Laudo Arbitral

Resolución N° 33

Lima, 19 de Febrero de 2013

DEMANDANTE	:	INTERSUR CONCESIONES S.A (INTERSUR)
DEMANDADA	:	MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (MTC)
TRIBUNAL ARBITRAL	:	Dr. RICARDO RODRIGUEZ ARDILES (PRESIDENTE) Dr. ALBERT FORSYTH SOLARI Dr. RANDOL EDGARD CAMPOS FLORES
TIPO DE ARBITRAJE	:	DE DERECHO
LUGAR DE ARBITRAJE	:	LIMA - PERÚ

EL TRIBUNAL

Integrado en la forma previamente señalada,

Habiendo completado su deliberación,

Dicta el siguiente Laudo:

I. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.

1.1. Existencia de un Convenio Arbitral.

De acuerdo a la Sección XVI del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Azángaro del Proyecto corredor vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil. Tramo 4: Inambari - Azángaro de fecha 4 de agosto de 2005 (En adelante El Contrato de Concesión) las partes acordaron que si éstas no podían resolver, mediante trato directo, las controversias relativas a la existencia, validez, eficacia o caducidad del referido contrato, dichas controversias serían resueltas mediante arbitrajes de conciencia o de derecho, según sean catalogadas como conflictos de carácter técnico o no-técnico; respectivamente. Así, el convenio arbitral que sustenta la

expedición del presente laudo arbitral está recogido en el contrato de concesión de la siguiente manera:

> *"SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*
> ***Arbitraje***
> *16.11.- Modalidades de procesos arbitrales:*
>
> *(...)*
>
> *b) Arbitraje de Derecho*
>
> *(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Cinco Millones y 00/100 Dólares (US$ 5, 000, 000), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria primero la Ley General de Arbitraje peruana y después el Código Procesal Civil del Perú.*
> ***El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente dentro de los sesenta (60) Días posteriores a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral****. Excepcionalmente, el laudo podrá emitirse fuera de este plazo cuando el Tribunal Arbitral considere indispensable actuar medios probatorios como peritajes o inspecciones oculares fuera de la ciudad donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral." (Subrayado y negritas agregadas)*

Posteriormente, mediante Adenda No. 04 de fecha 18 de febrero de 2009, se modificó parte del convenio arbitral, en lo que respecta al plazo en el cual deba emitirse el laudo arbitral, quedando redactado de la siguiente manera:

> *"El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente* ***de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento Procesal de***

Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima"
(Subrayado y negritas agregadas)

1.2. Instalación del Tribunal Arbitral.

El 14 de octubre de 2010, INTERSUR presentó petición arbitral ante la Secretaría General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Centro). En dicho escrito INTERSUR dirigió su solicitud arbitral contra el MTC; designando como árbitro de parte al Dr. Albert Forsyth Solari.

El 27 de octubre de 2010, el MTC contestó la petición arbitral y designó como árbitro de parte al Dr. Randol Edgard Campos Flores.

Posteriormente, los árbitros designados por las partes procesales procedieron a designar como presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Ricardo Rodríguez Ardiles, quien aceptó el encargo el 09 de diciembre de 2010.

Conforme consta del Acta de Instalación que obra en el expediente, con fecha 12 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral; donde se estableció que se aplicarían, al presente arbitraje, los acuerdos previstos por las partes en el convenio arbitral, las reglas contenidas en el Acta de Instalación, el Reglamento de Arbitraje del Centro y el Decreto Legislativo N° 1071, en lo que corresponda.

1.3. Demanda Arbitral

Mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2011, INTERSUR, dentro del plazo concedido en el acta de instalación, presentó su demanda, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 2 de fecha 1 de marzo de 2011. Según los términos de la demanda, las pretensiones de la accionante fueron las siguientes:

"PRETENSION PRINCIPAL:

Que el Tribunal arbitral proceda a realizar la interpretación correcta del Contrato de Concesión y que en tal virtud establezca que los reajustes establecidos en la cláusula 8.23(m) (Reajuste por Variación de Precios de Insumos) y en la cláusula 8.35 (Reajuste por Tasa de

Interés obtenida en el Cierre Financiero) deben realizarse de manera sucesiva, es decir, uno sobre otro; de forma tal que el ajuste a que se refiere la cláusula 8.35 se aplique sobre el monto del PAOCAO previamente reajustado por la cláusula 8.23(m) (o viceversa).

