

A-79-16EQR.

CARC-Arb-4 05 Rev.1

Fecha: 17/10/2017

Hora: 03:28 PM



Notificación N°

0125

Nro. Expediente 1090-152-16
Secretario Arbitral Sofia Belen Begazo Neyra
Demantante(s) Azteca Comunicaciones Perú
Demandado(s) PROVIAS NACIONAL , Ministerio de Transportes y
Título Se notifica Laudo Arbitral.docx
Sumilla Se notifica Laudo Arbitral.docx

Destinatario Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Dirección Legal Jirón Zorritos 1203 LIMA-LIMA-LIMA

Se adjunta:

1. Se notifica Laudo Arbitral.docx



Comentarios

NOTIFICACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Lima, 18 de octubre de 2017

Señores

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jr. Zorritos N° 1203, Lima: Mesa de Partes de Procuraduría Pública del
Ministerio de Transportes y Comunicaciones (Edificio Circular 1° Piso)

Cercado de Lima.-

135727
NOTARIA POLO

**Referencia: Arbitraje AZTECA vs Ministerio de
Transportes y Comunicaciones.
(Exp. N° 1098-160-16)**

De mi consideración:

Tengo a bien dirigirme a ustedes, a fin de hacerles llegar un ejemplar de la Resolución N° 15 de fecha 18 de octubre del año 2017 a fojas 59, la cual contiene el Laudo Arbitral emitido por los árbitros Manuel Villa García Noriega, Mario Reggiardo Saavedra y Mario Castillo Freyre, recaído en el expediente arbitral seguido entre **Azteca** y el **Ministerio de Transportes y Comunicaciones**.

Sin otro en particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
CENTRO DE ANALISIS Y RESOLUCIONES DE CONFLICTOS
Sofía Belen Begazo Neyra
Secretaria Arbitral



LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C.
("AZTECA" o "Demandante")

DEMANDADO: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
("MTC" o el "Demandado")

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Manuel Villa García Noriega (Presidente)
Mario Castillo Freyre (árbitro)
Mario Reggiardo Saavedra (árbitro)

EXPEDIENTE: 1090-152-16

ADMINISTRADO POR: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de
la Pontificia Universidad Católica del Perú ("el
Centro").

SECRETARIA ARBITRAL: Sofía Begazo Neyra

Índice

- I. Antecedentes
 - I. 1. Convenio Arbitral
 - I. 2. Instalación del Tribunal Arbitral
 - I. 3. Normas aplicables
 - I. 4. Sede e idioma del Arbitraje
- II. Breve descripción de la controversia
- III. Historia del procedimiento
- IV. Plazo para dictar el laudo
- V. Análisis de las materias controvertidas
 - V.1 Consideraciones generales del Tribunal
 - a) Consideraciones Preliminares
 - b) Algunos hechos relevantes que han quedado acreditados en el proceso (hechos controvertidos y hechos no controvertidos).
 - V.2 Análisis de los puntos controvertidos
 - a) Descripción del primer punto controvertido: *“Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la decisión del MTC contenida en el Oficio N° 1138-2016-MTC/27, de fecha 23 de marzo de 2016, por la que se impuso una penalidad a AZTECA por la suma de S/ 325,875.00 debido al supuesto retraso incurrido en la constitución del Fideicomiso de Red Dorsal.”*
 - (i) *¿Incurrió el MTC en falta de diligencia por demorar la suscripción de la Adenda de Bancabilidad?*
 - (ii) *¿La demora del MTC determinó que sea imposible para AZTECA constituir el Fideicomiso en el plazo establecido?*
 - (iii) *¿Incurrió el MTC en mora del acreedor por los retrasos en la obtención de la Adenda de Bancabilidad?*
 - (iv) *¿Hubo una voluntad común de modificar el Contrato de Concesión?*
 - b) Descripción del Segundo punto controvertido: *“En caso no se ampare el punto controvertido 1), determinar si corresponde o no ordenar al MTC la reducción del monto de la penalidad aplicada a Azteca”.*
 - (i) *¿La penalidad impuesta por el MTC es excesiva en relación al daño?*
 - (ii) *Si la penalidad fuera excesiva, ¿a cuánto debe reducirse?*
 - V.3 Condena de costas y costos
- VI. Parte resolutive



Resolución N° 15

En Lima, a los dieciocho días del mes de octubre del año 2017, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y habiendo deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

(I) ANTECEDENTES

I. 1. El Convenio Arbitral

1. Está contenido en la Cláusula 65.2(ii)¹ del Contrato de Concesión del Proyecto “Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro” de fecha 17 de junio de 2014 (el “Contrato”) suscrito entre AZTECA y el MTC (conjuntamente, “las Partes”).

I. 2. Instalación del Tribunal Arbitral

2. El 22 de agosto de 2016, se reunieron Manuel Villa García Noriega, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, Mario Reggiardo Saavedra y Mario Castillo Freyre, en su calidad de árbitros, y Lupe Bancayán Calderón, en calidad de Secretaria Arbitral del Centro; con la asistencia de **AZTECA**,

¹ Cláusula 65.2° del Contrato de Concesión: “Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente: (...) (ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Treinta Millones y 00/000 de Dólares (US\$ 30'000,000.00) o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no sean cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento que se seguirá de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje que acuerden las Partes, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. El lugar del arbitraje será la ciudad de Lima; el idioma oficial a utilizarse será el castellano; y la ley aplicable, la ley peruana. Alternativamente, las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuero distinto si así lo estimaran conveniente.”

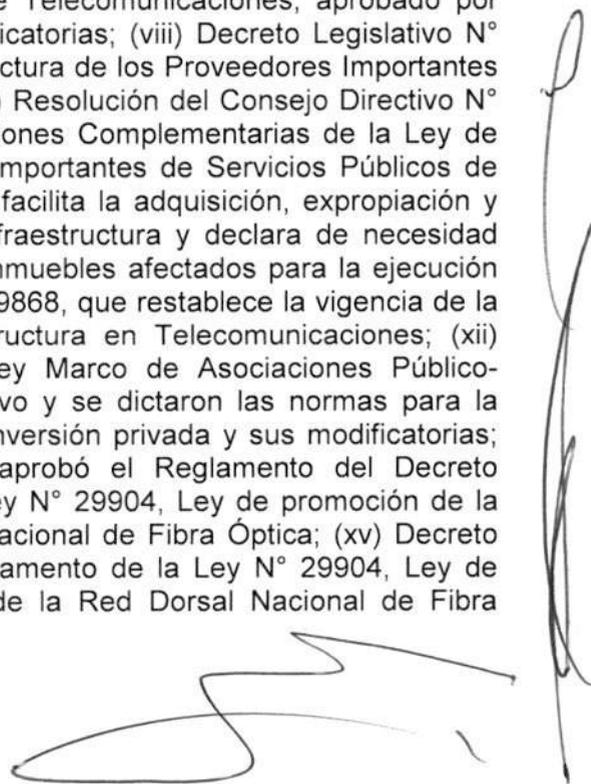
representada por la abogada Emily Marcia Horna Rodríguez, identificada con Registro C.A.L. N° 65642; y con la asistencia del MTC, representado por la abogada Meliza Evans Crispin, identificada con Registro C.A.L. N° 57497.

3. En dicha Audiencia, las Partes acordaron someter la controversia a los Reglamentos del Centro.

I. 3. Normas aplicables

4. Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación al presente proceso: (i) las normas legales básicas contenidas en la Cláusula 1.2² del Contrato; (ii) el Reglamento de Arbitraje del Centro (el "Reglamento"); y (iii)

² Son las siguientes normas: (i) Decreto Supremo N° 013-93 -TCC que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones; (ii) Decreto Legislativo N° 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos; (iii) Decreto Supremo N° 059-96-PCM, aprobó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; (iv) Decreto Supremo N° 060-96-PCM, aprobó el Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicio público; (v) Decreto Supremo N° 020-98-MTC, que aprobó los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, y sus modificatorias; (vi) Ley N° 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), del 28 de junio de 2000; (vii) Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC y sus modificatorias; (viii) Decreto Legislativo N° 1019, que aprobó la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; (ix) Resolución del Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTTEL, que aprobó las Disposiciones Complementarias de la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; (x) Ley N° 30025, Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura; (xi) Ley N° 29868, que restablece la vigencia de la Ley 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones; (xii) Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y se dictaron las normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada y sus modificatorias; (xiii) Decreto Supremo N° 146-2008-EF, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012, y sus modificatorias; (xiv) Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica; (xv) Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, que aprobó el Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica.



en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (la "Ley de Arbitraje").

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

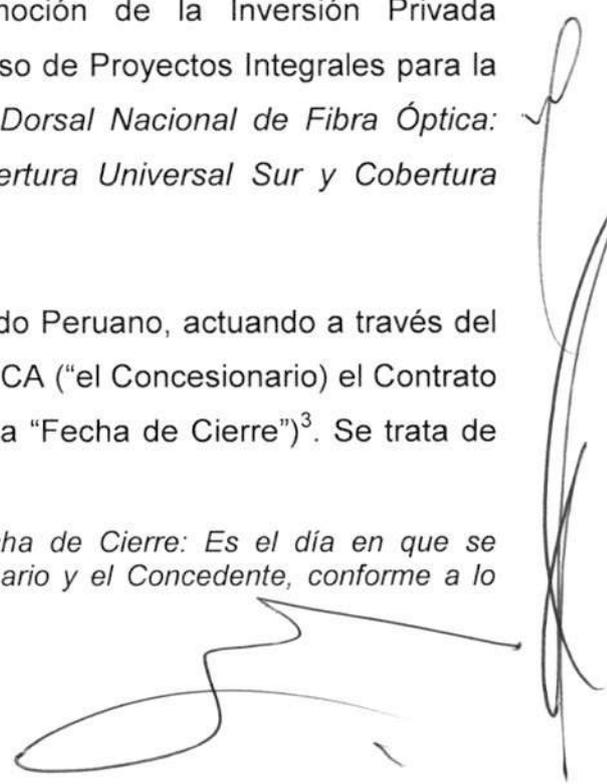
I. 4. Sede e idioma del Arbitraje

6. De conformidad a lo señalado en el Convenio Arbitral, la sede del arbitraje es Lima y el idioma es el castellano.

(II) Breve descripción de la controversia entre las Partes

7. Lo que sigue es una reseña de la relación contractual existente entre las Partes y la controversia surgida entre ellas. La posición de las Partes y sus respectivas pretensiones están enunciadas en el cuerpo de este Laudo Final. Esta reseña se hace a efectos de poner en contexto las decisiones que se adoptan en este Laudo. El Tribunal Arbitral deja constancia de que para dictarlo ha examinado concienzudamente la totalidad de las presentaciones de las Partes y de la prueba producida.
8. En el año 2013, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada ("PROINVERSIÓN") llevó a cabo el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión del Proyecto "*Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Nacional Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro*" ("el Proyecto").
9. Luego de adjudicada la Buena Pro, el Estado Peruano, actuando a través del MTC ("el Concedente"), suscribió con AZTECA ("el Concesionario) el Contrato de Concesión el día 17 de junio de 2014 (la "Fecha de Cierre")³. Se trata de

³ Cláusula 2.37 del Contrato de Concesión: "*Fecha de Cierre: Es el día en que se suscribe el presente Contrato entre el Concesionario y el Concedente, conforme a lo señalado en las Bases*".



una Asociación Público-Privada bajo la modalidad de Concesión cofinanciada⁴.

10. El Contrato de Concesión estableció que:

- (i) El Proyecto tendría 2 fases: (i) la Fase de Despliegue, que incluye los trabajos de ejecución de la Red Dorsal y su Puesta en Operaciones, y que inicia con la Fecha de Cierre y termina con el Acta de Adjudicación de los Bienes de la Concesión⁵; y (ii) la Fase de Prestación del Servicio Portador, en la cual el Concesionario inicia sus operaciones y realiza la prestación del servicio, y que inicia con el Acta de Conformidad para el Inicio de las Operaciones⁶.
- (ii) A más tardar a los 90 días calendario desde la Fecha de Cierre (15 de setiembre de 2014) AZTECA debía acreditar el Cierre Financiero⁷. Caso contrario, podría solicitar al MTC, por única vez, una ampliación de 2 meses⁸.

⁴ De conformidad al régimen establecido en el Decreto Legislativo No. 1012 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 146-2008-EF y sus modificatorias.

⁵ Cláusula 2.35° del Contrato de Concesión.

⁶ Cláusula 2.36° del Contrato de Concesión.

⁷ Cláusula 35° del Contrato de Concesión denominada "Cierre Financiero":
"35.1.- A más tardar a los noventa (90) Días Calendario, contados desde la Fecha de Cierre, el Concesionario deberá acreditar que cuenta con los recursos financieros o los contratos suscritos que establezcan los compromisos de financiamiento de la Fase de Despliegue de la RDNFO, según lo establecido en el Contrato. (...)
35.3 Para acreditar que el Concesionario cuenta con el financiamiento correspondiente al Cierre Financiero, éste deberá presentar, alternativa o conjuntamente para aprobación del Concedente: (i) copia legalizada notarial de los contratos de financiamiento, garantías, fideicomisos y en general cualquier texto contractual relevante, que el Concesionario haya acordado con el(los) Acreedor(es) Permitido(s) que participará(n) en el financiamiento de las inversiones en la Fase de Despliegue".

⁸ Cláusula 35.5° del Contrato de Concesión: "En caso el Concesionario no haya cumplido con acreditar el cierre financiero al vencimiento del plazo establecido en la presente Cláusula, el Concesionario podrá solicitar al Concedente por única vez una ampliación de dos (02) meses. Dicha solicitud deberá ser acompañada de un sustento económico

- (iii) A más tardar a los 120 días calendario desde la Fecha de Cierre (15 de octubre de 2014), AZTECA debía constituir el Fideicomiso Red Dorsal⁹ con la finalidad de administrar los Ingresos Totales¹⁰ y los Ingresos Disponibles¹¹ del Proyecto (“el Fideicomiso”)¹². El Contrato no prevé una ampliación de plazo para la constitución del Fideicomiso.
- (iv) En caso AZTECA incumpla con la constitución del Fideicomiso al 15 de octubre de 2014, debía pagar al MTC la penalidad pactada en el Anexo 9 del Contrato, ascendente al 50% de una Unidad Impositiva Tributaria (“UIT”)¹³ por cada día de atraso¹⁴.

y/o técnico según corresponda, sin perjuicio de la aplicación de penalidades correspondientes.”

⁹ Cláusula 2.38° del Contrato de Concesión: *“Fideicomiso Red Dorsal: Es el fideicomiso de administración de recursos dinerarios constituido por el Concesionario al amparo de lo previsto en el artículo 241° y siguientes de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, que tendrá por finalidad administrar y distribuir los Ingresos Totales; conforme a lo establecido en el Contrato”.*

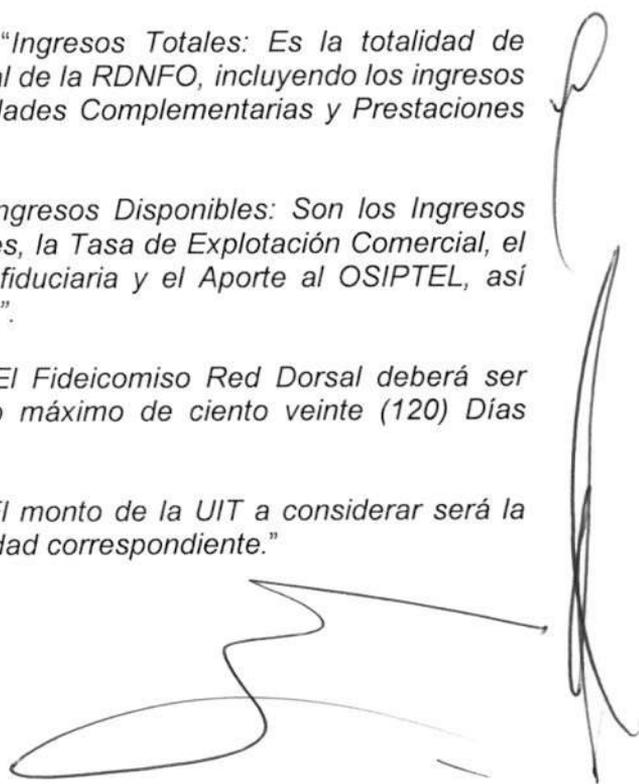
¹⁰ Cláusula 2.43° del Contrato de Concesión: *“Ingresos Totales: Es la totalidad de ingresos facturados por la explotación comercial de la RDNFO, incluyendo los ingresos por la prestación del Servicio Portador, Facilidades Complementarias y Prestaciones Adicionales”.*

¹¹ Cláusula 2.42° del Contrato de Concesión: *“Ingresos Disponibles: Son los Ingresos Totales deducidos, el IGV de los Ingresos Totales, la Tasa de Explotación Comercial, el Aporte al FITEL, los costos de administración fiduciaria y el Aporte al OSIPTEL, así como la Retribución por Supervisión al OSIPTEL”.*

¹² Cláusula 34.1° del Contrato de Concesión: *“El Fideicomiso Red Dorsal deberá ser constituido por el Concesionario en un plazo máximo de ciento veinte (120) Días Calendario de la Fecha de Cierre (...)”.*

¹³ Anexo 9 del Contrato de Concesión: *“(...) 2. El monto de la UIT a considerar será la vigente al momento de la aplicación de la penalidad correspondiente.”*

¹⁴ Cláusula 34.8° del Contrato de Concesión.



- (v) El MTC debía autorizar la condición de Acreedor Permitido a todo inversionista que AZTECA presente (a través del formulario del Anexo No. 10 del Contrato)¹⁵.
- (vi) Cualquier modificación al Contrato deberá realizarse *“previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico-financiero de las prestaciones a cargo de las Partes”*.¹⁶
11. El 1 de agosto de 2014, la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (“COFIDE”)¹⁷, uno de los potenciales estructuradores financieros del Proyecto, remite una comunicación a AZTECA identificando los aspectos¹⁸ del Contrato de Concesión que, a su parecer, debían ser modificados para que el Proyecto sea bancable. Así, recomendó a AZTECA que negocie y celebre una adenda con el MTC que modifique determinadas cláusulas del Contrato de Concesión e incluso propuso nuevos textos específicos.¹⁹
12. El 4 de agosto de 2014, AZTECA remite al MTC (con copia a OSIPTEL²⁰) y a PROINVERSIÓN) una solicitud de adenda de bancabilidad (“la Solicitud de

¹⁵ Cláusula 2.1° del Contrato de Concesión: “(...) El Acreedor Permitido deberá contar con la autorización del Concedente para acreditar tal condición, cumpliendo con presentar el Anexo No. 10 ante el Concedente para su aprobación (...)”.

¹⁶ Cláusula 49.1° del Contrato de Concesión.

¹⁷ De acuerdo a su Estatuto, COFIDE es una empresa del Estado con accionariado privado pero organizada como sociedad anónima. Si bien forma parte del Sistema Financiero y está regulada de tal manera, tiene naturaleza de banca de segundo piso, por lo que se dedica a la intermediación financiera (no capta directamente depósitos del público ni hace colocación directa de inversiones).

¹⁸ Dichos aspectos se encuentran desarrollados en el Anexo 1 de la carta en cuestión (Anexo B de la Demanda de AZTECA).

