de la esfera exclusivamente pública o de la netamente privada. Mediante esta norma legal, se legisla sobre la promoción de inversiones bajo la modalidad de asociaciones público privadas y proyectos en activos.
75. Por primera vez también, estamos frente a una norma que define lo que es una Asociación Pública privada y la distingue de lo que es una concesión. Según esta norma, la relación que hay entre ellas es una de género a especie. La concesión es una de las formas contractuales que puede adoptar una Asociación en participación. Sin duda, la concesión es la modalidad más utilizada, la más común en nuestro medio, pero bajo el régimen de promoción de inversiones, una sub especie de las Asociaciones Público –Privadas.
76. El Tribunal es consciente que la expresión tiene distintas acepciones en derecho, en tanto que puede referirse al contrato de concesión, al bien inmueble concesión y a los derechos reales consecuentes, o al título habilitante administrativo. Las tres acepciones tienen su espacio y dimensión propios en la esfera del derecho. La concesión es una figura jurídica que tiene sus aplicaciones particulares tradicionales, tanto en la esfera pública como en la privada, que aún conservan plena vigencia. Aun

---

<sup>13</sup> El último párrafo del artículo 1° de la Ordenanza expresa que ésta regula la aplicación de lo dispuesto en la Ley 28059, Ley Marco de la Inversión Descentralizada y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM en el ámbito de la Provincia de Lima, en el marco de las competencias atribuidas por la ley Orgánica de Municipalidades.

en la nueva esfera público – privada, esta multiplicidad de acepciones o conceptos así como de usos y aplicaciones, puede generar confusiones y dudas. En lo que el Tribunal considera no caben dudas, es que la “concesión” contenida en la Ley N° 28059 y la ordenanza N° 867, es un caso de asociaciones público privadas, aunque la tipificación legal se haya producido después, con la dación del Decreto Legislativo 1012.

77. Es más, la ley N° 28059 y la Ordenanza No. 867, son consideradas hoy parte de la evolución histórica de la política pública de promoción de la inversión privada.

El propio Ministerio de Economía y Finanzas así lo reconoce cuando señala que:

“El marco legal sobre la inversión privada en el Perú ha experimentado una marcada evolución a lo largo del tiempo, el mismo que ha propiciado la participación del sector privado bajo diversas modalidades. Durante la primera mitad de la década de los 1990s, el Gobierno del Perú se embarcó en un ambicioso programa de privatización de empresas públicas, el cual logró registrar uno de los mayores volúmenes de transacciones en América Latina, transformando profundamente las perspectivas de la economía peruana. La primera fase del programa se enfocó en las privatizaciones, alcanzando un pico de actividad hasta mediados de los 1990s, mientras que una segunda fase se enfocó principalmente en concesiones. Es desde el año 2008<sup>14</sup> que el Gobierno del Perú comienza a promover activamente modalidades de inversión alternativas a la obra pública tradicional para ayudar a cerrar la brecha existente de infraestructura y de servicios públicos en el país: Asociaciones Público Privadas (APP) y Obras por Impuestos.”<sup>15</sup>

Esta evolución, el MEF la gráfica de la siguiente manera:

---

<sup>14</sup> En el 2008 se publica el Decreto Legislativo 1012

<sup>15</sup> <https://www.mef.gob.pe/es/acerca-de-las-asociaciones-publico-privadas-apps>





78. El hecho que el Decreto Legislativo N° 1012 haya coexistido con la Ley 28059 y la Ordenanza N° 867 no cambia las cosas, pues se estaba en una época de transición. Tanto es así que el Decreto Legislativo 1224 que deroga y sustituye a N° 1012, es la misma norma legal que deroga también la Ley 28059<sup>16</sup>. Recuérdese que, con el Decreto Legislativo N° 1224 se crea el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, del cual forman parte los tres niveles de gobierno.
79. Siendo normas coexistentes y complementarias el Decreto Legislativo No 1012 y la Ley 28059, resulta evidente que son de aplicación al caso en controversia los criterios contenidos en el laudo sobre de “distribución de riesgos” y la aplicación del “Principio de la Asignación Adecuada de Riesgos”, expresamente contenido en el primero.
80. Hechas todas las aclaraciones que anteceden, y considerando el marco teórico sobre la naturaleza y alcances de las solicitudes antes expuesto, resulta evidente que a