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSION PRINCIPAL:

Que, como consecuencia de amparar la Pretensión Principal el Tribunal ordene al Demandado pagar al Demandante la suma de ***US$ 3'342,496.76*** *(Tres Millones Trescientos Cuarenta y Dos Mil Cuatrocientos Noventiseis y 76/100 Dólares Americanos), monto calculado al 31 de enero de 2011; más el ajuste que corresponda (intereses) hasta la fecha efectiva de pago, de acuerdo a lo expresado en esta Demanda.*

Alternativamente, el Demandado podrá optar por pagar al Demandante (parte o el total de) dicha suma ascendente a US$ US$ 3'342,496.76, mediante la entrega de CRPAO´s complementarios, utilizando la Tasa Máxima de Retribución desde el 1 de febrero de 2011 hasta la fecha de vencimiento de cada CRPAO complementario. En tal caso, los CRPAO´s complementarios que se emitan deberán tener las mismas características que los CRPAO´s anteriormente emitidos de acuerdo al Contrato, y tener fechas de vencimiento iguales a las fechas de vencimiento de los CRPAO´s pendientes de pago".

1.4. Contestación de la Demanda

Por su parte, mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2011, el MTC presentó su contestación a la demanda, negando y contradiciendo en todos sus extremos los fundamentos esgrimidos por la demandante y solicitando al Tribunal que declare infundada y/o improcedente la demanda.

1.5. Audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos, admisión de medios probatorios y Audiencias.

A los cuatro días del mes de mayo del año dos mil once, en las instalaciones del Centro; se apersonaron los representantes de ambas partes a fin de llevar a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación,

Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios probatorios; señalada en autos para este día y hora.

Dando inicio a la Audiencia, el Tribunal procedió a cotejar si se verificaba la existencia de una relación jurídica válida del proceso arbitral. En ese sentido, señaló: **Primero**.- Que, de lo actuado en el proceso arbitral se advierte la concurrencia de los presupuestos procesales y condiciones de la acción, encontrándose visible la capacidad de las partes, la competencia del Tribunal y el cumplimiento de los requisitos legales; así como la legitimidad e interés para obrar de las partes; **Segundo**.- Que, asimismo se tiene en consideración que en los presentes autos no se han deducido excepciones, defensas previas, tachas, oposiciones, ni articulaciones de otro tipo que requieran de especial pronunciamiento en esta etapa de la audiencia; **Tercero**.- Que, como consecuencia de lo glosado se advierte la existencia de una relación jurídica procesal de naturaleza arbitral válida entre las partes.

Por tales fundamentos y de conformidad con las normas jurídicas pertinentes, se Declara: **SANEADO EL PROCESO Y VÁLIDA LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL ENTRE LAS PARTES**.

CONCILIACIÓN.- En esta etapa, el Tribunal Arbitral propició la posibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo conciliatorio. Sin embargo, éstas decidieron continuar con el arbitraje.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.- Prosiguiendo con el trámite del proceso, el Tribunal después de analizar la demanda, fijó como puntos controvertidos los siguientes:

i. Determinar si corresponde establecer que los reajustes establecidos en la cláusula 8.23 (m) (Reajuste por variación de Precios de Insumos) y en la cláusula 8.35 (Reajuste por Tasa de Interés obtenida en el Cierre Financiero) deben realizarse de manera sucesiva, es decir, uno sobre otro; de forma tal que el ajuste a que se refiere la cláusula 8.35 se aplique sobre el monto del PAOCAO previamente reajustado por la cláusula 8.23 (m) (o viceversa).