¹⁹ Anexo B de la Demanda de AZTECA: Carta No. CF-05822-2014/GNCM remitida por COFIDE a AZTECA, de fecha 1 de agosto de 2014.

²⁰ Organismo Regulador de las Telecomunicaciones

- Adenda”), adjuntando la comunicación de COFIDE con sus propuestas de modificación al Contrato de Concesión²¹.
13. El 12 de agosto, COFIDE remite una comunicación adicional a AZTECA, incluyendo una modificación adicional al Contrato de Concesión, referida a que el MTC permita a AZTECA otorgar garantía sobre sus acciones para alcanzar el Cierre Financiero. Al día siguiente, el 13 de agosto, AZTECA remite dicha comunicación al MTC (con copia a OSIPTEL y a PROINVERSIÓN) y reitera su Solicitud de Adenda de Bancabilidad. En esta oportunidad, AZTECA se refiere a COFIDE como su “*potencial Acreedor Permitido*”.²²
14. Al día siguiente, el 14 de agosto, el MTC respondió a AZTECA que COFIDE es un “*potencial*” Acreedor Permitido, pues no se le ha acreditado como tal. Por lo tanto, le requiere presentar el formulario del Anexo 10 del Contrato²³.
15. El 20 de agosto, COFIDE remite al MTC una declaración para ser calificado como Acreedor Permitido bajo el Contrato de Concesión²⁴.
16. En respuesta, el 2 de setiembre de 2014, el MTC autoriza la calificación de COFIDE como Acreedor Permitido y le solicita formalizar la presentación de sus modificaciones al Contrato de Concesión²⁵.

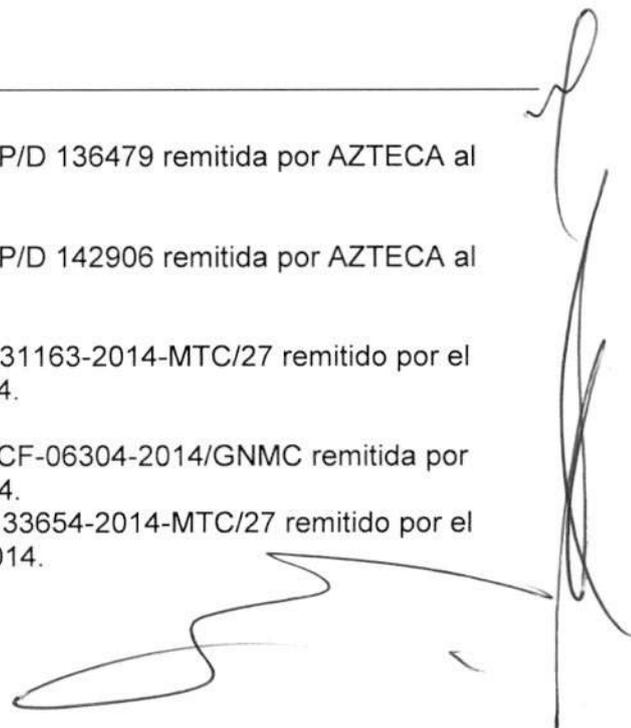
²¹ Anexo C de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 136479 remitida por AZTECA al MTC, de fecha 4 de agosto de 2014.

²² Anexo D de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 142906 remitida por AZTECA al MTC, de fecha 13 de agosto de 2014.

²³ Anexo E de la Demanda de Azteca: Oficio No. 31163-2014-MTC/27 remitido por el MTC a AZTECA, de fecha 14 de agosto de 2014.

²⁴ Anexo F de la Demanda de Azteca: Carta No. CF-06304-2014/GNMC remitida por COFIDE al MTC, de fecha 20 de agosto de 2014.

²⁵ Anexo G de la Demanda de Azteca: Oficio No. 33654-2014-MTC/27 remitido por el MTC a AZTECA, de fecha 2 de setiembre de 2014.

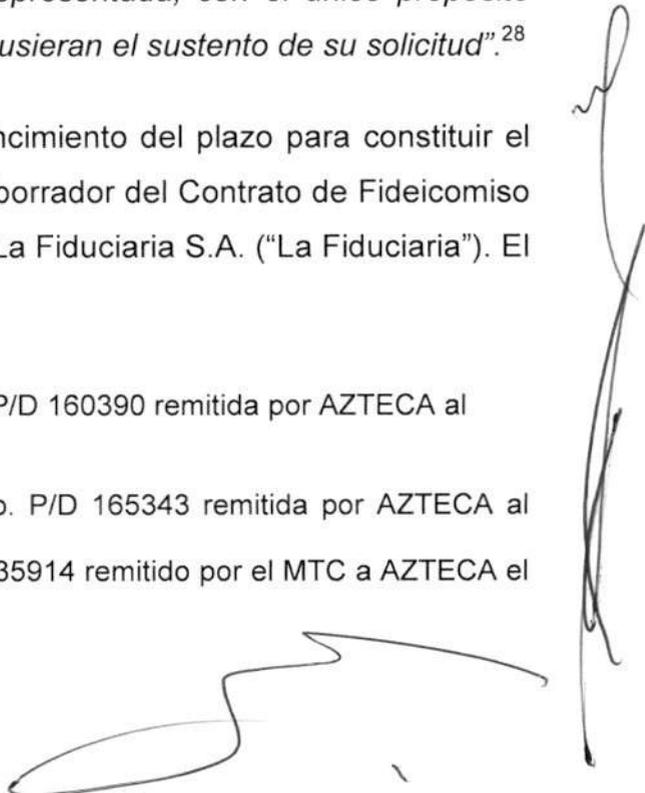


17. El 8 de setiembre, AZTECA insiste en su Solicitud de Adenda de Bancabilidad ante el MTC, en vista de la reciente calificación de COFIDE como Acreedor Permitido, y adjunta: (i) una carta de sustento del esquema de financiamiento propuesto; y (ii) un proyecto de la Adenda de Bancabilidad²⁶. Cabe señalar que estos documentos adicionales tampoco se referían expresamente a la constitución del Fideicomiso a cargo de AZTECA.
18. El 15 de setiembre, es decir, el día del vencimiento del plazo para acreditar el Cierre Financiero, AZTECA remite (únicamente) al MTC una solicitud de extensión de plazo de 2 meses para obtener el Cierre Financiero ("la Solicitud de Extensión") de conformidad a la Cláusula 35.1° del Contrato y solicita *"que no se nos apliquen las penalidades que se contemplan en el Anexo 9 del Contrato (...)".*²⁷
19. El 18 de setiembre, el MTC responde a AZTECA que la Solicitud de Extensión ha sido puesta en conocimiento de OSIPTEL y de PROINVERSIÓN, para que emitan opinión. Sin embargo, en opinión del MTC, la Solicitud de Adenda recién habría sido formulada no el 4 de agosto sino el 8 de setiembre, pues *"si bien es cierto que con anterioridad a esa fecha se han sostenido reuniones, debe advertirse que éstas, así como las que se han llevado a cabo posteriormente, no constituyen "reuniones de negociación"; simplemente fueron programadas a solicitud de su representada, con el único propósito que (sic) sus funcionarios y asesores expusieran el sustento de su solicitud".*²⁸
20. El 15 de octubre de 2014, el día del vencimiento del plazo para constituir el Fideicomiso, AZTECA remite al MTC un borrador del Contrato de Fideicomiso donde aparece como empresa fiduciaria La Fiduciaria S.A. ("La Fiduciaria"). El

²⁶ Anexo H de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 160390 remitida por AZTECA al MTC, de fecha 8 de setiembre de 2014.

²⁷ Anexo J de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 165343 remitida por AZTECA al MTC con fecha 15 de setiembre de 2014.

²⁸ Anexo K de la Demanda de Azteca: Oficio No. 35914 remitido por el MTC a AZTECA el 18 de setiembre de 2014.



documento sólo se encontraba suscrito por el representante de AZTECA.²⁹ El MTC no realizó observaciones a la recepción de este documento.

21. El 29 de octubre, AZTECA insiste en su Solicitud de Adenda de Bancabilidad ante el MTC y adjunta: (i) un proyecto de versión final de la Adenda de Bancabilidad; y (ii) una comunicación de COFIDE a AZTECA, en la que reenvía sustentos y le pide que solicite la opinión favorable a PROINVERSIÓN.³⁰
22. Mediante Oficio No. 41213-2014-MTC/27 del 30 de octubre de 2014, el MTC solicita a PROINVERSIÓN opinión acerca de la Solicitud de Adenda de Bancabilidad de AZTECA³¹.
23. Mediante Oficio del 3 de noviembre de 2014, PROINVERSIÓN remite al MTC su opinión favorable a la Solicitud de Adenda de Bancabilidad de AZTECA.³²
24. El 7 de noviembre de 2014, el MTC comunica a AZTECA que acepta su Solicitud de Extensión de plazo para el Cierre Financiero y prorroga el plazo en 2 meses hasta el 17 de noviembre de 2014³³.
25. El 16 de noviembre, el MTC emite la Resolución Ministerial No. 781-2014-MTC/01 que aprobó el texto de la adenda de bancabilidad³⁴.

²⁹ Anexo L de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 185515 remitida por AZTECA al MTC el 15 de octubre de 2014.

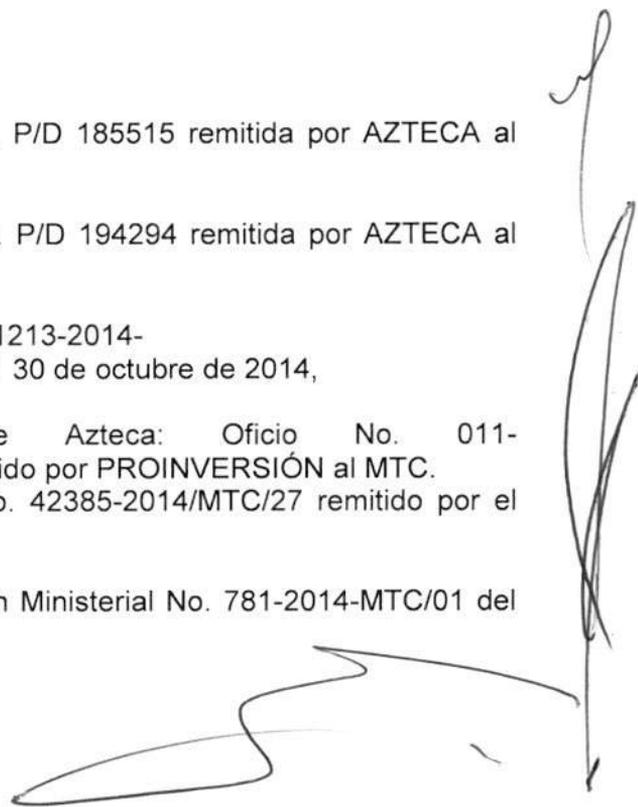
³⁰ Anexo M de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 194294 remitida por AZTECA al MTC el 29 de octubre de 2014.

³¹ Anexo N de la Demanda de Azteca: Oficio No. 41213-2014-MTC/27 remitido por el MTC a PROINVERSIÓN el 30 de octubre de 2014,

³² Anexo N de la Demanda de Azteca: Oficio No. 011-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPTE.11 remitido por PROINVERSIÓN al MTC.

³³ Anexo Ñ de la Demanda de Azteca: Oficio No. 42385-2014/MTC/27 remitido por el MTC a AZTECA el 7 de noviembre de 2014.

³⁴ Anexo O de la Demanda de Azteca: Resolución Ministerial No. 781-2014-MTC/01 del 16 de noviembre de 2014.



26. El 17 de noviembre de 2014, las Partes suscriben y formalizan la adenda de bancabilidad (“Adenda de Bancabilidad”)³⁵.
27. Posteriormente, mediante comunicación del 2 de febrero de 2015, AZTECA solicitó al MTC, aprobar la última versión del contrato de fideicomiso presentado.³⁶
28. El 16 de marzo, se publica en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo No. 001-2015-MTC que aprueba la constitución del Fideicomiso y autoriza la suscripción del contrato respectivo. Luego, el 30 de marzo de 2015, el MTC, AZTECA y La Fiduciaria suscriben el Contrato de Fideicomiso y se constituye el Fideicomiso.³⁷
29. El 28 de diciembre de 2015, después de suscrito el Contrato de Fideicomiso, el MTC comunica a AZTECA, dando cumplimiento a lo señalado en la Cláusula 55.1³⁸ del Contrato, que está evaluando la imposición de penalidades previstas en el Anexo 9, por el retraso incurrido en la constitución del Fideicomiso³⁹.

³⁵ Anexo P de la Demanda de Azteca: Adenda de Bancabilidad suscrita entre las Partes el 17 de noviembre de 2014.

³⁶ Anexo Q de la Demanda de Azteca: Carta No. P/D 033903 de AZTECA al MTC del 23 de febrero de 2015.

³⁷ Anexo R de la Demanda de Azteca: Contrato de Fideicomiso suscrito por las Partes del 30 de marzo de 2015.

³⁸ Cláusula 55.1° del Contrato de Concesión: “*Antes de emitir una resolución imponiendo cualquiera de las penalidades contractuales establecidas en la presente Sección, el Concedente o el OSIPTEL, según corresponda, notificará por escrito al Concesionario señalando: (i) su propósito de emitir una resolución imponiendo una penalidad; (ii) las razones que motivan la imposición de la penalidad; y (iii) el plazo dentro del cual el Concesionario podrá presentar sus descargos por escrito (...) Vencido este plazo, con el descargo respectivo o sin él, el Concedente o el OSIPTEL, según sea el caso, emitirá la decisión correspondiente, debidamente motivada y por escrito, indicando las razones por las cuales ha sido emitida. Sin perjuicio de lo señalado, no se requerirá intimación alguna para que surta efecto el pago de la penalidad, así como el debido cumplimiento de lo pactado*”.

³⁹ Anexo S de la Demanda de Azteca: Oficio No. 47536-2015-MTC/27, remitido por el MTC a AZTECA el 28 de diciembre de 2015.

30. El 27 de enero de 2016, AZTECA efectuó sus descargos señalando que la Adenda de Bancabilidad trajo como consecuencia la necesaria modificación de ciertas cláusulas del contrato de fideicomiso a ser suscrito. Es decir, que sin la Adenda de Bancabilidad, no era posible contar con el Fideicomiso. Así, los 120 días para constituir el Fideicomiso "*eran comprensibles y posibles de cumplir siempre que no se hubiese escrito una Adenda al Contrato de Concesión como es el caso de la Adenda de Bancabilidad*". AZTECA también señala que estos puntos fueron expuestos durante la negociación de la Adenda de Bancabilidad y que fueron revisados por el MTC.⁴⁰
31. Mediante Oficio No. 11338-2016-MTC/27 notificado el 23 de marzo de 2016, el MTC impuso a AZTECA una penalidad de 82.5 UIT's por la suma de S/. 325,875.00 (trescientos veinticinco mil ochocientos setenta y cinco con 000/100 Nuevos Soles), por un retraso de 165 días en la constitución del Fideicomiso⁴¹ (del 16 de octubre de 2014 al 29 de marzo de 2015).
32. Mediante comunicación del 27 de abril de 2016, AZTECA rechazó la penalidad impuesta por el MTC y dio inicio al procedimiento de trato directo previsto en la Cláusula 64.1° del Contrato⁴².
33. El 28 de abril de 2016, el MTC comunicó a AZTECA que, de conformidad a lo señalado en la Cláusula 53.3° del Contrato, la imposición de penalidades contractuales sólo puede cuestionarse en la vía arbitral⁴³.
34. Así, esta es la controversia que enfrentan las Partes en este Arbitraje.

(III) Historial del Procedimiento

⁴⁰ Anexo T de la Demanda de Azteca: Escrito de Descargos presentado por AZTECA ante el MTC el 27 de enero de 2015.

⁴¹ Anexo U de la Demanda de Azteca: Oficio No. 11338-2016-MTC/27, remitido por el MTC a AZTECA el 23 de marzo de 2016.

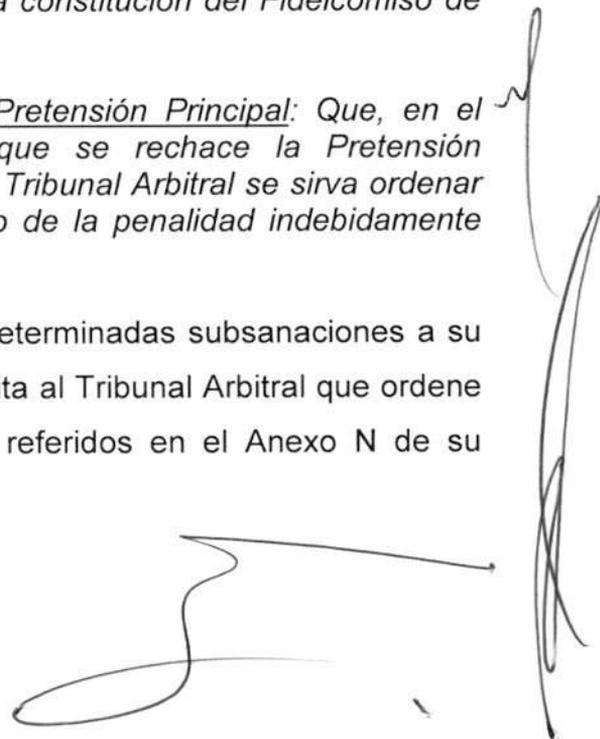
⁴² Anexo 5 de la Contestación de Demanda del MTC: Carta DJ-362/16 remitida por AZTECA al MTC el 27 de abril de 2016.

⁴³ Anexo E de la Petición de Arbitraje de AZTECA: Oficio No. 15846-2016-MTC/27 remitido por el MTC a AZTECA el 28 de abril de 2016.