<sup>16</sup> La Ordenanza N° 867 fue expresamente derogada por la **ORDENANZA N° 2046** que dicta las nuevas Disposiciones para la aplicación del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos en activos en Lima Metropolitana.

pesar de lo que dan a entender la sumilla y el título del numeral II del recurso, no existe un error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar que justifique una rectificación; ni se ha omitido resolver algún extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del Tribunal Arbitral; ni, finalmente, el Tribunal se ha pronunciado sobre extremos que no han sido sometidos a su conocimiento y decisión.

**Por lo expuesto, las solicitudes contra el laudo presentadas por la MLM deben ser declaradas IMPROCEDENTES.**

### **SOBRE EL PEDIDO DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO DE ACS**

81. ACS ha solicita al Tribunal Arbitral que se interpreten y aclaren los fundamentos mediante los cuales el Laudo Arbitral contenido en la Orden Procesal No. 30 de fecha 29.01.18 ha considerado otorgar un porcentaje menor del monto indemnizatorio demandado respecto al arbitraje correspondiente al año 2014, donde también participó como miembro del Tribunal Arbitral el árbitro Edgardo Mercado Neumann.
82. El Tribunal Arbitral considera que el argumento expuesto en el numeral anterior no constituye sustento de un recurso de interpretación, porque no se está solicitando aclaración sobre algún punto oscuro del Laudo, sino pretendiendo una sustentación adicional del Tribunal. En efecto, este Tribunal Arbitral advierte que la intención de ACS es modificar o variar el criterio del Tribunal vertido en el laudo y ello, conforme al literal b) del artículo 40 del Reglamento del Centro no está permitido en tanto resulta atentatorio contra la naturaleza de la solicitud de interpretación de laudo arbitral, el cual únicamente procede ante extremos oscuros o ambiguos que hagan imposible la ejecución del mismo.
83. Con respecto a la referencia a la participación del Edgardo Mercado Neumann, el Tribunal recuerda a ACS que la existencia de dos órganos colegiados distintos para evaluar controversias relacionadas con años diferentes, hace que la misma no sea impertinente y descontextualiza las actuaciones arbitrales. Por ello respecto de la participación del árbitro Edgardo Mercado Neumann en otro arbitraje y con laudos diferentes no queda más que decir que se trata de dos arbitrajes diferentes, con Tribunales diferentes, circunstancias diferentes y eventualmente argumentos y pruebas diferentes, tratándose de otro caso otras circunstancias y otro tribunal.
84. En relación a la pretensión referida al incumplimiento de mantener los IPK, ACS señala que en los fundamentos 99 al 111 del Laudo, se ha omitido pronunciarse respecto a lo señalado en la cláusula 9.6 del Contrato de Concesión para la Operación de la Unidad de Recaudo del Sistema de Corredores Segregados de Alta Capacidad – COSAC I.
85. El Tribunal Arbitral advierte que ACS estrictamente no pretende que se aclare algún aspecto oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución, sino que pretende que se



efectúe una nueva evaluación de los alcances del Contrato de Concesión, lo que no es propio de la absolución de un pedido de interpretación. Ello determina su improcedencia, pues, como ya se ha indicado anteriormente, atenta contra la naturaleza de la solicitud de interpretación de laudo.