ii. Determinar, en caso de amparar la pretensión principal, si corresponde ordenar al MTC pagar a favor de INTERSUR la suma de US$ 3´342,496.76 (Tres Millones Trescientos Cuarenta y Dos Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 76/100 Dólares

Americanos), monto calculado al 31 de enero de 2011; más el ajuste que corresponda (intereses) hasta la fecha efectiva de pago, de acuerdo a lo expresado en la demanda.

iii. Determinar, de ser el caso y respecto de la pretensión subordinada a la primera pretensión accesoria a la principal, si corresponde declarar que el MTC podrá optar por pagar a INTERSUR (parte o el total) de dicha suma, mediante la entrega de CRPAOs complementarios, utilizando la Tasa Máxima de Retribución desde el 1 de febrero de 2011, hasta la fecha de vencimientos de cada CRPAO complementario y de ser así, determinar si los CRPAOs complementarios que se emitan deberán tener las mismas características que los CRPAOs anteriormente emitidos de acuerdo al Contrato, y tener fechas de vencimientos iguales a las fechas de vencimiento de los CRPAOs pendientes de pago.

iv. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.-

Por la parte demandante.- Se admitió todos los medios probatorios propuestos por esta parte.

Por la parte demandada.- Se admitió todos los medios probatorios propuestos por esta parte.

AUDIENCIA ILUSTRATIVA

El 18 de mayo de 2011, a las 10:00 am se realizó la Audiencia Ilustrativa en la sede arbitral, la misma que quedó registrada en una cinta de audio. El Presidente del Tribunal Arbitral concedió a la parte demandante el uso de la palabra, luego se la concedió a la parte demandada, finalmente concedió réplica a ambas partes respectivamente, y el Tribunal realizó las preguntas que consideró pertinentes.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN PERICIAL

Mediante Resolución N° 8 de fecha 14 de junio de 2011, el Tribunal dispuso la realización de una pericia de oficio, para que en el supuesto que la decisión del Tribunal Arbitral sea concordante con la pretensión de la demanda, el perito se pronuncie exclusivamente respecto a la aplicación simultanea de los reajustes e intereses, verificando y corroborando los cálculos de la pericia de parte presentada por la parte demandante.

De esta manera, el 17 de octubre de 2012, a las 10:00 am en las instalaciones del Centro se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación Pericial, en la que el señor Gonzalo Tamayo Flores, representante de Macroconsult S.A., sustentó el informe pericial presentado el 23 de abril de 2012. Posteriormente, INTERSUR efectuó sus comentarios al informe pericial. Seguidamente, el MTC hizo lo propio.

AUDIENCIA DE INFORME ORAL

Mediante Resolución Nº 30 de fecha 11 de diciembre de 2012, se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales, la cual se llevó a cabo el 20 de diciembre de 2012, a las 3:00 pm en las instalaciones del Centro. A esta asistieron ambas partes, habiendo hecho uso de la palabra, cada una de ellas, por el lapso de 15 minutos.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1. De la parte demandante.

INTERSUR sostiene que los ajustes establecidos en la cláusula 8.23 (m) (Reajuste por variación de Precios de Insumos) y en la cláusula 8.35 (Reajuste por Tasa de Interés obtenida en el Cierre Financiero) del contrato de concesión deben efectuarse en forma conjunta, es decir, sucesivamente uno después del otro, de forma tal que se realice el ajuste al PAO por efecto del ajuste previsto en la cláusula 8.23 (m) y luego, a este PAO resultante, se le aplique el ajuste previsto en la cláusula 8.35; precisando el demandante que el ajuste puede hacerse también en orden inverso, es decir, primero el de la cláusula 8.35 y después el de la 8.23(m), sin afectar el resultado final de los ajustes.

INTERSUR manifestó que a afectos de resolver la presente controversia el Tribunal debe realizar una interpretación lógica y sistemática del Contrato de Concesión y de la finalidad que las partes buscaban al haber pactado los reajustes contemplados en las cláusulas 8.23 (m) y 8.35. del mencionado contrato.