35. El día 29 de abril de 2016, AZTECA presenta su Petición de Arbitraje ante el Centro y designa como árbitro al abogado Mario Reggiardo Saavedra.
36. Con fecha 12 de mayo de 2016, el MTC absuelve la Solicitud de Arbitraje de AZTECA y designa como árbitro al abogado Mario Castillo Freyre.
37. Mediante comunicación del 22 de junio de 2016, los co-árbitros designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Manuel Villa García Noriega.
38. El día 22 de agosto de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral y se otorgó a AZTECA un plazo de 20 días para presentar su Escrito de Demanda.
39. El 20 de setiembre de 2016, dentro del plazo establecido, AZTECA cumplió con presentar su Escrito de Demanda, formulando las siguientes pretensiones:

I. PETITORIO

- a. Pretensión Principal: Que, se deje sin efecto la decisión del MTC contenida en el Oficio No. 1138-2016-MTC/27, de fecha 23 de marzo de 2016, por la que se impuso una penalidad a AZTECA por la suma de S/. 325,875.00 (Trescientos Veinticinco Mil Ochocientos Setenta y Cinco y 00/100 Nuevos Soles), debido al supuesto retraso incurrido en la constitución del Fideicomiso de Red Dorsal.
- b. Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal: Que, en el supuesto negado hipotético que se rechace la Pretensión Principal, solicitamos a vuestro Tribunal Arbitral se sirva ordenar al MTC la reducción del monto de la penalidad indebidamente aplicada a AZTECA.”
40. El 4 de octubre de 2016, AZTECA realiza determinadas subsanaciones a su Escrito de Demanda, y adicionalmente, solicita al Tribunal Arbitral que ordene al MTC exhibir los siguientes documentos referidos en el Anexo N de su Escrito de Demanda:

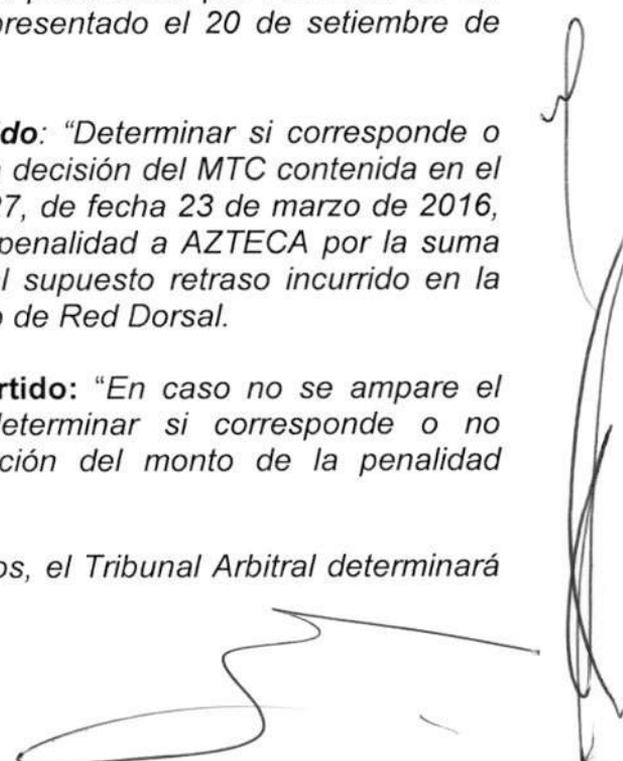


- (i) **Oficio No. 1076-GG.GPRC/2014 del 10 de noviembre de 2014.-**
Documento a través del cual OSIPTEL habría dado su opinión favorable a la suscripción de la Adenda de Bancabilidad.
- (ii) **Oficio No. 289-2014-EF/15.01 del 13 de noviembre de 2014.-**
Documento a través del cual el MEF habría dado su opinión favorable a la suscripción de la Adenda de Bancabilidad.
41. El 14 de octubre de 2016, AZTECA presentó los 2 oficios antes señalados, y precisa haberlos obtenido a través del procedimiento de acceso a la información pública.
42. El 14 de noviembre de 2016, dentro del plazo establecido, el MTC presentó su Contestación de Demanda, negándola en todos sus extremos.
43. El 19 de enero de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, en la cual se admitieron los medios probatorios ofrecidos por AZTECA en su Escrito de Demanda y de Subsanación, y por el MTC en su Contestación de Demanda. Asimismo, el Tribunal arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos de la controversia:

“A) Respecto de las pretensiones planteadas por AZTECA en su escrito de demanda arbitral presentado el 20 de setiembre de 2016:

- 1) Primer punto controvertido:** *“Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la decisión del MTC contenida en el Oficio N° 1138-2016-MTC/27, de fecha 23 de marzo de 2016, por la que se impuso una penalidad a AZTECA por la suma de S/ 325,875.00 debido al supuesto retraso incurrido en la constitución del Fideicomiso de Red Dorsal.*
- 2) Segundo punto controvertido:** *“En caso no se ampare el punto controvertido 1), determinar si corresponde o no ordenar al MTC la reducción del monto de la penalidad aplicada a Azteca”.*

B) Respecto de las costas y costos, el Tribunal Arbitral determinará su distribución.



(i) *Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos arbitrales irrogados en el presente proceso.*"

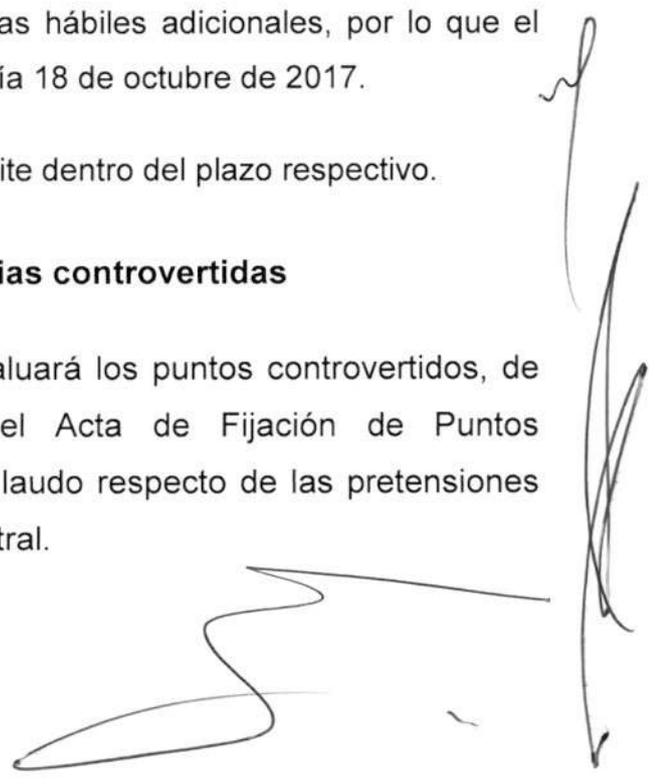
44. Asimismo, en dicha Audiencia el Tribunal Arbitral otorgó un plazo de 10 días a ambas Partes para que presenten sus Alegatos, lo cual fue cumplido dentro del plazo por el MTC el 31 de enero y por AZTECA el 2 de febrero de 2017.
45. El 10 de abril de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la cual los representantes de las Partes expusieron la posición de sus representadas, respondieron a las preguntas efectuadas por los miembros del Tribunal Arbitral y entregaron a todas las partes asistentes copia de las diapositivas utilizadas en sus respectivas presentaciones.

(IV) Plazo para dictar el Laudo Arbitral

46. Mediante Resolución No. 12 del 21 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles, el mismo que vencería el 6 de setiembre de 2017.
47. De conformidad a lo señalado en el numeral 37° del Acta de Instalación, mediante Resolución No. 14 del 28 de agosto de 2017, el Tribunal optó por prorrogar el plazo para laudar en 30 días hábiles adicionales, por lo que el plazo final para emitir el laudo vence el día 18 de octubre de 2017.
48. En ese sentido, el presente Laudo se emite dentro del plazo respectivo.

(V) Análisis de las materias controvertidas

49. A continuación, el Tribunal Arbitral evaluará los puntos controvertidos, de conformidad con lo señalado en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, a efectos de emitir un laudo respecto de las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral.



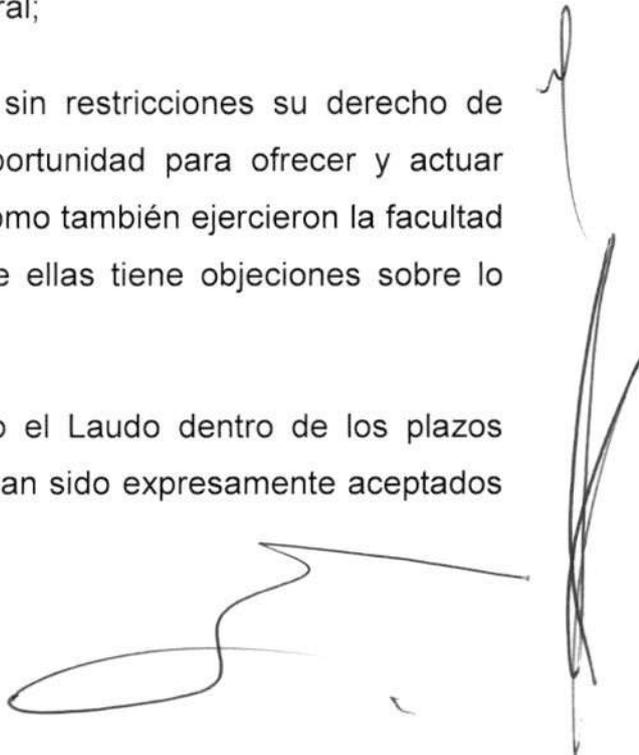
V.1. Consideraciones generales del Tribunal

50. En este capítulo, el Tribunal: (a) formulará una serie de declaraciones y consideraciones de naturaleza preliminar respecto de su misión y de la forma en que se ha conducido el procedimiento; y (b) analizará los hechos del caso a efectos de determinar cuáles han quedado probados, como base para el análisis de las pretensiones formuladas por el Demandante. Se abordarán los puntos controvertidos y se determinará las consecuencias que se sigan de los hechos acreditados.

(a) Consideraciones preliminares

51. Como introducción general a lo que aquí se resuelve, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Convenio Arbitral celebrado por las Partes y con arreglo al Reglamento del Centro;
- (ii) Las Partes no han formulado reclamos, impugnaciones u objeciones respecto de las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Este Tribunal Arbitral;
- (iii) Ambas Partes han podido ejercer sin restricciones su derecho de defensa, habiendo tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como también ejercieron la facultad de presentar alegatos. Ninguna de ellas tiene objeciones sobre lo actuado durante el procedimiento;
- (iv) Este Tribunal Arbitral está dictando el Laudo dentro de los plazos legales y reglamentarios, tal como han sido expresamente aceptados por ambas Partes; y



(v) El presente Laudo se expide de conformidad con lo señalado en la legislación y en el Artículo 67° del Reglamento.

52. En consecuencia, al no existir vicio alguno que afecte la validez de este arbitraje, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo conforme a los términos que se detallan a continuación.

53. Los argumentos de hecho y de derecho expresados por las partes, así como la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

54. Constituye un criterio aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que han ponderado todas y cada una de las pruebas producidas. La eventual ausencia de mención en este Laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal haya dejado de sopesar y evaluar el mérito de todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

(b) Algunos hechos relevantes que han quedado acreditados en el proceso (hechos controvertidos y hechos no controvertidos)

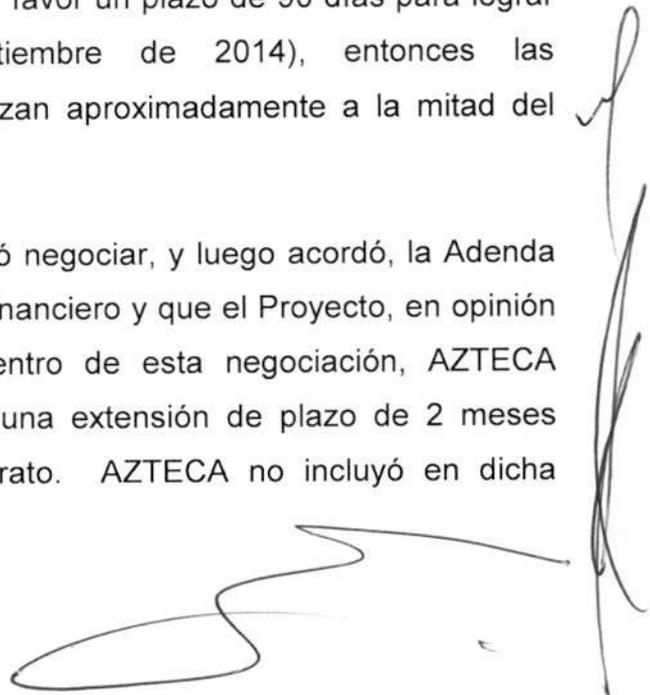
55. No es un hecho controvertido que las Partes diferenciaron en el Contrato el evento del Cierre Financiero y la constitución del Fideicomiso. Se regularon como dos eventos independientes y consecutivos.

56. Según la cláusula 35° del Contrato, primero debía ocurrir el Cierre Financiero a los 90 días desde suscrito, consistente en que el Concesionario acredite *"que cuenta con los recursos financieros o los contratos suscritos que*

establezcan los compromisos de financiamiento de la Fase de Despliegue (...)"; es decir, que el Concesionario acredite que cuenta con el financiamiento necesario o la capacidad financiera para realizar el Proyecto.

57. En caso el Concesionario no cumpla con acreditarlo, el Concedente podría otorgarle una única prórroga de dos meses, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. Y si tampoco cumpliera con acreditar el financiamiento al término del plazo ampliado, el Concedente podría invocar la sanción más drástica posible: la caducidad de la concesión por causa imputable al Concesionario.
58. Luego, la Cláusula 34° del Contrato le otorga al Concesionario 30 días adicionales para constituir el Fideicomiso (120 días desde suscrito), lo que ocurriría a través de la suscripción del respectivo contrato de fideicomiso.
59. En caso el Concesionario no cumpla con constituir el fideicomiso en el plazo establecido, el Contrato no prevé la posibilidad de una prórroga. Y como sanción, únicamente se establece la imposición de la penalidad prevista en el Anexo 9 del Contrato. El Contrato no le otorga al Concedente la opción de declarar la caducidad de la concesión por causa imputable al Concesionario.
60. Tampoco está en discusión el que COFIDE remite sus modificaciones el día 1 de agosto de 2014. Al respecto, si la Fecha de Cierre del Contrato fue el 17 de junio de 2014, y AZTECA tenía a su favor un plazo de 90 días para lograr el Cierre Financiero (15 de setiembre de 2014), entonces las recomendaciones de COFIDE se realizan aproximadamente a la mitad del plazo que tenía AZTECA a su favor.

Frente a esa situación, AZTECA solicitó negociar, y luego acordó, la Adenda de Bancabilidad para lograr el Cierre Financiero y que el Proyecto, en opinión de los financistas, sea bancable. Dentro de esta negociación, AZTECA también solicitó, y el MTC concedió, una extensión de plazo de 2 meses prevista en la cláusula 35° del Contrato. AZTECA no incluyó en dicha

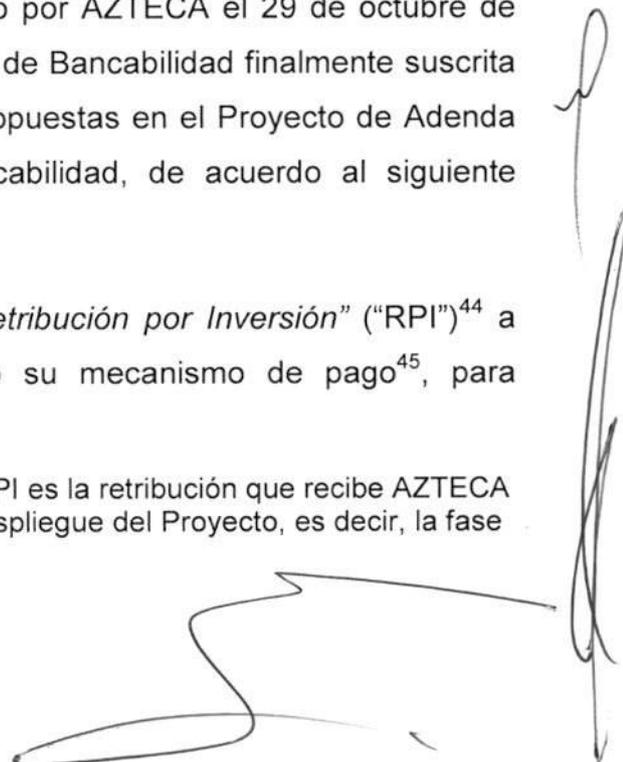


solicitud un pedido expreso de extensión de plazo para constituir el Fideicomiso.

61. Tampoco está en discusión que en la fecha prevista para que el fideicomiso se encuentre constituido (15 de octubre de 2014), AZTECA objetivamente incumplió. A dicha fecha, AZTECA lo que presentó al MTC fue un borrador de contrato de fideicomiso. Sin embargo, el MTC recibe dicho documento, pero no realiza ninguna observación a AZTECA respecto a que en realidad no se había constituido el fideicomiso. El MTC tampoco se reservó el derecho a aplicar o reclamar penalidades por este hecho.
62. Luego de transcurrida la extensión de plazo de dos meses para el Cierre Financiero, el 17 de noviembre de 2014 las Partes suscriben la Adenda de Bancabilidad, a satisfacción de ambas Partes y, de esta manera, se logra el Cierre Financiero. Este hecho ocurrió a casi 3 meses y medio de las primeras recomendaciones de modificación al Contrato de Concesión realizadas por COFIDE (1 de agosto de 2014).
63. Tampoco es controvertido que estas modificaciones inicialmente propuestas por COFIDE, y transmitidas por AZTECA, fueron finalmente incorporadas en el texto de la Adenda de Bancabilidad. Para acreditar lo anterior, basta contrastar el proyecto de Adenda remitido por AZTECA el 29 de octubre de 2014 ("Proyecto de Adenda") y la Adenda de Bancabilidad finalmente suscrita con el MTC. Todas las modificaciones propuestas en el Proyecto de Adenda fueron incluidas en la Adenda de Bancabilidad, de acuerdo al siguiente detalle:
- (i) Se modificó la definición de la "*Retribución por Inversión*" ("RPI")⁴⁴ a cargo del Concedente, así como su mecanismo de pago⁴⁵, para

⁴⁴ Cláusula 2.67° del Contrato de Concesión. La RPI es la retribución que recibe AZTECA por la inversión incurrida durante la Fase de Despliegue del Proyecto, es decir, la fase de ejecución.

⁴⁵ Cláusula 28° del Contrato de Concesión.



enfaticar su carácter irrevocable, incondicional, transferible e independiente a favor del Concesionario, y así garantizar a los terceros financistas que su inversión estará protegida incluso si se produce la caducidad de la concesión.

- (ii) Se permitió a los accionistas del Concesionario dar en garantía sus acciones y los flujos que tiene derecho a recibir bajo el Contrato de Concesión a los Acreedores Permitidos, con el fin de obtener el Endeudamiento Garantizado Permitido y así darle predictibilidad a la estructura del financiamiento⁴⁶.
- (iii) Se aclaró que el plazo máximo para la suscripción de cada Acta de Adjudicación de los Bienes de la Concesión no excederá de 90 días calendario (y no hábiles, que es la regla *default* del Contrato)⁴⁷.

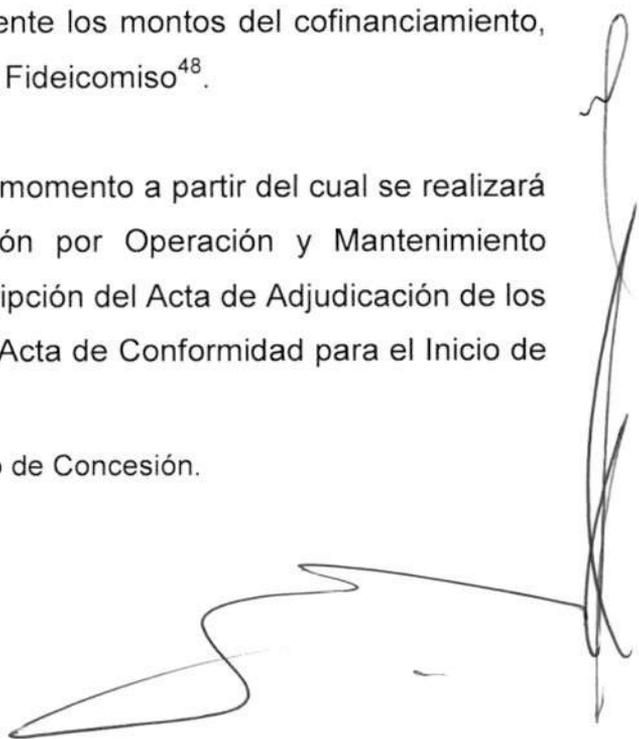
En este punto se hace un añadido al Proyecto de Adenda respecto a que el Acta de Adjudicación de los Bienes de la Concesión se suscribirá, siempre que no existan Observaciones Mayores ni Observaciones Menores sin subsanar y dichos bienes se encuentren libres de cargas, gravámenes y afectaciones de cualquier tipo.