86. En relación a la pretensión referida al incumplimiento de concluir la infraestructura hasta la Estación Sinchi Roca, ACS afirma que el Tribunal Arbitral se ha basado en una incorrecta lectura y valoración del Contrato de Concesión y de los Anexos Nos. 3 y 10. Cuestiona igualmente la aseveración del Tribunal Arbitral que el Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo Ampliación Norte constituiría una ratificación de la inexistencia de una previsión contractual en el Contrato de Concesión respecto a la implementación de dicho tramo.
87. Como puede advertirse del tenor del recurso presentado, ACS no está formulando un pedido de interpretación, sino encubriendo una impugnación, lo que no corresponde en esta vía, lo que determina claramente que el mismo sea improcedente.
88. Por lo demás, ACS enumera una serie de medios probatorios que señala habrían sido mencionados, pero no valorados.
89. El Laudo Arbitral ha cuidado de citar los argumentos expuestos por las partes y las pruebas aportadas.
90. Luego de dicha exposición, en el numeral 64, el Tribunal Arbitral precisa que, en su concepto, el Contrato de Concesión no incluía el Tramo Ampliación Norte como una obligación a cargo de PROTRANSPORTE, motivando en ese numeral, las razones de tal afirmación.
91. Más adelante, en el numeral 65, el Tribunal Arbitral señala que le corresponde analizar si existen hechos posteriores a la celebración del Contrato de Concesión y anteriores al año 2015, que determinen la obligación de PROTRANSPORTE y la MML de concluir la infraestructura e inicien la operación en el Tramo Ampliación Norte (de la estación Naranjal a la estación Sinchi Roca). En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que resulta especialmente relevante el Acuerdo para la Implementación Gradual del Tramo de Ampliación Norte, suscrito entre PROTRANSPORTE y ACS con fecha 2.9.14.
92. Debe dejarse constancia que la relevancia que el Tribunal confiere a cada medio probatorio es parte de la facultad discrecional que le compete, si, como ocurre en el presente caso, el laudo motiva las razones por las cuales efectúa tal valoración y de manera lógica arriba a las conclusiones que considera adecuadas. En tal virtud, no ha existido arbitrariedad en la valoración de los medios probatorios, ni se ha omitido considerar ni evaluar todas las pruebas obrantes en autos.
93. En relación a la petición que se aclare los alcances del numeral 136 del Laudo porque existe contradicción con lo dispuesto en el punto resolutivo Cuarto, como se ha

señalado en el numeral 25 de la presente resolución, el Tribunal Arbitral reconoce la contradicción entre ambas partes del laudo. Por ende, considera que, en este extremo, debe ampararse la petición de ACS y rectificarse el numeral 136, precisando que el cómputo de intereses debe calcularse desde la petición de arbitraje.

94. Finalmente, en relación al pedido que se especifique el monto exacto de los costos y costas que corresponde asumir a cada parte y que se ordene el reembolso a ACS de los costos y costas que asumió por la parte demandada, el Tribunal ratifica su posición y señala que la determinación del monto exacto a pagar por cada parte se obtendrá en la liquidación que se efectuará en ejecución del laudo.

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral **RESUELVE**:

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADO** el Recurso de Rectificación de PROTRANSPORTE y consecuentemente, se rectifica el numeral 55 de la página 14 del Laudo Arbitral en los términos siguientes:


Dice: "la suma total de **US\$ 21'668,343** (veintiún millones seiscientos ochenta y ocho mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 **dólares americanos**)."


Debe decir: "**la suma total de S/. 21'668,343** (veintiún millones seiscientos ochenta y ocho mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 **soles**)."


**SEGUNDO:** Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de interpretación de PROTRANSPORTE, únicamente en cuanto solicita que se rectifique y aclare lo señalado en el numeral 136 del Laudo Arbitral, precisándose que "(...) *se deberá considerar el interés legal desde la fecha de ingreso de la petición de arbitraje (...)*" e **IMPROCEDENTE** en todos los demás extremos.

**TERCERO:** Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de rectificación y, aclaración y exclusión de la MLM.

**CUARTO:** Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de interpretación de ACS, únicamente en cuanto solicita que se rectifique el numeral 136 del Laudo, precisándose que el cómputo de intereses debe calcularse desde la petición de arbitraje e **IMPROCEDENTE** en todos los demás extremos.

  
**LOURDES FLORES NANO**  
Presidente

  
**MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA**  
Árbitro

  
**EDGARDO MERCADO NEUMANN**  
Árbitro