Para sustentar su posición INTERSUR señaló que el Contrato de Concesión asignó los riesgos de fluctuación de precios de los insumos de la construcción y el de la imposibilidad de obtener una tasa de financiamiento igual o menor al 7%, al MTC. Así, sostuvo que precisamente la cláusula 8.23 (m) buscó mantener indemne a INTERSUR de los efectos de la inflación y del tipo de cambio, con especial protección de las variaciones de ciertos insumos vinculados a la construcción. En ese mismo sentido, INTERSUR también sostuvo que la cláusula 8.35 fue diseñada para que sea el MTC quien asuma el riesgo de la tasa de interés que obtenga en su cierre financiero. De esta forma, el demandante solicitó que el Tribunal tome en cuenta la Asignación de Riesgos descrita precedentemente al momento de interpretar el Contrato de Concesión.

Por lo manifestado, INTERSUR señaló que de acuerdo a la lógica o función de los reajustes, éstos deben aplicarse uno sobre otro, es decir, sucesivamente uno después del otro, de forma tal que se realice el ajuste al PAO por efecto del ajuste previsto en la cláusula 8.23(m) y luego, a este PAO resultante, se le aplique el ajuste previsto en la cláusula 8.35; en la medida que es el valor ajustado por la cláusula 8.23(m) el que será materia de financiamiento y por tanto es este valor el que debe ser objeto de cobertura bajo el reajuste de la cláusula 8.35.

Finalmente, INTERSUR señaló que incluso a partir de interpretación literal del Contrato de Concesión, la definición de PAOCAO apoya su posición en el sentido de que los ajustes deben realizarse uno sobre otro.

2.2. De la parte demandada

Por su parte, el MTC sostuvo que los ajustes establecidos en la cláusula 8.23 (m) (Reajuste por variación de Precios de Insumos) y en la cláusula 8.35 (Reajuste por Tasa de Interés obtenida en el Cierre Financiero) del contrato de concesión se deben realizar de manera independiente sobre el PAO contractual, debiendo luego sumarse ambos ajustes al PAO, de forma tal que un ajuste no se aplica sobre el otro, es decir, que los ajustes no son sucesivos.

Así, respecto al reajuste del PAO por concepto de variación de precios de insumos de la construcción (Clausula 8.23), el MTC señaló que el mismo se efectuó de acuerdo a la formula polinómica establecida en el literal m) de la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión; esto es: el ajuste se realizó sobre el PAO establecido en el literal a) de la cláusula 8.21, el cual ascendía a US$ 25,449.00 dólares americanos. ("PAO contractual")

De similar manera, respecto al reajuste por Tasa de Interés contemplado en la cláusula 8.35 del contrato de concesión, el MTC manifestó que se aplicó los porcentajes de ajuste al "PAO contractual" y no al PAO ajustado por variación de precios de los insumos de construcción.

Finalmente, el MTC cuestionó la pericia de parte presentada por INTERSUR, así como negó que, en caso se declare fundada la demanda, corresponda el pago de intereses, en la medida de que no existe pacto alguno sobre este extremo en el contrato de concesión.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De acuerdo a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde al Tribunal arbitral analizar lo siguiente:

3.1. La correcta interpretación de la cláusula 8.23 (m) (Reajuste por variación de Precios de Insumos) y la cláusula 8.35 (Reajuste por Tasa de Interés obtenida en el Cierre Financiero) del contrato de concesión; a efectos de determinar el mecanismo de ajuste al PAO en uno y otro supuesto contractual.

3.2. La liquidación de los ajustes mencionados en el punto 3.1. al momento de la expedición del laudo arbitral, de ser el caso.

3.3. Sobre el pago de intereses, de ser el caso.

3.4. Sobre la asunción del pago de costas y costos, de ser el caso.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Sobre la correcta interpretación de la cláusula 8.23 (m) y la cláusula 8.35 del contrato de concesión; a efectos de determinar el mecanismo de ajuste al PAO en uno y otro supuesto contractual.