- (iv) Se estableció expresamente que el Concedente deberá programar, presupuestar y pagar oportunamente los montos del cofinanciamiento, a fin de cubrir cualquier déficit del Fideicomiso⁴⁸.
- (v) Se estableció con claridad que el momento a partir del cual se realizará el primer pago de la Retribución por Operación y Mantenimiento ("RPMO") no depende de la suscripción del Acta de Adjudicación de los Bienes de la Concesión, sino del Acta de Conformidad para el Inicio de

⁴⁶ Cláusulas 3°, 4.1.3°, 33.1° y 33.2° del Contrato de Concesión.

⁴⁷ Cláusula 14.7.1° del Contrato de Concesión.

⁴⁸ Cláusula 26.3° del Contrato de Concesión.



las Operaciones⁴⁹, ya que la RPMO no retribuye las inversiones, sino la operación y el mantenimiento.

- (vi) Se modificó el plazo de vigencia del Fideicomiso para que coincida con el plazo de pago de la RPI y no con la caducidad de la concesión. Así, en el caso de que la concesión caduque, pero aún existan pagos pendientes referidos a la RPI o al Valor de Liquidación, el Fideicomiso se extienda para administrar dichos pendientes⁵⁰.
- (vii) Se ampliaron las modalidades de financiamiento para que participen como Acreedores Permitidos bonistas extranjeros, en el marco de una emisión internacional a través de un vehículo constituido en el extranjero⁵¹.
- (viii) Se impidió la cesión o transferencia de la posición contractual del Concesionario a entidades que figuren en la lista de inelegibilidad que publica el Banco Mundial.⁵²
- (ix) Se precisó que los contratos celebrados por el Concesionario con los terceros que financien el Proyecto y que no califiquen como Acreedores Permitidos, no deben incluir las cláusulas que permitan al Concedente asumir la posición contractual del Concesionario. Esto implicaría que el Concedente podría asumir una relación contractual con los inversionistas del Proyecto, aumentando el riesgo para los inversionistas⁵³.
- (x) Se corrigió que, en caso ocurra la caducidad de la concesión por causas atribuibles al Concedente, se deberá pagar una compensación

⁴⁹ Cláusula 30.4° del Contrato de Concesión.

⁵⁰ Cláusula 34.1 y 34.5° del Contrato de Concesión.

⁵¹ Cláusula 35.3 del Contrato de Concesión.

⁵² Cláusula 50.1° del Contrato de Concesión.

⁵³ Cláusula 51.1° del Contrato de Concesión.

por terminación anticipada a favor del Concesionario, no del Concedente.⁵⁴ Asimismo, se estableció el pago de una retribución (y su forma de determinación) a favor del Concesionario, por los avances de las Entregas no culminadas, en caso opere la caducidad de la Concesión por causas atribuibles al Concedente.⁵⁵

- (xi) Se estableció de manera expresa que el Concedente será fideicomitente del contrato de fideicomiso, ya que su participación garantizaría que las transferencias de fondos al fideicomiso y la administración de sus recursos, así como el pago de la RPI y la RPMO, se realicen de manera eficiente y oportuna.⁵⁶

64. Luego, el 23 de febrero de 2015 AZTECA remite al MTC la versión final del Contrato de Fideicomiso. No se ha presentado evidencia que acredite que el MTC observó su presentación como tardía, que haya intimado en mora o que haya realizado una reserva de derechos para aplicar las penalidades contractuales que corresponda.

65. El 30 de marzo de 2015, AZTECA y el MTC, junto a La Fiduciaria, suscriben el Contrato de Fideicomiso (aproximadamente 5 meses y medio después de la fecha prevista en el Contrato de Concesión —15 de octubre de 2014— para la constitución del Fideicomiso). Tampoco se ha acreditado que, al momento en que el MTC suscribió el Contrato de Fideicomiso, haya manifestado su intención de aplicar penalidades contractuales por el retraso.

66. El Contrato de Fideicomiso suscrito por AZTECA, el MTC y La Fiduciaria incluyó las modificaciones al Contrato de Concesión ya acordadas en la Adenda de Bancabilidad que le eran aplicables, de acuerdo al siguiente detalle:

⁵⁴ Cláusula 61.3° del Contrato de Concesión.

⁵⁵ Inclusión de las Cláusulas 61.4°, 61.5° y 61.6° del Contrato de Concesión.

⁵⁶ Anexo 5 del Contrato de Concesión.

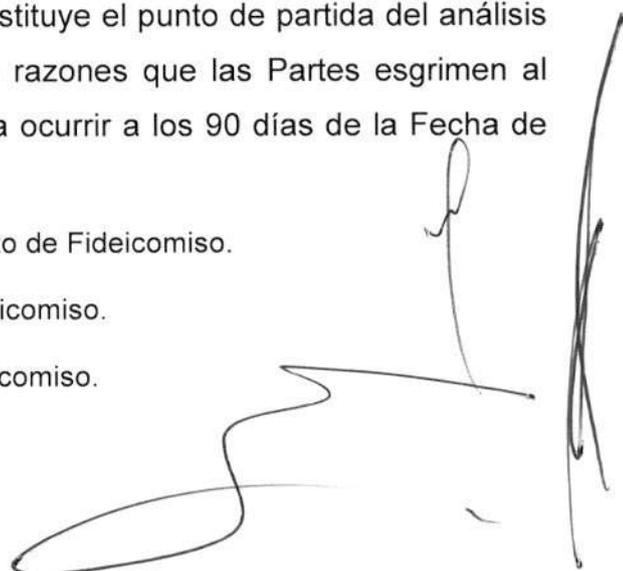
- (i) El plazo de vigencia del Fideicomiso se modificó de acuerdo a lo señalado en la Adenda de Bancabilidad, para garantizar el pago de la RPI y el Valor de Liquidación, en caso se declare la caducidad de la concesión y dichos pagos queden pendientes⁵⁷. Se precisó expresamente en el Contrato de Fideicomiso, al igual que en la Adenda de Bancabilidad, que se trata de un pago incondicional e irrevocable.⁵⁸
 - (ii) La transferencia de fondos a favor de AZTECA por concepto de pago de la RPMO ya no dependería de la suscripción del Acta de Adjudicación de Bienes de la Concesión, sino del Acta de Conformidad para el Inicio de las Operaciones, en la lógica de las 2 Fases del Proyecto (la primera de ejecución del Proyecto, la segunda de prestación del servicio).⁵⁹
 - (iii) El MTC participó en el Contrato de Fideicomiso en calidad de Fideicomitente⁶⁰.
67. Por último, tampoco es un hecho controvertido entre las Partes, además de no haberse presentado prueba en contrario, que la primera ocasión en que el MTC exterioriza o comunica a AZTECA su intención de aplicar penalidades contractuales por el retraso en la constitución del Fideicomiso, fue el 28 de diciembre de 2015 (9 meses después de suscrito el Contrato de Fideicomiso y 14 meses y medio aproximadamente después de vencido el plazo inicialmente previsto en el Contrato de Concesión – 15 de octubre de 2014).
68. Por lo expuesto está comprobado y constituye el punto de partida del análisis del Tribunal, con independencia de las razones que las Partes esgrimen al respecto, que el Cierre Financiero debía ocurrir a los 90 días de la Fecha de

⁵⁷ Cláusulas 9.3.5°, 14.21(iii)° y 16.1° del Contrato de Fideicomiso.

⁵⁸ Cláusulas 9.3.5° y 14.19° del Contrato de Fideicomiso.

⁵⁹ Cláusulas 9.2.1.2° y 9.4° del Contrato de Fideicomiso.

⁶⁰ Cláusula 2° del Contrato de Fideicomiso.

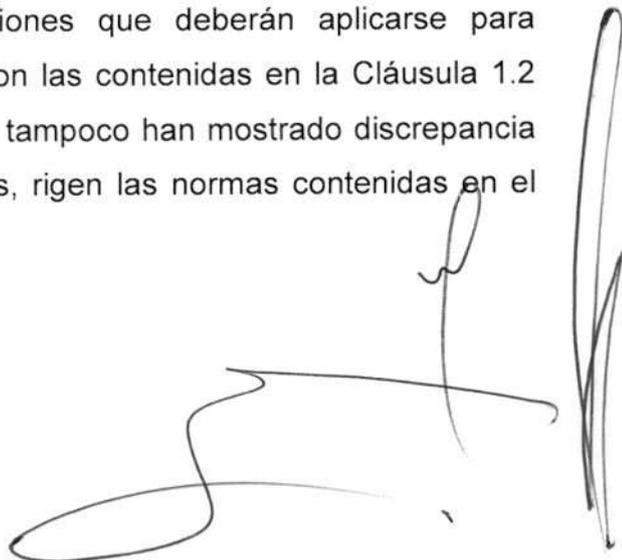


Cierre del Contrato (17 de junio de 2014) y COFIDE remitió sus propuestas de modificación al Contrato de Concesión aproximadamente a la mitad del plazo (1 de agosto de 2014) que tenía AZTECA para acreditar el Cierre Financiero (15 de setiembre de 2014).

69. Tampoco está en discusión que COFIDE remite sus modificaciones el día 1 de agosto de 2014. Al respecto, si la Fecha de Cierre del Contrato fue el 17 de junio de 2014, y AZTECA tenía a su favor un plazo de 90 días para lograr el Cierre Financiero (15 de setiembre), entonces las recomendaciones de COFIDE se realizan aproximadamente a la mitad del plazo que tenía AZTECA a su favor:

- (i) AZTECA no constituyó el Fideicomiso en la fecha prevista para ello en la Cláusula 35° del Contrato de Concesión (15 de octubre de 2014).
- (ii) El MTC no manifestó su voluntad de imponer las penalidades contractuales por el retraso en la constitución del Fideicomiso por parte de AZTECA.
- (iii) El contenido de ciertas cláusulas del Contrato de Fideicomiso fue determinado o afectado por las modificaciones al Contrato de Concesión acordadas por las Partes a través de la Adenda de Bancabilidad.

70. De otro lado, durante el arbitraje las Partes tampoco han mostrado discrepancias respecto a las disposiciones que deberán aplicarse para resolver la presente controversia, que son las contenidas en la Cláusula 1.2 del Contrato. Adicionalmente, las Partes tampoco han mostrado discrepancia respecto a que, en materia de Contratos, rigen las normas contenidas en el Código Civil.



71. Donde existe controversia entre las partes es en las consecuencias de que la constitución del Fideicomiso, a diferencia del Cierre Financiero, no haya sido prorrogada de manera expresa.
72. A decir de AZTECA, además de que el MTC retrasó injustificadamente la Adenda de Bancabilidad, había un entendimiento claro entre las Partes en el sentido de que para constituir el Fideicomiso, era necesario que primero se llegue al Cierre Financiero con la firma de la Adenda de Bancabilidad, por lo que al extenderse el plazo del Cierre Financiero, también se extendió el plazo para constituir el Fideicomiso. En ese sentido, consideran que la penalidad impuesta es arbitraria y, por lo tanto, debe dejarse sin efecto (o cuando menos, reducirse).
73. A su vez, el MTC considera que la Adenda de Bancabilidad se logró haciendo sus mejores esfuerzos de celeridad, y que nunca hubo un acuerdo (ni expreso ni tácito) para prorrogar la constitución del Fideicomiso. En consecuencia, la penalidad responde únicamente al ejercicio válido de un derecho contractual y no tiene por qué ser dejada sin efecto.
74. Con estos antecedentes como base, el Tribunal analizará en los capítulos siguientes los puntos controvertidos entre las Partes.

V.2. Análisis de los puntos controvertidos

(a) Descripción del primer punto controvertido.

75. En este capítulo, el Tribunal analizará el primer punto controvertido, el mismo que quedó definido en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos en los siguientes términos:

“Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto la decisión del MTC contenida en el Oficio N° 1138-2016-MTC/27, de fecha 23 de marzo de 2016, por la que se impuso una penalidad a AZTECA por la

suma de S/ 325,875.00 debido al supuesto retraso incurrido en la constitución del Fideicomiso de Red Dorsal.”

76. El Tribunal cree pertinente analizar con precisión este primer punto controvertido mediante el planteamiento de cuatro preguntas, seguidas de la respectiva posición de cada una de las partes y del Tribunal respecto de cada una de las interrogantes.

(i) ¿Incurrió el MTC en falta de diligencia por demorar la suscripción de la Adenda de Bancabilidad?

• **Posición de AZTECA**

77. AZTECA sostiene que el MTC —como acreedor— tenía la carga de colaborar para que AZTECA pueda cumplir oportunamente su obligación de constituir el Fideicomiso (antes del 15 de octubre de 2014) y no lo hizo, pues habría demorado la suscripción de la Adenda de Bancabilidad, incurriendo así en falta de diligencia⁶¹.

78. AZTECA cita el Artículo 15.3° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas,⁶² que establece un plazo máximo de 10 días hábiles para

⁶¹ Escrito de alegatos de AZTECA, p. 20: *“Lejos de ello, el suceso de actos ante descrito demuestra que fue la pasividad y la completa falta de diligencia del MTC lo que determinó que no sea posible para AZTECA cumplir con constituir el Fideicomiso dentro del plazo contractualmente establecido. El retraso no podría, por tanto, ser imputable a AZTECA sino a la falta de colaboración del MTC al no haber cumplido con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación de manera oportuna.”*

⁶² Artículo 15.3° del Decreto Supremo No. 127-2014-EF: *“15.3. La modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción de la inversión privada que originó el contrato de Asociación Público Privada, la cual estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y su distribución de riesgos. En caso la modificación contractual altere el cofinanciamiento o las garantías, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual la entidad deberá adjuntar la opinión del organismo regulador y del Organismo Promotor de la Inversión Privada, según corresponda.*

La opinión de las entidades deberá ser emitida dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de

que las autoridades emitan opinión respecto a la propuesta de adenda del contrato de concesión, y señala que el MTC excedió ampliamente este plazo en diversos hitos⁶³:

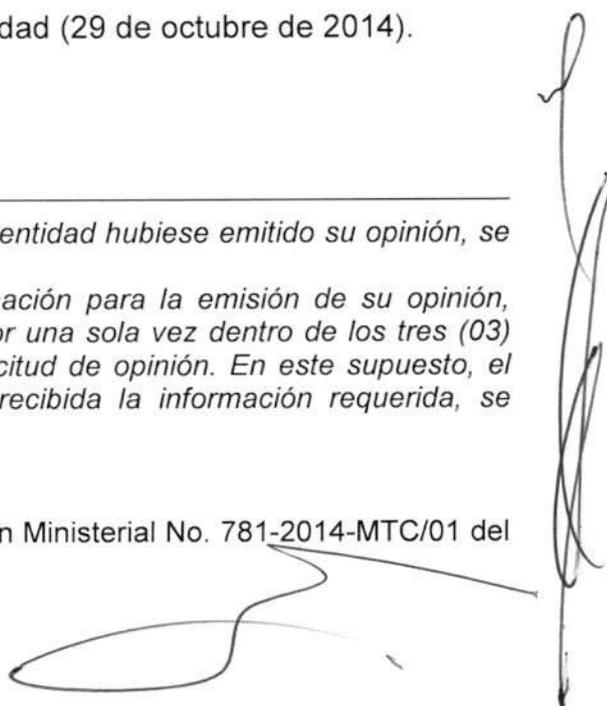
- (i) El MTC recibió el pedido de COFIDE para la suscripción de la Adenda de Bancabilidad el 4 de agosto de 2014, y recién cumplió con remitirla al OSIPTEL y a PROINVERSIÓN el 9 de setiembre y al Ministerio de Energía y Minas ("MEM") el 12 de setiembre de 2014 (a tres días de la fecha inicialmente prevista para el Cierre Financiero).
- (ii) Pese a que el 17 de setiembre el MEF pidió al MTC su Informe de sustento, el MTC recién solicitó internamente autorización el 31 de octubre, a través del envío a la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones de la versión final de la Adenda de Bancabilidad.
- (iii) El MTC recién remitió al MEF la versión final de la Adenda de Bancabilidad el 11 de noviembre, cuando pudo hacerlo desde el 29 de octubre.
- (iv) El MTC aprobó la Adenda de Bancabilidad mediante Resolución Ministerial No. 781-2014 del 16 de noviembre de 2014⁶⁴, habiendo excedido los diez días hábiles, sea que se calculen desde la primera solicitud de AZTECA (4 de agosto de 2014) o desde la presentación de la versión final de la Adenda de Bancabilidad (29 de octubre de 2014).

opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que la entidad hubiese emitido su opinión, se entenderá que esta es favorable.

En caso las entidades requirieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información podrá efectuarse por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspenderá y una vez recibida la información requerida, se reiniciará el mismo".

⁶³ Escrito de alegatos de AZTECA, pp. 15-19.

⁶⁴ Anexo O de la Demanda de AZTECA: Resolución Ministerial No. 781-2014-MTC/01 del 16 de noviembre de 2014.



(v) AZTECA remitió al MTC la versión final del Contrato de Fideicomiso el 23 de febrero de 2015, y el MTC recién la aprobó el 16 de marzo de 2015.

79. A decir de AZTECA, estos hechos revelarían falta de diligencia del MTC en la aprobación de la Adenda de Bancabilidad.

- **Posición del MTC**

80. El MTC niega haber retrasado la suscripción de la Adenda de Bancabilidad en los términos señalados por AZTECA, y por lo tanto, niega haber sido poco diligente.

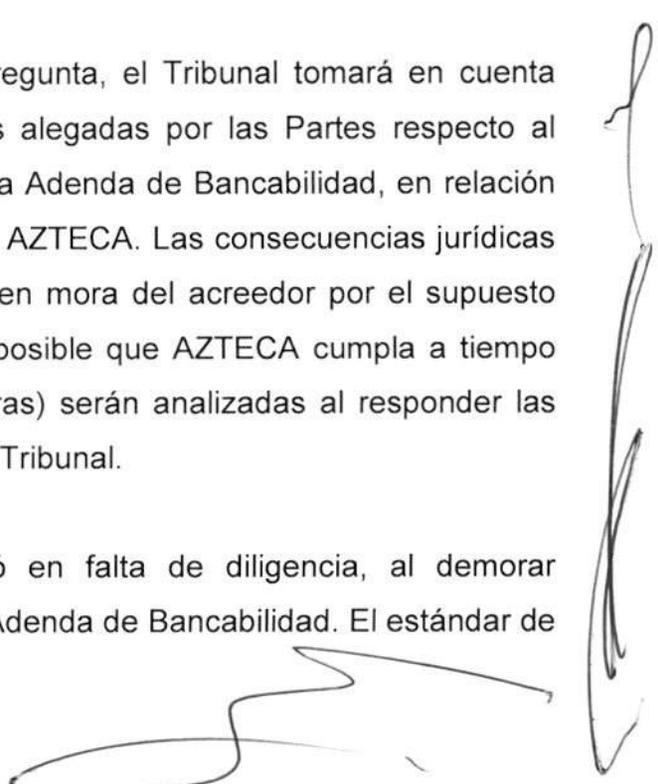
81. El MTC señala que el Cierre Financiero (que se logró a través de la Adenda de Bancabilidad) sí contemplaba una extensión de plazo, que cumplieron con atender y aceptar oportunamente. Sin embargo, señala que la constitución del Fideicomiso no admitía esta posibilidad de extensión.