En este estado, corresponde que este Tribunal determine si los sistemas de reajustes previstos en la cláusula 8.23 (m) y en la cláusula 8.35 del Contrato de Concesión deben aplicarse de manera sucesiva (uno sobre el otro); o si por el contrario, deben aplicarse de manera independiente sobre el PAO contractual inicialmente pactado. En ese sentido, la presente controversia - por lo menos en lo que atañe a la pretensión principal - será una de *puro derecho*, siendo labor del Tribunal fijar en qué sentido deben entenderse las cláusulas contractuales controvertidas, solucionado de esta manera - de manera definitiva y con calidad de cosa juzgada - la incertidumbre jurídica que se le ha sometido a su conocimiento.

A manera de premisa, debemos señalar que la discusión forense en el caso sub materia, estará referida casi exclusivamente a la METODOS DE INTERPRETACIÓN del ACTO JURIDICO aplicados al contrato de concesión y específicamente a las clausulas cláusula 8.23 (m) y en la cláusula 8.35 del mencionado contrato. Al respecto, cabe precisar que el contrato de concesión materia de análisis no estableció criterios de interpretación particulares que las partes hayan previsto en base a su autonomía de la voluntad, por lo que resulta aplicable la regulación contenida en el Código Civil[1] y en las otras fuentes del Derecho.

Así, a fin de determinar cuál es el sentido de las cláusulas contractuales materia de análisis, además de interpretarlas a la luz de los criterios contenidos en los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil (objetivo, sistemático y finalista); debemos también de examinarlas de acuerdo *"al sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del Contrato"* [2], es decir, de conformidad a la ***función económico - social*** del tipo contractual usado y al destino económico objetivo del bien objeto del Contrato.

Adicionalmente, un criterio general de interpretación siempre presente en cualquier análisis, y que desde luego será materia de examen por este Tribunal - es aquel en cuya virtud un contrato debe ser interpretado según el ***Principio de la Buena Fe.***

4.1.1. *Sentido de las clausulas controvertidas a la luz la función económica-social del contrato de concesión.*

---

[1] No existen criterios interpretativos específicos en las normas especiales que regulaban el otorgamiento de concesiones a la fecha de la suscripción del Contrato (mencionadas expresamente en él), tales como el D.S. 059-96-PCM o el D.S. 060-96-PCM; ni en las nuevas normas que regulan las Asociaciones Público Privadas (D.L. 1017 y D.S. 146-2008-EF) En tal sentido, sólo queda remitirse a los criterios generales establecidos en el Código Civil.

[2] GALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción realizada por Francisco Blasco Gasco. Editorial Tirant Lo Blanch. 1992 .pp. 432.

El contrato de concesión materia de análisis es uno que pertenece a la modalidad de concesión cofinanciada; es decir aquella donde es el Estado, a través del MTC, quien retribuye económicamente al Concesionario por la construcción de la Obra, a través del PAO (Pago Anual por Obra) y el PAMO (Pago Anual por Mantenimiento y Operación). Así, en este tipo de concesiones estatales los ingresos del concesionario no dependen de los peajes, sino que están constituidos principalmente por el PAO y el PAMO que el concesionario solicitó en su oferta económica presentada en el respectivo Concurso Público, más los reajustes que se hayan pactado. En otras palabras, en este tipo de concesiones el Estado (MTC) paga al concesionario una contraprestación por construir una carretera (PAO) y otra por operar la carretera (PAMO).

En ese sentido, según se puede advertir de la lectura de las cláusulas 3.10 y 8.35 del Contrato de Concesión, era INTERSUR quien debía obtener, mediante un "cierre financiero" (operación de crédito) en el mercado bancario, los recursos necesarios para realizar las inversiones en obras de infraestructura (salvo por el monto de aporte de capital obligatorio a que se refiere la cláusula 3.4 del Contrato, ascendente a US$ 8'533,067)

Por tanto, siendo que de acuerdo al modelo del Contrato, es el particular quien debía obtener financiamiento en el mercado financiero para poder costear la inversión en obras de construcción del proyecto, y siendo que la única fuente de repago de dichas inversiones es el PAO (y sus reajustes), resulta razonable que la interpretación que se haga de los reajustes al PAO "concilie" los conceptos de financiamiento de las obras, con el adecuado repago del servicio de deuda resultante del "cierre financiero".

En ese sentido, se debe considerar que el modelo de concesión cofinanciada contemplado en el Contrato sub materia está orientado a garantizar el repago integral a los inversionistas (tenedores de CRPAOs) por el financiamiento obtenido, como fluye de diversas cláusulas del Contrato (Cláusulas 4.2, 6.4.A, 6.27, 7.9, 6.34, 8.23, 8.28, 8.29, 8.35, 14.1, 18, definición y texto de CRPAO); motivo por el cual - de conformidad con la modalidad de financiamiento de las inversiones en obras de construcción - ***este Tribunal considera que la interpretación del contrato y de sus especificas cláusulas***

contractuales deben inclinarse a permitir el fiel cumplimiento del servicio de deuda contraído.

Por otro lado, pero siempre a la luz de la ***función económica - social*** del contrato de concesión debe tenerse presente de que manera las partes han previsto el tema de la ASUNCIÓN del RIESGO en su relación jurídica; así por ejemplo en la cláusula 8.23 (m) del Contrato de Concesión el riesgo de la fluctuación de precios de los insumos de la construcción y del tipo de cambio ha sido asumido por el Estado y no por el particular; esto en la medida de que dicha disposición tiene por objeto reajustar la contraprestación que el Concesionario recibe como retribución por las inversiones en obras (es decir el PAO), en función de la variación de los precios de insumos de la construcción, desde la fecha en que fue formulado el presupuesto base de las obras (fecha de referencia de la oferta del concesionario) hasta la fecha efectiva de ejecución de las obras, durante todo el periodo de construcción. De esta manera, el Concedente (Es decir, El Estado, a través del MTC) ha asumido la obligación de compensar al Concesionario por las variaciones que se den en dichos precios, asumiendo el riesgo de inflación. Parece claro que la finalidad de esta cláusula es mantener al Concesionario indemne de los efectos de la inflación sobre insumos de la construcción y sobre el tipo de cambio.

Similar finalidad ha sido dispuesta con la regulación contenida en la cláusula 8.35 del contrato de concesión, cuya redacción permite llegar a la conclusión que ha sido el Estado (MTC) y no el particular el que ha asumido el riesgo de la imposibilidad de obtener una tasa de financiamiento menor o igual al 7% anual. En efecto, dicha cláusula prevé un mecanismo de ajuste al PAO para el caso que al obtener su cierre financiero para el financiamiento de las obras de construcción, el particular obtenga una tasa mayor a la considerada (referencialmente) por PROINVERSION al momento de determinar el PAO máximo (ascendente al 7% anual).

Este extremo de la cláusula 8.35 fija un tope máximo para la compensación por el diferencial de la tasa de interés del cierre financiero. Así, independientemente de la tasa que obtenga el particular en su cierre financiero, el Estado sólo reconocerá los reajustes hasta la "Tasa Máxima de Retribución" (en adelante

"TMR"), cuyo mecanismo de determinación es desarrollado en la cláusula 8.35. La TMR fue establecida, siguiendo estos criterios, en 7.7235% anual, según acreditó el Concesionario en sus anexos 1-S y 1-T, no discutidos por la Demandada.

Fluye pues de esta cláusula 8.35 que el riesgo del diferencial del servicio de la deuda calculado con una tasa de interés (supuesta) del 7% efectiva anual, y el servicio de la deuda calculado con la tasa real obtenida en el cierre financiero del Concesionario ha sido asumido por el Estado (MTC) hasta una tasa del 7.7345% anual (TMR). El mayor servicio de deuda que se derive de una tasa mayor a la TMR corresponde al Concesionario. Sin embargo, en este caso sólo está en discusión el primer tramo, es decir, el diferencial del servicio de deuda hasta una tasa de 7.7345%, hecho que no es controvertido y en el cual las partes coinciden.