82. Asimismo, señala que la suscripción de la Adenda de Bancabilidad se dio a pedido expreso del Concesionario, por lo que la oportunidad, tiempo y plazos de dicha gestión eran de responsabilidad exclusiva de AZTECA.

- **Posición del Tribunal Arbitral**

83. Para dar respuesta a esta primera pregunta, el Tribunal tomará en cuenta únicamente las circunstancias fácticas alegadas por las Partes respecto al supuesto retraso en la tramitación de la Adenda de Bancabilidad, en relación al estándar de diligencia empleado por AZTECA. Las consecuencias jurídicas de dichos hechos (si incurrió el MTC en mora del acreedor por el supuesto retraso, si dichos retrasos hicieron imposible que AZTECA cumpla a tiempo con constituir el Fideicomiso, entre otras) serán analizadas al responder las siguientes preguntas planteadas por el Tribunal.

84. AZTECA alega que el MTC incurrió en falta de diligencia, al demorar injustificadamente la tramitación de la Adenda de Bancabilidad. El estándar de



diligencia que ofrece el MTC para medir esa demora es el plazo de diez días establecido en el Artículo 15.3° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, que establece lo siguiente:

“15.3. La modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente, cuando se trate de proyectos bajo su competencia. Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada que estuvo a cargo del proceso de promoción de la inversión privada que originó el contrato de Asociación Público Privada, la cual estará orientada a brindar información sobre el diseño original del contrato, su estructuración económica financiera y su distribución de riesgos. En caso la modificación contractual altere el cofinanciamiento o las garantías, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual la entidad deberá adjuntar la opinión del organismo regulador y del Organismo Promotor de la Inversión Privada, según corresponda.

La opinión de las entidades deberá ser emitida dentro de un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la solicitud de opinión. Transcurrido el plazo máximo sin que la entidad hubiese emitido su opinión, se entenderá que esta es favorable.

En caso las entidades requirieran mayor información para la emisión de su opinión, dicho pedido de información podrá efectuarse por una sola vez dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud de opinión. En este supuesto, el cómputo del plazo se suspenderá y una vez recibida la información requerida, se reiniciará el mismo”.

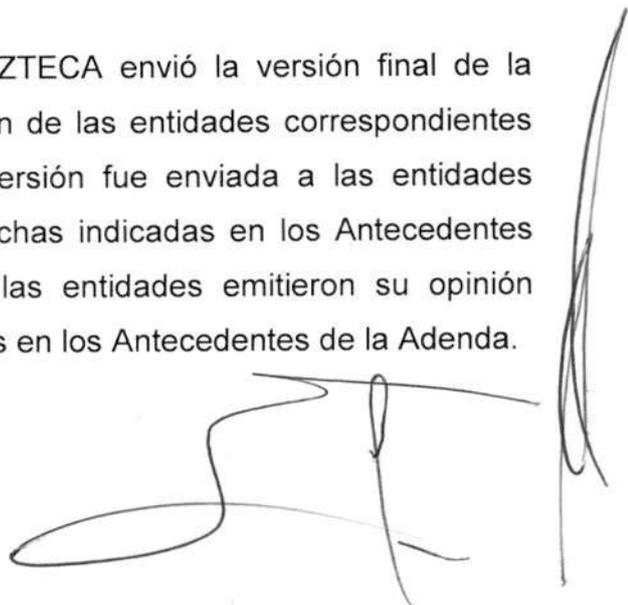
85. A efectos de analizar si se incumple el estándar de diligencia referido por AZTECA en relación a la opinión favorable de cada una de las entidades en cuestión, el Tribunal analizará las fechas en que el MTC requirió la opinión a cada entidad y la fecha en que ella fue emitida respecto de la Adenda de Bancabilidad.

86. Como punto de partida, debe considerarse que AZTECA y el MTC mantuvieron negociaciones dentro de las cuales hubo tres versiones de la Adenda de Bancabilidad: (i) la primera versión del 4 de agosto, (ii) la segunda versión del 8 de setiembre, que reemplazó la anterior y (iii) la versión final, que reemplazó las anteriores, del 29 de octubre de 2014.

87. El Tribunal considera pertinente remitirse a lo acordado por las Partes en la sección de "Antecedentes" de la Adenda de Bancabilidad, que fue finalmente suscrita, donde se señala:

- " (...)
- 1.6 *El 29 de octubre de 2014, mediante carta ingresada con P/D No. 194204, el Concesionario solicitó formalmente la modificación del Contrato de Concesión.*
- 1.7 *Mediante Oficios Nos. 35096-2014-MTC/27 de fecha 12 de setiembre de 2014, 41214-2014-MTC/27 de fecha 30 de octubre de 2014 y 41213-2014-MTC/27 de fecha 30 de octubre de 2014, el Concedente solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas, al OSIPTEL y a PROINVERSIÓN, respectivamente, su opinión con relación a la propuesta de Adenda No. 1 al Contrato de Concesión.*
- 1.8 *Mediante Oficio No. 11-2014/PROINVERSION/DPI/SDGP/JPTE-11 de fecha 03 de noviembre de 2014, PROINVERSION emitió la opinión solicitada por el Concedente respecto de la propuesta de Adenda No. 1 al Contrato de Concesión sometida a su consideración.*
- 1.9 *Mediante Oficio No. 1076-GG.GPRC/2014 de fecha 10 de noviembre de 2014, OSIPTEL emitió la opinión solicitada por el Concedente respecto de la propuesta de Adenda No.1 al Contrato de Concesión sometida a su consideración.*
- 1.10 *Mediante Oficio No. 289-2014-EF/15.01 de fecha 13 de noviembre de 2014, el Ministerio de Economía y Finanzas emitió opinión favorable sobre la propuesta de Adenda No. 1 al Contrato de Concesión, contenida en el Informe No. 098-2014/EF/68.01.*
- " (...)"

88. De lo anterior se desprende que: (i) AZTECA envió la versión final de la Adenda de Bancabilidad para aprobación de las entidades correspondientes el 29 de octubre de 2014, (ii) dicha versión fue enviada a las entidades correspondientes para opinión en las fechas indicadas en los Antecedentes de la Adenda de Bancabilidad, y (iii) las entidades emitieron su opinión favorable también en las fechas indicadas en los Antecedentes de la Adenda.



89. Así, del análisis de lo admitido por ambas Partes en la Adenda de Bancabilidad, se desprende que:

(i) El MTC requirió a PROINVERSIÓN su opinión el día 30 de octubre de 2014, y PROINVERSIÓN cumplió con emitirla el día 3 de noviembre de 2014 (esto es, dentro del plazo de 10 días útiles).

(ii) El MTC requirió al OSIPTEL su opinión el día 30 de octubre de 2014, y OSIPTEL cumplió con emitirla el día 10 de noviembre de 2014 (también dentro del plazo de 10 días útiles).

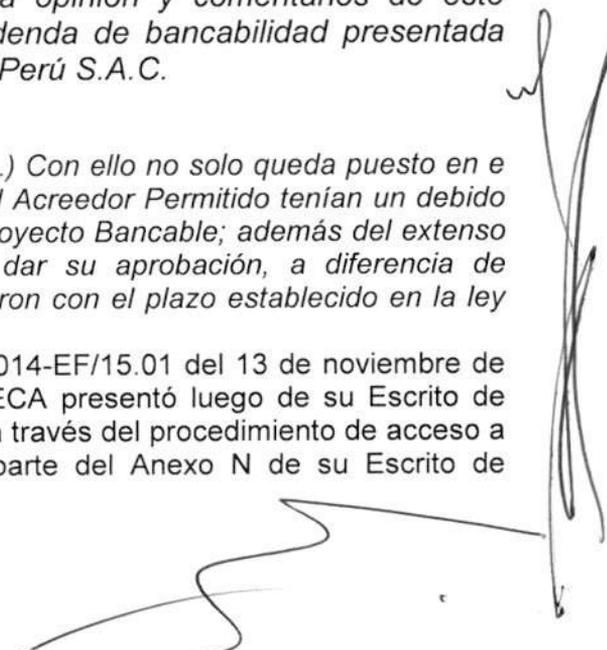
90. De hecho, respecto a estas dos opiniones favorables, AZTECA señala en su escrito de Demanda que dichas entidades sí cumplieron con emitir sus opiniones favorables en el plazo establecido en la ley⁶⁵.

91. En cuanto a la opinión favorable del MEF, se indica en los Antecedentes de la Adenda de Bancabilidad que el MTC solicita opinión al MEF el 12 de setiembre de 2014 y que esta emite opinión el 13 de noviembre de 2014, a través del Informe No. 098-2014/EF68.01. Aquí aparentemente habría una demora. Sin embargo, de los antecedentes de dicho Informe del 12 de noviembre se observa lo siguiente⁶⁶:

“1.2 Mediante Oficio No. 35096-2014-MTC/27 de fecha 12 de setiembre de 2014, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones remite para opinión y comentarios de este Ministerio, la solicitud de adenda de bancabilidad presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

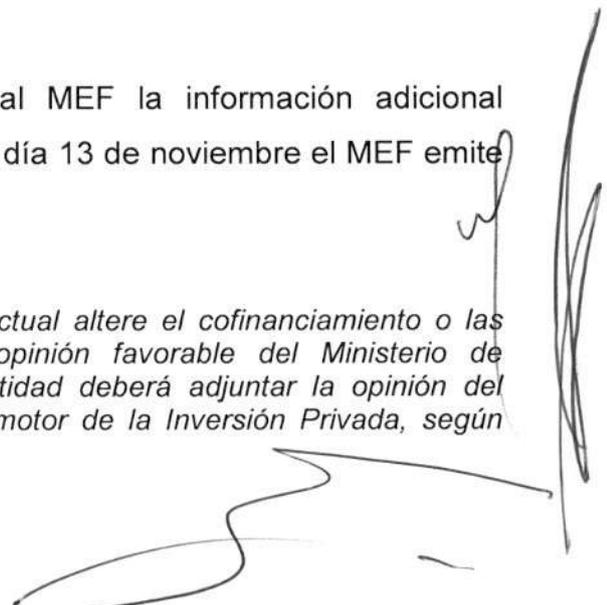
⁶⁵ Escrito de Demanda de AZTECA, Pg. 44-45: “(...) Con ello no solo queda puesto en evidencia que las modificaciones propuestas por el Acreedor Permitido tenían un debido sustento y eran necesarias para contar con un Proyecto Bancable; además del extenso período de tiempo que ameritó el MEF para dar su aprobación, a diferencia de PROINVERSIÓN y OSIPTEL, quienes sí cumplieron con el plazo establecido en la ley para emitir su aprobación (ANEXO N).”

⁶⁶ Dicho Informe fue adjuntado al Oficio No. 289-2014-EF/15.01 del 13 de noviembre de 2014, que es uno de los documentos que AZTECA presentó luego de su Escrito de Demanda (por haberlos obtenido posteriormente a través del procedimiento de acceso a la información pública) y que incorporó como parte del Anexo N de su Escrito de Demanda.



- 1.3 *Mediante Oficio No. 013-2014-EF/68.01 de fecha 15 de setiembre de 2014, esta Dirección General señaló que para poder atender la solicitud de opinión sobre la Adenda remitida, se requiere que, previamente, se adjunte: i) opinión previa del OSIPTEL y PROVINVERSIÓN; ii) acuerdo de modificación contractual al que hayan arribado las partes; iii) el correspondiente informe de sustento del MTC.*
- 1.4 *Mediante Oficio No. 42904-2014-MTC/27, de fecha 11 de noviembre de 2014, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones, solicita opinión previa de este Ministerio a la propuesta de adenda, adjuntando para ello los siguientes documentos: - carta s/n de fecha 29 de octubre mediante el cual la empresa concesionaria Azteca Comunicaciones S.A.C. remite propuesta de adenda y el Sustento de adenda de bancabilidad presentado por el Acreedor Permitido (COFIDE (...)).*
92. Conforme se desprende, luego de notificado con la solicitud de opinión del MTC del 12 de setiembre de 2014, el día 15 de setiembre de 2014 el MEF solicitó que previamente se adjunte la opinión del OSIPTEL y de PROINVERSIÓN, de conformidad a lo señalado en el Artículo 15.3° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas⁶⁷, así como el acuerdo de modificación al Contrato de Concesión (es decir, la versión final de la Adenda de Bancabilidad).
93. A dicho momento, habían transcurrido sólo dos de los tres días útiles que el Artículo 15.3° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas le otorgaba al MEF para solicitar información adicional. En ese sentido, el MEF no incumplió el plazo ahí señalado.
94. Asimismo, el MTC cumple con remitir al MEF la información adicional solicitada el 11 de noviembre de 2014, y el día 13 de noviembre el MEF emite

⁶⁷ "15.3 (...) En caso la modificación contractual altere el cofinanciamiento o las garantías, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para lo cual la entidad deberá adjuntar la opinión del organismo regulador y del Organismo Promotor de la Inversión Privada, según corresponda."



su opinión favorable. En total, el MEF tomó tres de los diez días útiles que tenía a su favor para emitir su opinión favorable.

95. Por lo tanto, conforme a lo admitido por ambas partes, y por la reseña de hechos antes señalada, el Tribunal considera que el MEF no incumplió el plazo de diez días útiles en ninguna de las ocasiones imputadas por AZTECA. Por lo tanto, el Tribunal observa que el MTC no incumplió el estándar de diligencia que la propia AZTECA emplea en su argumentación.
96. Adicionalmente, en opinión del Tribunal, resulta razonable que la Adenda de Bancabilidad se haya logrado aproximadamente dos meses y dos semanas después de la acreditación de COFIDE como Acreedor Permitido por parte del MTC, lo que ocurrió a tan solo trece días (2 de setiembre) del vencimiento del plazo original para el Cierre Financiero (15 de setiembre). Cabe precisar que la oportunidad para obtener las recomendaciones por parte de COFIDE, así como su acreditación ante el MTC como Acreedor Permitido, era enteramente de control y responsabilidad de AZTECA.

(ii) ¿La demora del MTC determinó que sea imposible para AZTECA constituir el Fideicomiso en el plazo establecido?

• **Posición de AZTECA**

97. AZTECA sostiene que la demora del MTC en obtener la aprobación de la Adenda de Bancabilidad, determinó que no le sea posible constituir el Fideicomiso en el plazo establecido, por lo que la causa del incumplimiento no le sería imputable a AZTECA sino a la demora del MTC. Por esta razón, la penalidad contractual impuesta no le resultaría exigible.
98. Para ello, AZTECA invoca supuestos de fractura del nexo causal, entre ellos: (i) el hecho determinante de tercero, consistente en el “(...) *extenso período de tiempo requerido por las diversas autoridades competentes para emitir su opinión favorable (...)*”; y (ii) el hecho determinante de la propia víctima, consistente en “(...) *la deficiente gestión desempeñada por el MTC para*

*tramitar frente a OSIPTEL, PROINVERSIÓN y el MEF, y sobre todo internamente, la aprobación de la Adenda de Bancabilidad*⁶⁸.

99. Así, estos hechos revelarían que han ocurrido supuestos de exoneración de responsabilidad de AZTECA, por lo que la penalidad se debería dejar sin efecto.

- **Posición del MTC**

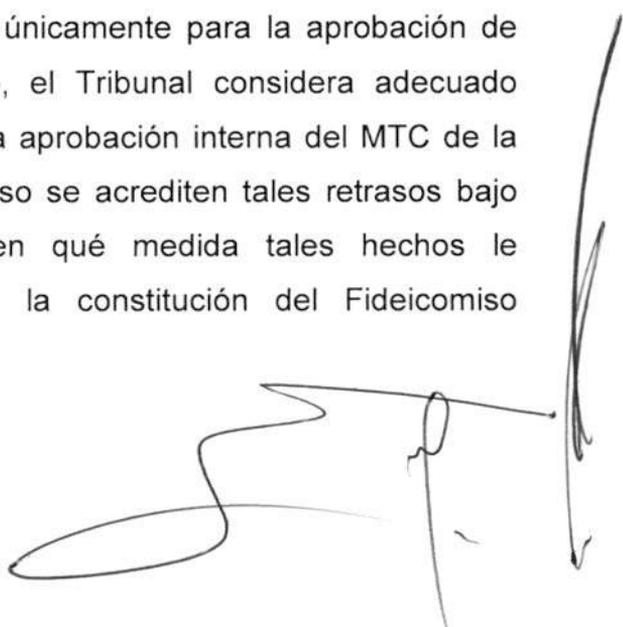
100. El MTC niega haber retrasado la suscripción de la Adenda de Bancabilidad en los términos señalados por AZTECA, y por lo tanto, defiende la validez de la penalidad contractual impuesta a AZTECA.

- **Posición del Tribunal Arbitral.**

101. Al dar respuesta a la pregunta anterior, el Tribunal ya analizó los retrasos imputados por AZTECA al MTC en torno a obtener la opinión favorable del OSIPTEL, PROINVERSIÓN y MEF, y llegó a la conclusión de que la entrega oportuna de la Adenda de Bancabilidad no se debió a un retraso de las diversas entidades del Estado Peruano que participaron en su tramitación. Por lo tanto, respecto al retraso de dichas entidades, el Tribunal considera que no se produjo una supuesta imposibilidad de cumplimiento por parte de AZTECA.

102. Ahora bien, en cuanto a los retrasos alegados por AZTECA al interior del MTC, si bien el plazo de 10 días del Artículo 15.3° del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas aplica únicamente para la aprobación de las entidades distintas al Concesionario, el Tribunal considera adecuado utilizar dicho plazo como estándar para la aprobación interna del MTC de la Adenda de Bancabilidad. Así, sólo en caso se acrediten tales retrasos bajo este estándar, el Tribunal analizará en qué medida tales hechos le imposibilitaron a AZTECA cumplir con la constitución del Fideicomiso oportunamente.

⁶⁸ Escrito de alegatos de AZTECA, pp. 23 y 24.

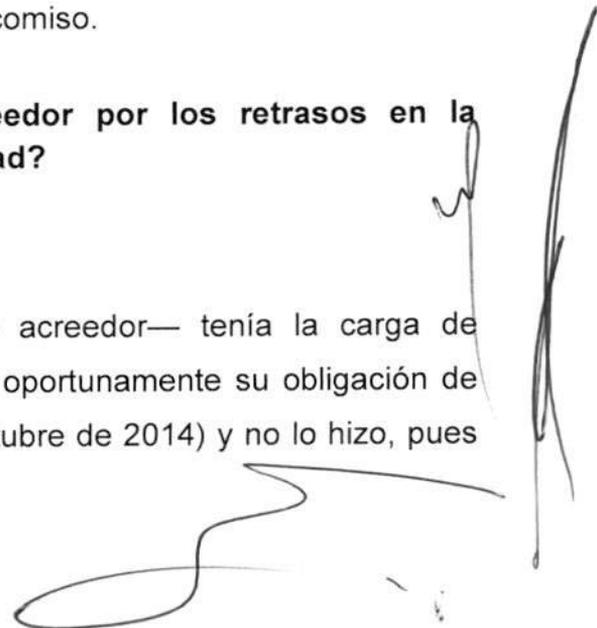


103. Al respecto, ya se acreditó que tras las negociaciones entre el MTC y AZTECA respecto al contenido de la Adenda de Bancabilidad, el 29 de octubre de 2014 AZTECA envía lo que consideró la versión final de la Adenda de Bancabilidad.
104. Dos días hábiles después, el 31 de octubre de 2014, la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC (DGCC), remite a la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones (DGRAIC) del MTC la versión final de la Adenda de Bancabilidad.
105. Un día hábil después, el 3 de noviembre de 2014, la DGRAIC remite a la DGCC su opinión favorable.
106. Ocho días hábiles después, el 13 de noviembre de 2014, la DGCC emitió su opinión favorable. Tres días después, el 16 de noviembre de 2014, el MTC emite la Resolución Ministerial No. 781-2014, que aprueba el texto de la Adenda de Bancabilidad.
107. Como vemos, a pesar de no tener un plazo previsto en el ordenamiento legal, de acuerdo al estándar utilizado por este Tribunal, el MTC tampoco incumplió el plazo de diez días hábiles para obtener las opiniones favorables de sus órganos internos para la aprobación de la Adenda de Bancabilidad.
108. En ese sentido, dado que tampoco se verifica un retraso en este aspecto, el Tribunal no encuentra razones para considerar que ello imposibilitó a AZTECA el constituir oportunamente el Fideicomiso.

(iii) ¿Incurrió el MTC en mora del acreedor por los retrasos en la obtención de la Adenda de Bancabilidad?

• **Posición de AZTECA**

109. AZTECA sostiene que el MTC —como acreedor— tenía la carga de colaborar para que AZTECA pueda cumplir oportunamente su obligación de constituir el Fideicomiso (antes del 15 de octubre de 2014) y no lo hizo, pues



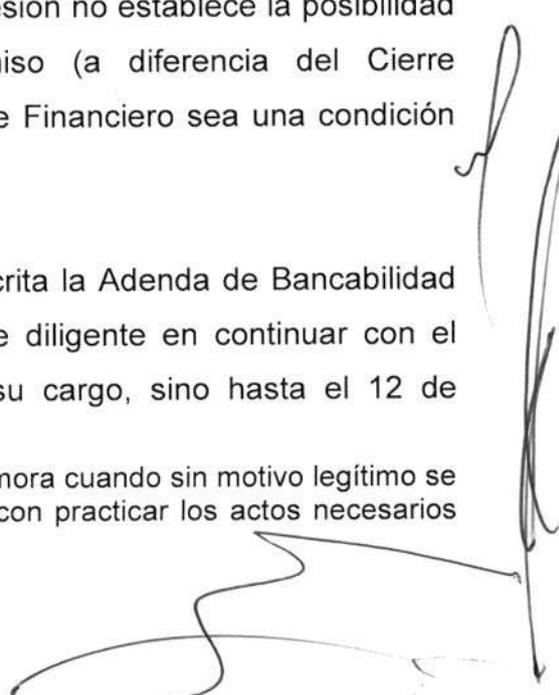
habría demorado la suscripción de la Adenda de Bancabilidad de manera irrazonable o injustificada.

110. Esta demora por parte del MTC implicaría, según AZTECA, que incurrió en mora del acreedor, lo que se produce cuando "(...) *sin motivo legítimo, se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.*"⁶⁹ (Subrayado agregado).
111. AZTECA señala que las demoras del MTC en la aprobación de la Adenda de Bancabilidad impidieron que cumpla con la constitución del Fideicomiso a tiempo, pues primero era necesario contar con la Adenda de Bancabilidad, para luego constituir el Fideicomiso.

- **Posición del MTC**

112. El MTC sostiene que el Contrato de Concesión no establece que el Concedente deba asumir algún tipo de riesgo o responsabilidad respecto de la constitución del Fideicomiso, por lo que AZTECA es el único responsable de ese retraso. Así, la posición del MTC es objetiva: si AZTECA no cumplió con constituir el Fideicomiso el 15 de octubre, entonces incumplió el Contrato y la aplicación de la penalidad es válida.
113. Asimismo, señala que el Contrato de Concesión no establece la posibilidad de prorrogar la constitución del Fideicomiso (a diferencia del Cierre Financiero) y tampoco establece que el Cierre Financiero sea una condición para constituirlo.
114. El MTC señala también que, luego de suscrita la Adenda de Bancabilidad (17 de noviembre de 2014), AZTECA no fue diligente en continuar con el proceso de constitución del Fideicomiso a su cargo, sino hasta el 12 de

⁶⁹ Código Civil, Artículo 1338.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación.



febrero de 2015, fecha en que solicitó al MTC aprobar la última versión del Contrato de Fideicomiso.

- **Posición del Tribunal Arbitral**

115. Sin perjuicio de que el Tribunal ya demostró las razones por las cuales el MTC no incurrió en las demoras imputadas por AZTECA, ya sea frente a las entidades externas o internas, a continuación se exponen las razones adicionales por las cuales se debe considerar que el MTC no incurrió en mora del acreedor.

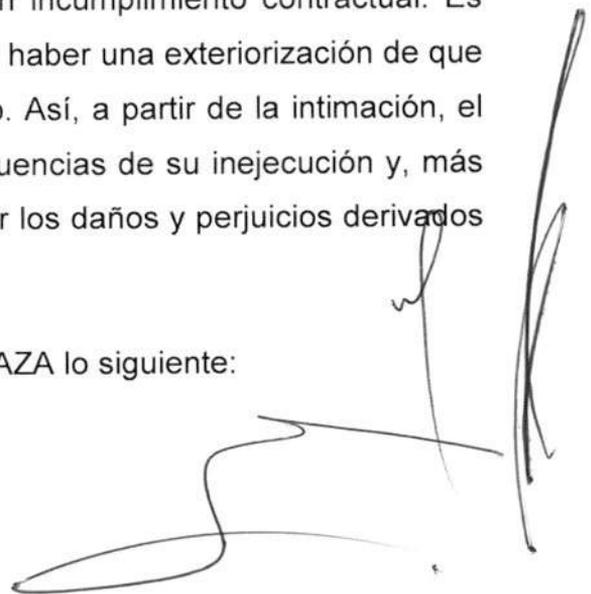
116. El artículo 1338° del Código Civil regula la institución de la mora del acreedor, de la siguiente manera:

“Art. 1338°.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

117. Incurre en mora el acreedor que no cumple con los actos necesarios (puede ser el cumplimiento de obligaciones o cargas contractuales) que se requieren para que el deudor ejecute su prestación.

118. Ahora bien, la interpelación o intimación en mora del acreedor es la forma a través de la cual la parte deudora exterioriza su voluntad de calificar o considerar un acto de su acreedor como un incumplimiento contractual. Es decir, no basta el solo paso del tiempo; debe haber una exteriorización de que ese paso del tiempo puede generar un daño. Así, a partir de la intimación, el deudor ya no es responsable de las consecuencias de su inejecución y, más bien, será el acreedor quien deba indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.

119. Al respecto, señalan OSTERLING y REBAZA lo siguiente:



“Bajo esta óptica, la interpelación es el instrumento que convierte el simple retardo en una situación jurídicamente relevante. Cabe agregar que existe una diferencia conceptual entre el retardo en el cumplimiento de la prestación y la mora. El simple retardo se comprende como una situación fáctica que no trae aparejadas consecuencias para el acreedor. Así, por ejemplo, el acreedor que ha demorado los actos de colaboración que le resultan exigibles, pero que no ha sido requerido para ello, no responde por los daños y perjuicios que su retardo pudiera irrogar al deudor. No obstante, una vez concretada la intimación se abre una nueva etapa: la de responsabilidad del acreedor y ausencia de responsabilidad del deudor.

La conclusión que se extrae de lo expuesto es que no basta con que el deudor se niegue a recibir la prestación o, adoptando la nomenclatura del Código, omita colaborar, sino que es preciso que el deudor lo intime.”⁷⁰

(Subrayado agregado)

120. Así, el acreedor no se encuentra en mora hasta que el deudor lo intima o interpela al respecto. Precisamente por esto, cuando el Artículo 1339° del Código Civil señala que “[e]l acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso”. Es decir, el acreedor que ha sido intimado en mora, para que cumpla con realizar los actos necesarios para que el deudor cumpla su prestación.
121. En el presente caso, AZTECA no ha acreditado haber intimado al MTC en mora del acreedor de manera contemporánea. En ninguna de las comunicaciones que reflejan la negociación de la Adenda de Bancabilidad se exterioriza una manifestación de voluntad de AZTECA en ese sentido.
122. En ese sentido, si AZTECA consideró que el MTC incumplió, debió intimarlo y requerir que realice los actos que posibiliten a AZTECA cumplir su obligación; más aún si es que AZTECA señala que los incumplimientos del MTC se dieron en diversos hitos. AZTECA no acredita haber intimado en mora respecto de ninguno de los hitos que demostrarían el incumplimiento de la carga del MTC.

⁷⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. “Mora del acreedor. Fundamentos y alcances sobre los mecanismos de liberación”. Lima, 2006.

123. Además, resulta lógico que no se haya producido una intimación en mora de parte de AZTECA hacia el MTC, pues en estricto las Partes se encontraban negociando el contenido de la Adenda de Bancabilidad. En toda negociación, son ambas Partes las que deben asumir las consecuencias de un eventual retraso. Así lo deja ver la propia AZTECA, al señalar en su Escrito de Alegatos que “[l]a Adenda de Bancabilidad, además, es una modificación conjunta de las partes al Contrato de Concesión, en la que ambas tienen una participación directa y que, por ende, no podrá ser atribuida como un acto de responsabilidad exclusiva del Concesionario”⁷¹.

124. En el presente caso, además, no sólo no hubo intimación en mora, sino que al suscribir la Adenda de Bancabilidad, específicamente en su sección de Antecedentes, AZTECA reconoció la validez y la oportunidad legal de los actos realizados por el MTC con fines a obtener la Adenda de Bancabilidad.

125. Por lo tanto, a falta de intimación por parte de AZTECA, el Tribunal considera que no se ha producido una situación de mora del MTC que pueda dejar sin efecto la penalidad contractual impuesta a AZTECA.

(iv) ¿Hubo una voluntad común de modificar el Contrato de Concesión?

• **Posición de AZTECA**

126. En primer lugar, AZTECA alega que, si bien la Cláusula 49° del Contrato de Concesión exige pacto expreso entre las Partes para modificar su contenido, las Partes a través de su conducta dejaron de lado dicha formalidad a efectos del plazo para constituir el Fideicomiso, de manera indubitable.

127. A decir de AZTECA, existió pleno entendimiento de que primero se debía firmar la Adenda de Bancabilidad para que se pueda constituir el Fideicomiso.

⁷¹ Escrito de alegatos de AZTECA, p. 20.

128. En segundo lugar, AZTECA sostiene que el comportamiento de las partes demuestra una voluntad indubitable o inequívoca de novar los términos de la obligación prevista en la Cláusula 34.1° del Contrato (constituir el Fideicomiso en 120 días) a una nueva obligación, esta vez sujeta a la condición de suscribir previamente la Adenda de Bancabilidad.

129. Así, señala AZTECA que se cumplen los requisitos de la novación objetiva, ya que: (i) hay una obligación preexistente (constituir el Fideicomiso en 120 días); (ii) se crea una nueva obligación (sujeta a la condición de suscribir la Adenda de Bancabilidad); y (iii) hubo una intención indubitable de las Partes de novar (que se desprende del comportamiento del MTC)⁷².

130. De este modo, a criterio de AZTECA, se cumple también el supuesto previsto en el Artículo 1277° del Código Civil, al haber acordado tácitamente las Partes una novación objetiva.

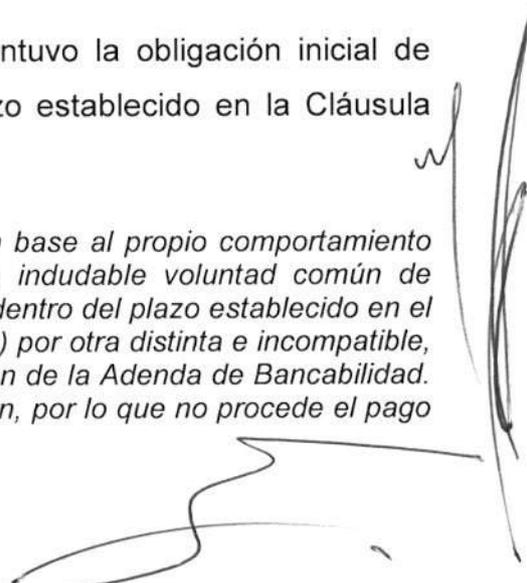
- **Posición del MTC**

131. El MTC señala que en ningún momento expresó su voluntad de modificar el Contrato de Concesión, que además requería ser manifestada de manera expresa, de acuerdo a la Cláusula 49° del Contrato.

132. Señala también que para que aplique una novación objetiva, ambas Partes deben demostrar su voluntad de modificar la obligación inicial por una posterior, lo que no se verifica en el presente caso.

133. En ese sentido, señala que siempre se mantuvo la obligación inicial de AZTECA de constituir el fideicomiso en el plazo establecido en la Cláusula

⁷² Escrito de alegatos de AZTECA, p. 22: "Por tanto, en base al propio comportamiento adoptado por las partes, se verifica que existió una indudable voluntad común de sustituir la obligación original (constituir el Fideicomiso dentro del plazo establecido en el numeral 1 de la Cláusula 34 del Contrato de Concesión) por otra distinta e incompatible, que condiciona dicha constitución a la previa suscripción de la Adenda de Bancabilidad. Estando a ello, se produjo una novación de la obligación, por lo que no procede el pago de penalidad".



34.1° del Contrato, así como la penalidad contractual en caso no se verifique lo anterior.

- **Posición del Tribunal Arbitral**

134. El Tribunal considera adecuado tratar los argumentos de AZTECA respecto a la modificación tácita del Contrato de Concesión y la novación objetiva que alega, al basarse ambos argumentos en el mismo punto de partida: la supuesta manifestación indiscutible de voluntad de ambas partes para dejar sin efecto el plazo de 120 días a cargo de AZTECA para constituir el Fideicomiso.

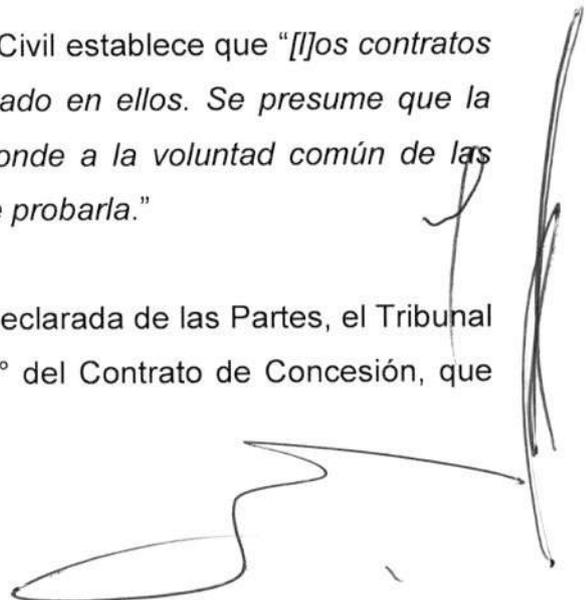
135. En primer lugar resulta pertinente citar el Artículo 141° del Código Civil, en el cual se ampara AZTECA al momento de afirmar que en este caso la voluntad de las partes de modificar el Contrato se infiere indubitablemente:

"Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario."

136. Al respecto, el Artículo 1361° del Código Civil establece que "[l]os contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."

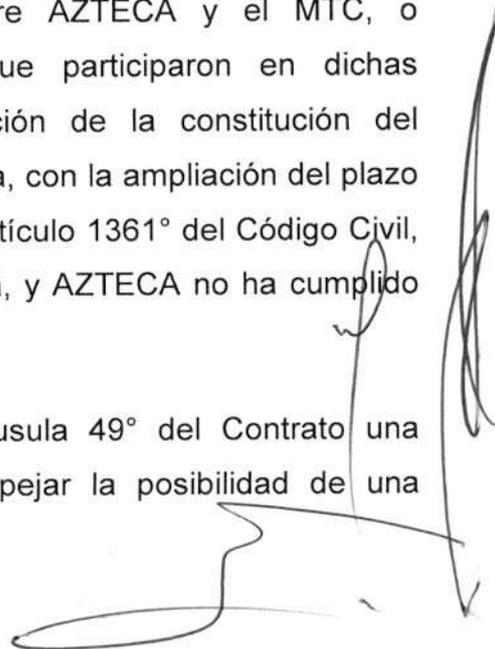
137. Así, a efectos de determinar la voluntad declarada de las Partes, el Tribunal se remite a lo pactado en la Cláusula 49.1° del Contrato de Concesión, que establece:



“CLÁUSULA 49.- MODIFICACIONES AL CONTRATO

49.1 *De conformidad con el artículo 33 del TUO de las Concesiones, las Partes podrán modificar el Contrato, previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados, por causa debidamente fundada y cuando ello resulte necesario al interés público, respetando su naturaleza y en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractuales convenidas y el equilibrio económico-financiero de las prestaciones a cargo de las Partes.
(...)”*

138. Lo anterior implica que AZTECA debe acreditar que las Partes pactaron en contra de la formalidad acordada (acuerdo por escrito y firmado) en la Cláusula 49.1° del Contrato de Concesión. Es decir, AZTECA debe probar que, en la negociación de la Adenda de Bancabilidad, las Partes acordaron indubitadamente la extensión del plazo para constituir el Fideicomiso.
139. El Tribunal considera que AZTECA no ha acreditado lo anterior. En efecto, AZTECA no ha aportado medios probatorios que acrediten una conducta de donde se desprenda indiscutiblemente que ambas partes estuvieron de acuerdo en modificar el Contrato.
140. Así, a manera de ejemplo, en su Solicitud de Adenda, AZTECA no hizo referencia a la constitución del Fideicomiso. Tampoco lo hizo al solicitar la extensión de plazo para acreditar el Cierre Financiero. Tampoco ha aportado actas de las reuniones de negociación entre AZTECA y el MTC, o declaraciones o testimonios de personas que participaron en dichas negociaciones, que acrediten que la ampliación de la constitución del Fideicomiso iba de la mano, o se buscó que vaya, con la ampliación del plazo para el Cierre Financiero. Tal y como exige el Artículo 1361° del Código Civil, quien niega la voluntad declarada debe probarla, y AZTECA no ha cumplido con satisfacer esa carga probatoria.
141. Asimismo, las Partes acordaron en la cláusula 49° del Contrato una formalidad específica para, precisamente, despejar la posibilidad de una



modificación tácita del Contrato: que las modificaciones se hagan por escrito y con firma de los representantes. Está acreditado que las Partes siguieron dicha formalidad en la suscripción de la Adenda de Bancabilidad, mas no en el supuesto acuerdo para prorrogar la constitución del Fideicomiso.

142. En segundo lugar, en cuanto a la novación de obligaciones alegada por AZTECA, el Artículo 1277° del Código Civil señala lo siguiente:

“Art. 1277.- Por la novación se sustituye una obligación por otra. Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva”.

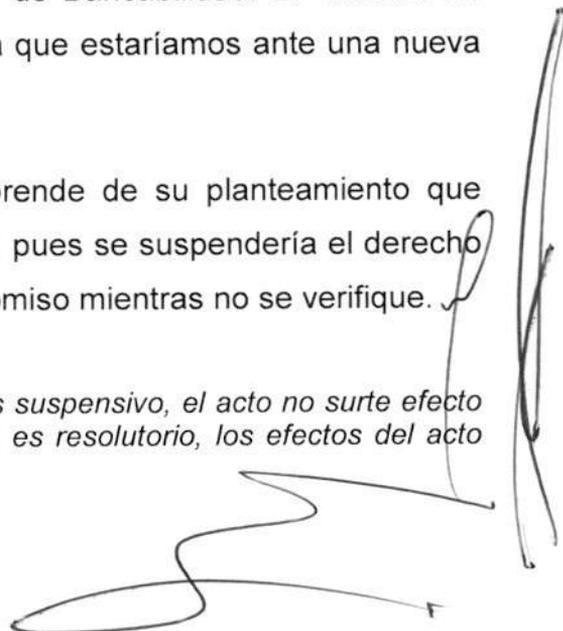
143. El Tribunal considera oportuno repasar la aplicación que realiza AZTECA de los requisitos legales de la novación objetiva a este caso concreto: (i) la preexistencia de la obligación; (ii) la creación de una nueva obligación; y (iii) la voluntad indubitable para novar.

144. En primer lugar, está claro que la obligación preexistente es la constitución a cargo de AZTECA del Fideicomiso en un plazo máximo de 120 días de suscrito el Contrato de Concesión.

145. En cuanto a la nueva obligación que se crearía a través de la novación, AZTECA sostiene que se trata de la misma obligación previa, sólo que condicionada a la suscripción de la Adenda de Bancabilidad. El Tribunal no comparte la posición de AZTECA respecto a que estaríamos ante una nueva obligación.

146. Si bien AZTECA no lo precisa, se desprende de su planteamiento que estaríamos ante una condición suspensiva⁷³, pues se suspendería el derecho del MTC a requerir la constitución del Fideicomiso mientras no se verifique.

⁷³ Artículo 178° del Código Civil: *“Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento”.*



147. Al respecto, el Tribunal considera que añadirle una condición suspensiva a una obligación no significa cambiarla por una nueva. Se trata de la misma obligación, cuyos efectos se suspenderían —por acuerdo de las partes— a la verificación en los hechos de un evento determinado.
148. Así, en derecho civil, una condición es una modalidad del acto jurídico⁷⁴, pues afecta el modo en el cual surte sus efectos. No se trata de una obligación o un acto jurídico *per se*. Tampoco se trata de uno de los elementos constitutivos de una obligación (como lo sería la declaración de voluntad o el objeto). Es un elemento accidental de la obligación (como también lo es el plazo), que las Partes acuerdan añadir para determinar el modo o el momento en que surtirá sus efectos.
149. Por lo tanto, el Tribunal no verifica que exista una nueva obligación en los términos planteados por AZTECA. De este modo, se concluye que no es viable la novación objetiva de obligaciones planteada por AZTECA.
150. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera apropiado pronunciarse respecto al tercer requisito de la novación planteado por AZTECA, esto es, la voluntad indubitable para novar.
151. Al respecto, es correcto lo señalado por AZTECA respecto a que la voluntad para novar podrá ser expresa o tácita. Lo que no puede dejar de ser es indubitable. Es decir, no puede quedar duda de que las Partes tuvieron la intención común de dejar atrás una obligación contractual y transformarla por otra.
152. El Tribunal considera que AZTECA no ha logrado acreditar una intención clara de ambas partes durante la negociación de que la Adenda de Bancabilidad (o su extensión de plazo) necesariamente conllevaba a constituir una nueva obligación, en lo referido a la obligación de constituir el

⁷⁴ El Artículo 178° del Código Civil que regula la condición suspensiva se ubica en el Título V del Código Civil, denominado “Modalidades del acto jurídico”.

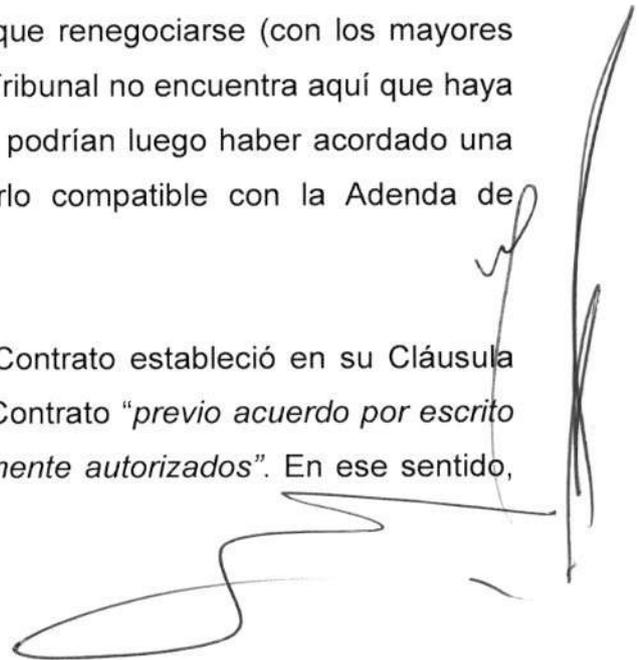
Fideicomiso, nueva obligación que además sólo diferiría de la originaria en cuanto al plazo.

153. Así, AZTECA no ha acreditado que uno de los puntos de negociación en las tratativas para la Adenda de Bancabilidad fue la postergación del fideicomiso. La Solicitud de Adenda no incluye una mención a este punto, y tampoco la solicitud de extensión de plazo para la Adenda de Bancabilidad o la decisión del MTC de otorgar dicha extensión. Así, no se desprende de la evidencia aportada que haya existido una manifestación de voluntad de AZTECA en ese sentido.

154. De igual modo, el Tribunal tampoco encuentra evidencia de que el MTC haya manifestado su voluntad de modificar el plazo a favor de AZTECA para constituir el Fideicomiso en alguna oportunidad, menos aún de manera indubitable.

155. De otro lado, en cuanto a la incompatibilidad de la obligación primigenia (constituir el Fideicomiso) con la posterior (condicionado a la Adenda de Bancabilidad), no resulta claro el planteamiento de AZTECA. Si bien es cierto —como se ha reseñado al inicio de este Laudo— que el contenido de la Adenda de Bancabilidad determinó ciertos aspectos de la constitución del Fideicomiso, resulta difícil sostener, desde una perspectiva jurídica, que ello era incompatible con constituir un fideicomiso. Dicho fideicomiso, claro está, hubiera tenido contenidos distintos a aquellos acordados en la Adenda de Bancabilidad, que luego hubieran tenido que renegociarse (con los mayores costos que ello supone). Sin embargo, el Tribunal no encuentra aquí que haya una real incompatibilidad, pues las Partes podrían luego haber acordado una modificación del Fideicomiso para hacerlo compatible con la Adenda de Bancabilidad. .

156. Cabe señalar, además, que el propio Contrato estableció en su Cláusula 49.1° que las Partes podrán modificar el Contrato *“previo acuerdo por escrito y firmado por sus representantes debidamente autorizados”*. En ese sentido,



la intención indubitable no sólo es exigida en el presente caso por la Ley, sino también por el Contrato.

157. Por lo tanto, el Tribunal considera que AZTECA no ha logrado acreditar una intención indubitable de las Partes, sea para modificar el Contrato de Concesión o para que opere una novación objetiva de la obligación de constituir el Fideicomiso, condicionándola a la Adenda de Bancabilidad, o que exista entre ambas obligaciones una incompatibilidad en sentido jurídico. En ese sentido, AZTECA no logra acreditar que las Partes acordaron la modificación y/o la novación de dichas obligaciones.

158. En conclusión, respecto al primer punto controvertido del proceso, corresponde declarar infundada la Pretensión Principal formulada por AZTECA.

(b) Descripción del segundo punto controvertido

159. En este capítulo, el Tribunal analizará el segundo punto controvertido, que quedó definido en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos en los siguientes términos:

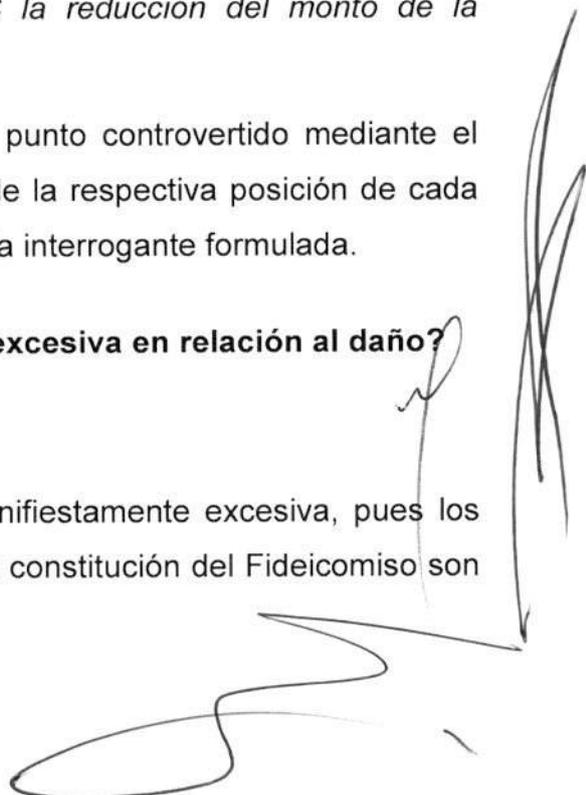
“En caso no se ampare el punto controvertido 1), determinar si corresponde o no ordenar al MTC la reducción del monto de la penalidad aplicada a AZTECA.”

160. El Tribunal cree pertinente analizar este punto controvertido mediante el planteamiento de dos preguntas, seguidas de la respectiva posición de cada una de las partes y del Tribunal respecto de la interrogante formulada.

(i) ¿La penalidad impuesta por el MTC es excesiva en relación al daño?

- **Posición de AZTECA**

161. AZTECA señala que la penalidad es manifiestamente excesiva, pues los daños causados al MTC por la demora en la constitución del Fideicomiso son



muy inferiores a la penalidad impuesta, que consiste en S/. 1,900.00 (Un mil novecientos con 00/100 Nuevos Soles) por cada día de retraso.

162. Señala AZTECA que el retraso en la constitución del Fideicomiso no le causó ningún daño al MTC, y que el MTC no ha alegado ni acreditado durante el proceso arbitral cuál sería el daño sufrido.

163. En realidad, señala AZTECA que el MTC se vio realmente beneficiado, pues si le hubiese exigido a AZTECA constituir el Fideicomiso dentro del plazo pactado sin considerar el contenido de la Adenda de Bancabilidad firmada posteriormente, el MTC tendría que haber vuelto a negociar con AZTECA una adenda al Contrato de Fideicomiso que refleje las modificaciones de la Adenda de Bancabilidad, ahorrándole de esta manera los costos en que tendría necesariamente haber incurrido.

- **Posición del MTC**

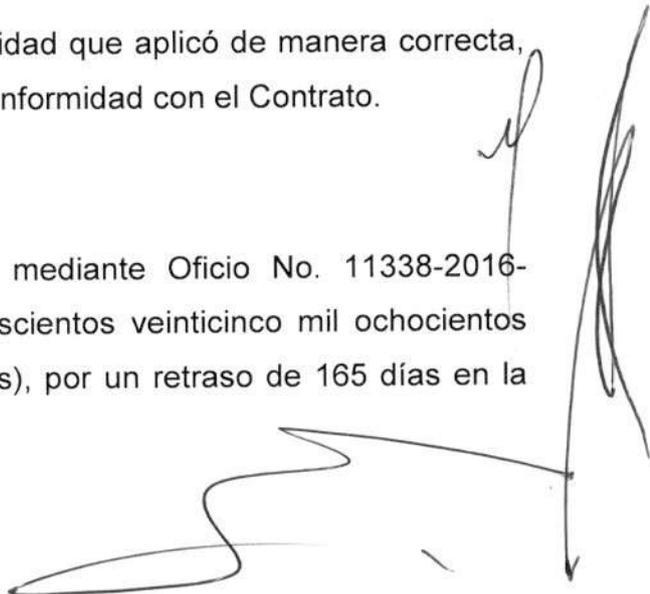
164. El MTC señala que el Contrato establece una penalidad pactada desde el inicio y que se verificaron objetivamente los hechos que le permiten aplicarla. Es decir, considera que el daño causado deriva objetivamente del incumplimiento del plazo para constituir el Fideicomiso.

165. El monto de la penalidad no sería desproporcional en opinión del MTC, pues resulta del monto acordado entre las Partes en el Anexo 9 del Contrato de Concesión.

166. Señala que tenía a su favor una penalidad que aplicó de manera correcta, incluso dando pre-aviso a AZTECA, de conformidad con el Contrato.

- **Posición del Tribunal Arbitral**

167. La penalidad impuesta por el MTC mediante Oficio No. 11338-2016-MTC/27, ascendió a S/. 325,875.00 (trescientos veinticinco mil ochocientos setenta y cinco con 00/100 Nuevos Soles), por un retraso de 165 días en la



constitución del Fideicomiso (del 16 de octubre de 2014 al 29 de marzo de 2015).

168. Al respecto, el Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“CLÁUSULA 54: PENALIDADES

54.1 *El incumplimiento de las siguientes obligaciones por causas imputables al Concesionario, será sancionado por el Concedente con la imposición de penalidades, conforme a lo previsto en el Anexo 9 del Contrato:*

(...) g) Otras que se establezcan en el Anexo 9 del Contrato.”

“CLÁUSULA 55: PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE PENALIDADES

55.1 *Antes de emitir una resolución imponiendo cualquiera de las penalidades contractuales establecidas en la presente Sección, el Concedente o el OSIPTEL, según corresponda, notificará por escrito al Concesionario señalando: (i) su propósito de emitir una resolución imponiendo una penalidad; (ii) las razones que motivan la imposición de la penalidad; y (iii) el plazo dentro del cual el Concesionario podrá presentar sus descargos por escrito, el cual no será mayor a sesenta (60) Días Calendario a partir de la fecha de la notificación. Vencido este plazo, con el descargo respectivo o sin él, el Concedente o el OSIPTEL, según sea el caso, emitirá la decisión correspondiente, debidamente motivada y por escrito, indicando las razones por las cuales ha sido emitida. Sin perjuicio de lo señalado, no se requerirá intimación alguna para que surta efecto el pago de la penalidad, así como el debido cumplimiento de lo pactado.
(...)”*

“ANEXO 9

PENALIDADES APLICABLES AL CONTRATO DE CONCESIÓN

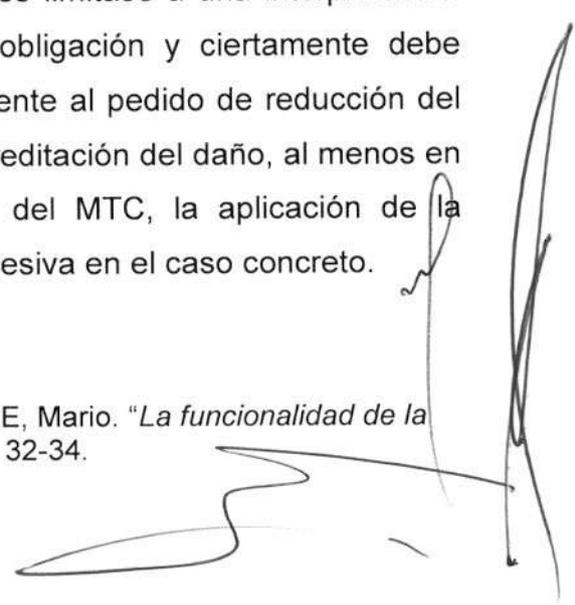
1. *Las penalidades indicadas en el presente Anexo se refieren a Días Calendario.*
2. *El monto UIT a considerar será el vigente al momento de la aplicación de la penalidad correspondiente.*

Monto en UIT	Descripción de penalidad	Criterio de Aplicación
(...)		
50% UIT	<u>Incumplimiento del plazo para constitución del Fideicomiso</u>	Cada día

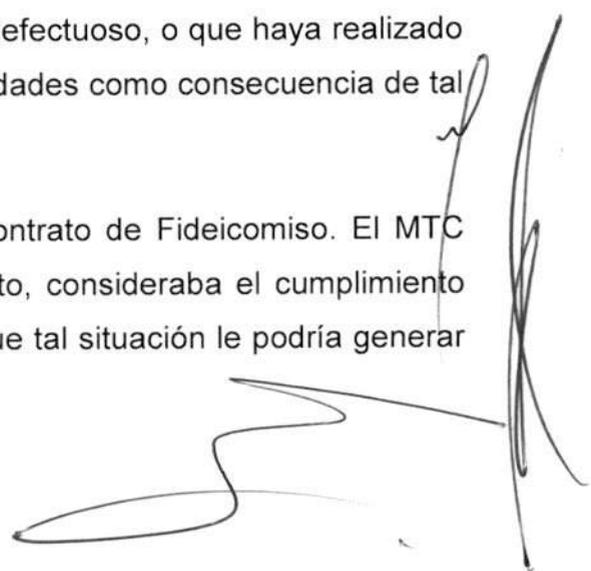
	<u>Red Dorsal.</u>	
--	--------------------	--

169. Las cláusulas contractuales anteriores recogen una cláusula penal, cuya función principal es la de indemnizar un daño. Conforme a lo señalado por Román y Martínez, la función indemnizatoria es la predominante en el derecho moderno, porque mediante su fijación las partes determinan con antelación el monto que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento⁷⁵.
170. La cláusula penal, entonces, sirve como un atajo contractual para la indemnización de un daño. En tal sentido, el MTC sostiene que el daño consiste en el mero retraso en la constitución del Fideicomiso. En opinión del Tribunal, esta argumentación es insuficiente para que el Tribunal se forme una idea aproximada del daño sufrido por el MTC con el incumplimiento de AZTECA. Si bien cuando existe una cláusula penal, el acreedor no debe probar su daño como si se tratase de una pretensión indemnizatoria ordinaria, cuando el deudor pretende una reducción de la penalidad conforme al artículo 1346° del Código Civil, el acreedor tiene la carga de brindar a los árbitros información (sea mediante argumentos lógicos o medios de prueba) que les permita tener una idea acerca de si la penalidad es o no excesiva para el caso concreto.
171. El MTC no ha acreditado cuál sería la magnitud de su daño, de modo que se justifique el monto de la penalidad impuesta por la demora en la constitución del Fideicomiso. Si el Tribunal se limitase a una interpretación literal del Contrato, se ha incumplido una obligación y ciertamente debe aplicarse la cláusula penal. Sin embargo, frente al pedido de reducción del monto planteado por AZTECA y la falta de acreditación del daño, al menos en términos genéricos y verosímiles por parte del MTC, la aplicación de la penalidad por el monto pactado podría ser excesiva en el caso concreto.

⁷⁵ Citado en: OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "La funcionalidad de la cláusula penal". Revista Ius et Praxis N°47, 2016. pp. 32-34.



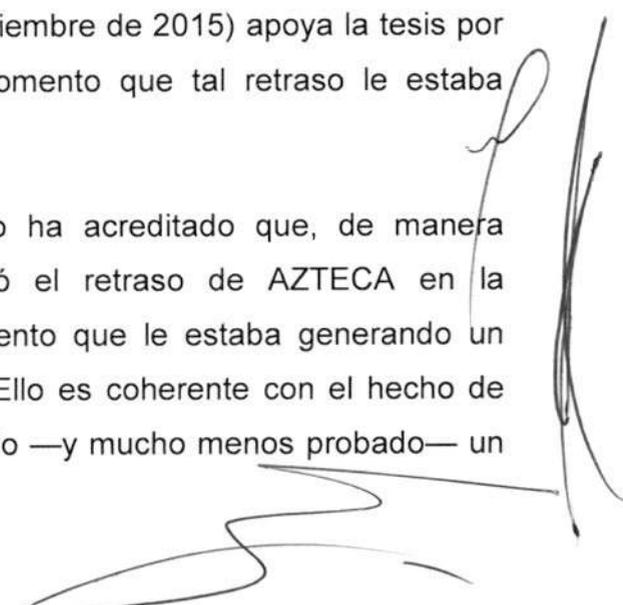
172. A juicio de este Tribunal, existen diversas circunstancias de las cuales se puede inferir, por la actuación de las partes durante la negociación y posterior suscripción de la Adenda de Bancabilidad y del Contrato de Fideicomiso, que el MTC no se estaba viendo seriamente perjudicado con el tiempo que transcurrió para la celebración del Contrato de Fideicomiso. Ello se condice con el hecho de que este tribunal no ha tenido a la vista algún medio de prueba a través del cual el MTC intime en mora a AZTECA por el retraso, lo cual sería un indicio de que tal demora lo podía estar perjudicando.
173. A la fecha en la cual el Fideicomiso ya se debía encontrar constituido (15 de octubre de 2014), AZTECA presentó al MTC un proyecto de contrato de fideicomiso. Sin embargo, el MTC acepta ese documento sin realizar una observación a su contenido y sin realizar una reserva de derechos al respecto. Esto acreditaría que, a ese momento, el MTC no consideró (o por lo menos, no acredita haber considerado) la obligación como incumplida, y por lo tanto, capaz de producir un daño.
174. Luego, continúa la negociación entre las Partes respecto a la Adenda de Bancabilidad, que se logra el 17 de noviembre de 2014. El MTC tampoco ha acreditado haber considerado incumplida la obligación de constituir el Fideicomiso durante este lapso, por no existir una intimación en mora entre los medios de prueba presentados a este Tribunal.
175. Posteriormente, el 23 de febrero de 2015, AZTECA remite al MTC la versión final del Contrato de Fideicomiso. El MTC tampoco ha acreditado que consideró dicho cumplimiento como tardío o defectuoso, o que haya realizado una reserva de derechos para imponer penalidades como consecuencia de tal incumplimiento.
176. El 30 de marzo de 2015 se celebró el Contrato de Fideicomiso. El MTC tampoco ha acreditado que, a dicho momento, consideraba el cumplimiento de la obligación de AZTECA como tardía y que tal situación le podría generar daños.



177. Para el Tribunal está demostrado que el Contrato de Fideicomiso incluyó las modificaciones al Contrato de Concesión agregadas por la Adenda de Bancabilidad, principalmente: (i) el plazo de vigencia del Fideicomiso; (ii) el momento de pago de la RPMO a favor de AZTECA; y (iii) la inclusión del MTC como fideicomitente. Estamos ante elementos esenciales del Contrato de Fideicomiso (partes, plazo de vigencia, momento de pago en la administración de fondos), que necesariamente debían tomarse en cuenta en la nueva versión del Contrato de Fideicomiso, como efectivamente sucedió. En ese sentido, de haber cumplido AZTECA con la constitución del Fideicomiso al 15 de octubre de 2014, necesariamente tendría que haberse modificado su contenido en estos aspectos esenciales, luego de formalizada la Adenda de Bancabilidad el 17 de noviembre. Esto es así pues, como ya hemos visto, la voluntad de las partes fue que el Fideicomiso recoja aquellas modificaciones al Contrato de Concesión que introdujo la Adenda de Bancabilidad. En ese sentido, el Tribunal considera que al haberse retrasado la constitución del Fideicomiso, se ahorró recursos al MTC en lo relativo a la necesidad de volver a negociar una modificación del Contrato de Fideicomiso, por lo que era innecesario firmar un Contrato de Fideicomiso que tanto el MTC y AZTECA sabían que no podía firmarse aún. Este retraso en la firma del Contrato de Fideicomiso supone para el MTC un beneficio antes que un perjuicio concreto.

178. Finalmente, este Tribunal considera que la demora de nueve meses del MTC transcurridos entre la suscripción del Contrato de Fideicomiso (30 de marzo de 2015) y la primera oportunidad en que el MTC comunica su intención de aplicar penalidades (28 de diciembre de 2015) apoya la tesis por la cual el MTC no consideró en ese momento que tal retraso le estaba generando un daño.

179. El Tribunal considera que el MTC no ha acreditado que, de manera contemporánea a los hechos, consideró el retraso de AZTECA en la constitución del Fideicomiso como un evento que le estaba generando un daño, ni que podría generarle un daño. Ello es coherente con el hecho de que en este arbitraje el MTC no ha alegado —y mucho menos probado— un



daño real y concreto. Por ello, este Tribunal llega a la conclusión de que la penalidad impuesta a AZTECA resulta excesiva.

(ii) Si la penalidad fuera excesiva, ¿a cuánto debe reducirse?

- **Posición de AZTECA**

180. Al no existir un daño, y más bien un ahorro para el MTC, AZTECA solicita al Tribunal reducir la penalidad a cero, o en todo caso en la proporción que estime pertinente, en base al Artículo 1346° del Código Civil por considerarla manifiestamente excesiva.

- **Posición del MTC**

181. Al considerar que la penalidad tiene fundamento en el Contrato y que su imposición también respeta lo acordado, el MTC considera que la penalidad no debe reducirse en ningún alcance.

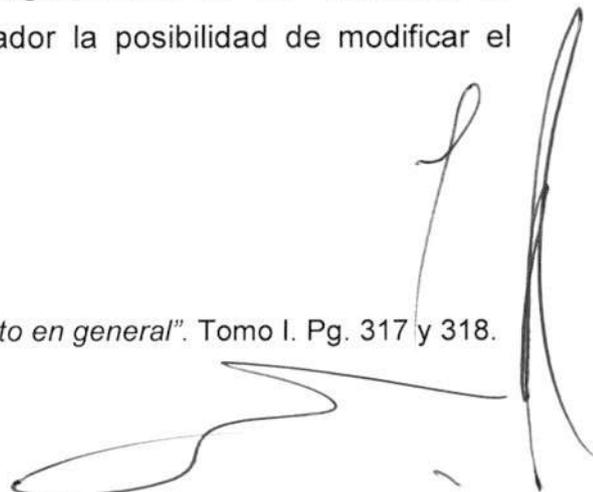
- **Posición del Tribunal Arbitral**

182. El Artículo 1346° del Código Civil establece lo siguiente:

“Art. 1346°.- El Juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

183. De la Puente y Lavalle describe esta norma como un supuesto de excepción a la regla general de la obligatoriedad de los contratos, al concederle la ley expresamente al Juzgador la posibilidad de modificar el Contrato al reducir la cláusula penal⁷⁶.

⁷⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en general”. Tomo I. Pg. 317 y 318.



184. Así, existe diversa jurisprudencia arbitral en donde la pena se ha considerado manifiestamente excesiva, y en ese sentido, el Tribunal reduce la pena. A manera de ejemplo:

(i) Laudo 2011-077⁷⁷: Arbitraje seguido por Consorcio Cáceres contra la empresa Adinelsa:

“En consecuencia estando ligada la penalidad con los días de mora imputados por la entidad al Contratista sin haberse llegado a una adecuada ponderación de los días de ampliación de plazo que se le pudo conceder a este la penalidad resulta excesiva y por tanto de acuerdo con la potestad conferida por el art 1346 del C Civil el Tribunal la reduce con sentido de equidad en una quinta parte al igual que la asunción de la deuda por los gastos de la supervisión teniendo en cuenta además que la obra ha sido concluida y terminada”.

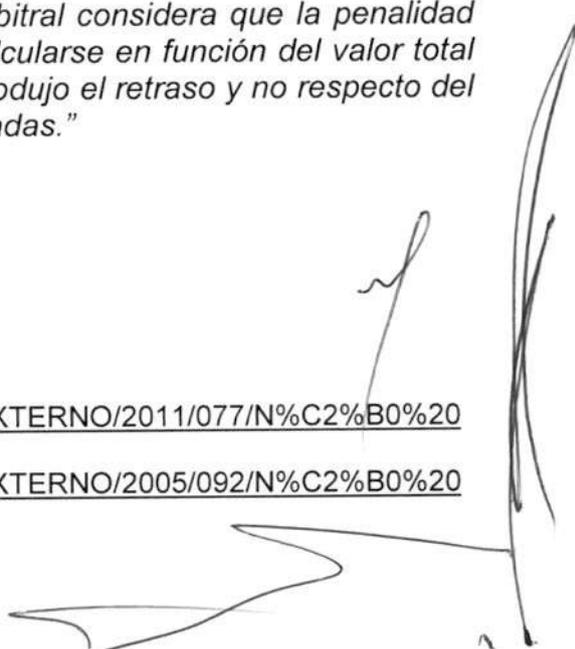
(ii) Laudo 946-086-2004⁷⁸: Arbitraje seguido por Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. contra el Instituto Nacional de Infraestructura Educativa y de Salud- INFES:

“Asimismo, la individualización de la determinación del cálculo de la penalidad, resulta compatible con el principio de que una penalidad debe guardar concordancia y/o proporcionalidad con la dimensión de la falta incurrida, no pudiendo ser desmesurada. Este criterio es el que rige en el sistema de Inmutabilidad relativa de la pena adoptado por el ordenamiento peruano en su artículo 1346° del Código Civil.

Por tales razones, este Tribunal Arbitral considera que la penalidad contra EL DEMANDANTE debió calcularse en función del valor total de la obra respecto de la cual se produjo el retraso y no respecto del valor total de las cinco obras ejecutadas.”

⁷⁷<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2011/077/N%C2%B0%2077.pdf>

⁷⁸<http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2005/092/N%C2%B0%2092.pdf>



185. Queda acreditado, entonces, que cuando las circunstancias lo ameritan, los Tribunales Arbitrales suelen reducir las penas cuando, a su leal saber y entender, son manifiestamente excesivas.
186. Ahora bien, si en este caso no se ha acreditado un daño, y existen circunstancias que ameritarían inferir que el MTC nunca consideró el retraso en la constitución del Fideicomiso como un daño, ¿sería posible reducir el monto de la penalidad a cero?
187. Al respecto, en comentario al Artículo 1362° del Código Civil peruano, señala la doctrina lo siguiente:

“En las fuentes legislativas extranjeras puede encontrarse que el Anteproyecto del Código Civil boliviano consigna en su artículo 767, último párrafo, que la cláusula penal no será exigible si no hay daños y perjuicios.

El razonamiento que sigue Osorio, autor del anteproyecto, tiene una cierta lógica, pues sostiene que si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios, sólo será aplicable cuando éstos verdaderamente existan. De otro modo, la cláusula penal implicaría una lotería, pues si bien la penalidad sirve para evitar la demostración de la cuantía de los daños que aparece previamente determinada, estos daños tienen que ser reales. De otro modo, ¿cuál sería la justificación para satisfacer la indemnización de daños que no existen? Pareciera que se incurre en una contradicción si se permite la reducción de la penalidad cuando los daños son menores y, sin embargo, no se admite su supresión cuando estos son inexistentes.

Cabe señalar que esta doctrina, pese a la lógica que encierran sus argumentos, no ha tenido acogida en la legislación de los diversos ordenamientos jurídicos sobre la materia. De hecho, hasta donde han alcanzado nuestras pesquisas, no ha sido posible ubicar norma que permita la supresión de la pena obligacional cuando se hubiese demostrado que la inejecución no ha irrogado daños al acreedor.”⁷⁹

⁷⁹ GUTERREZ CAMACHO, Walter y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. “Comentario al Artículo 1362 del Código Civil”. En: Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

188. Si el Tribunal considera que no se ha acreditado la existencia de daño alguno, ¿cuál es el impedimento para que reduzca la penalidad a cero? Al respecto:

“¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor? Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debía el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización. Parece pues congruente la tesis de Angel Ossorio, cuando consigna, en el art. 767 del anteproyecto de Código Civil boliviano, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.”⁸⁰

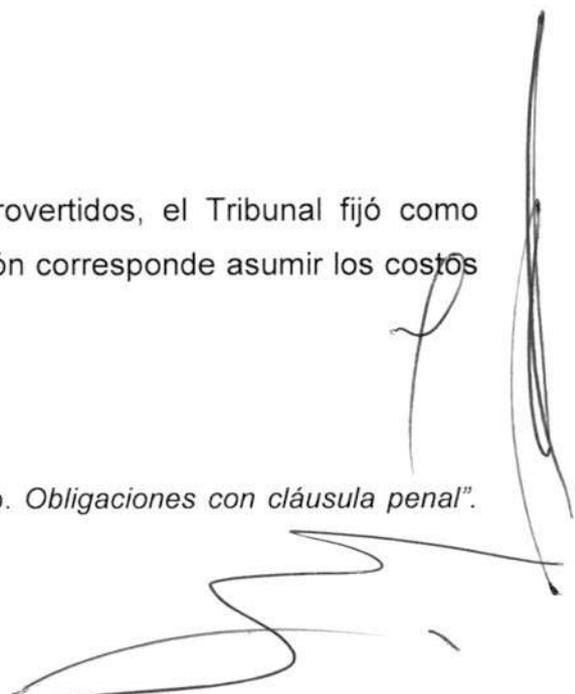
189. En el presente caso se ha admitido el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía. Asimismo, a criterio del Tribunal, el MTC no ha logrado acreditar que sufrió algún daño concreto. En ese sentido, se abre la posibilidad a que el presente Tribunal, nuevamente bajo su leal saber y entender, reduzca la penalidad por completo.

190. Dentro de tal orden de ideas, considera adecuado, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, reducir por completo la penalidad impuesta por el MTC a AZTECA por el retraso incurrido en la constitución del Fideicomiso, en base a la facultad legal conferida por Artículo 1346° del Código Civil.

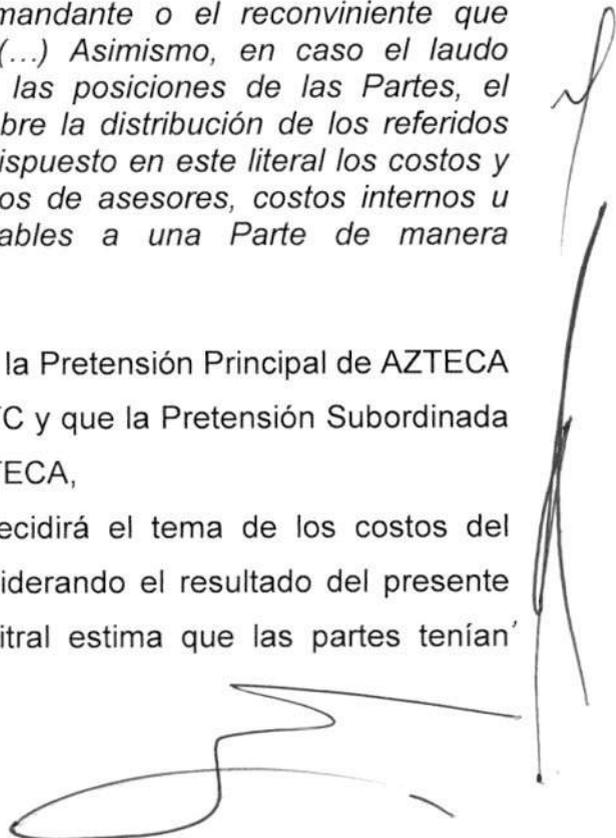
V.3 Condena de costas y costos

191. En el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos, el Tribunal fijó como misión determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los costos arbitrales irrogados en el presente proceso.

⁸⁰ OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Obligaciones con cláusula penal*. pp. 13.



192. En cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
193. Los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
194. Al respecto, la Cláusula 66(e) del Contrato de Concesión establece lo siguiente:
- “e) *Todos los gastos que irroque la resolución de una Controversia Técnica, o No Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida. Igual regla se aplica en caso la Parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. (...) Asimismo, en caso el laudo favoreciera parcialmente a las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá sobre la distribución de los referidos gastos. Se excluyen de lo dispuesto en este literal los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual*”.
195. Al respecto, se debe tener presente que la Pretensión Principal de AZTECA ha sido determinada como favorable al MTC y que la Pretensión Subordinada ha sido determinada como favorable a AZTECA,
196. En ese sentido, el Tribunal Arbitral decidirá el tema de los costos del arbitraje, al pacto entre las partes y considerando el resultado del presente laudo. Al mismo tiempo, el Tribunal Arbitral estima que las partes tenían



motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía y que motivó el presente arbitraje. Finalmente, el Tribunal Arbitral estima razonable que:

- (i) Cada parte asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro.
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

(VI) PARTE RESOLUTIVA

Por tanto, en unanimidad, el Tribunal Arbitral resuelve:

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la Pretensión Principal de AZTECA, a través de la cual solicita dejar sin efecto la penalidad impuesta por el MTC mediante Oficio No. 1138-2016-MTC/27 del 23 de marzo de 2016.

SEGUNDO: Declara FUNDADA la Pretensión Subordinada de AZTECA y, en base a su leal saber y entender, el Tribunal ordena la reducción total del monto de la penalidad impuesta por el MTC a AZTECA.

TERCERO: En torno a los costos arbitrales, declara que:

- (i) Cada parte asuma el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos del Centro.
- (ii) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

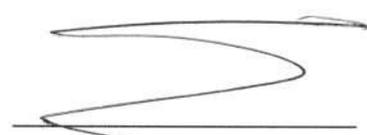
Sede del Arbitraje: Lima, Perú

Fecha: 18 de octubre de 2017



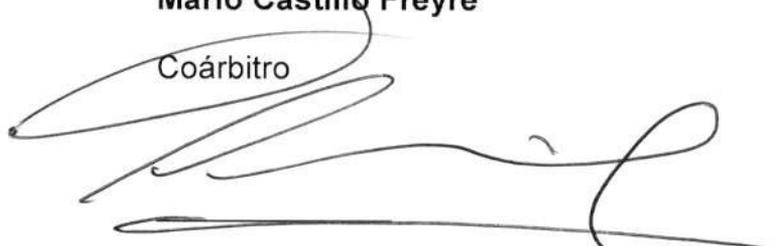
Manuel Villa García Noriega

Presidente del Tribunal Arbitral



Mario Castillo Freyre

Coárbitro



Mario Reggiardo Saavedra

Coárbitro