En tal sentido, se puede concluir que es el Concedente (y no el Concesionario) el que ha asumido contractualmente el riesgo del incremento del servicio de la deuda asumida por el Concesionario en su cierre financiero, debido a una mayor tasa de interés, hasta el límite de la TMR.

De esta manera tenemos que las dos clausulas controvertidas, de acuerdo a la ***función económico - social*** del tipo contractual que les sirve de vehículo, deben ser interpretadas de manera tal que prime la asunción del riesgo por parte del concedente en favor del concesionario.

4.1.2. *Sentido de las clausulas controvertidas a la luz de la interpretación lógica y finalista*.

Como se infiere de la cláusula 8.35 del Contrato, el objetivo de esta es que sea el Concedente (y no el Concesionario) el que asuma el riesgo de la obtención, en el cierre financiero, de un tasa de financiamiento mayor al 7% efectiva anual, hasta un máximo de 7.7235% efectiva anual (la TMR). En tal sentido, el MTC debe asumir el diferencial del servicio de deuda que resulte de la diferencia de tasas (entre el 7% y la TMR); por el monto que resulte aplicable al

valor de las obras de construcción (deduciendo el monto del capital social obligatorio que no está bajo la cobertura de la cláusula 8.35). Esta conclusión es clara y se desprende del propio texto de la citada cláusula.

En ese orden de ideas, resulta razonable inferir que el monto que INTERSUR debió financiar (***y sobre el cual tiene derecho a que se efectúe el reajuste de la cláusula 8.35***), es el valor de las obras de construcción (menos el capital social obligatorio). Sobre el particular, resulta lógico que el valor de las obras de construcción deba considerarse en función al valor o precio de los insumos de construcción al momento de su ejecución, y no a la fecha del presupuesto base o referencial (que en este caso se determinó en el Estudio de Factibilidad de Setiembre de 2004) Vale decir, es razonable, desde un punto de vista lógico y considerando la finalidad y distribución de riesgos de la cláusula 8.35, que a INTERSUR le asiste el derecho de solicitar al MTC que realice el ajuste por variaciones de tasa de interés, ***sobre el monto ajustado por efecto de la variación de precios de insumos de la construcción al momento de su ejecución real*** (ajuste previsto en la cláusula 8.23.m). Siguiendo dicho razonamiento lógico; es evidente que necesariamente el ajuste tiene que ser sucesivo y no de manera individual como lo sostiene el MTC.

Así pues, si consideramos que la distribución de riesgos del Contrato coloca en el MTC el riesgo del diferencial de tasas para el financiamiento de las obras de construcción, resulta lógico admitir que esa asunción del riesgo alcanza no sólo al valor de las obras de construcción con precios a setiembre del 2004 (fecha del presupuesto referencial), sino al valor de las obras de construcción con los precios reales de los insumos de la construcción (y el tipo de cambio y otros índices aplicables) a la fecha de ejecución de los trabajos, más aun si el riesgo de tales variaciones de precios (y tipo de cambio) también ha sido asumido por el Concedente, según se infiere de la cláusula 8.23(m) que establece un sistema de reajuste al PAO por variaciones de precios de insumos de la construcción, del tipo de cambio y de otros factores considerados en las fórmulas polinómicas del Contrato.

Asimismo, resulta razonable que la tasa de financiamiento de las inversiones en obras de construcción, sea la misma tanto para el presupuesto calculado con los precios base, como para el presupuesto calculado con los precios a la fecha real de ejecución de los trabajos; no habiendo por tanto razón para no aplicar el reajuste por diferencial de tasa sólo al PAO calculado con precios base, y no al PAO reajustado por la cláusula 8.23(m) Esta posición se torna especialmente relevante si consideramos que las cuotas del PAO se destinarán al servicio de la deuda contraída por INTERSUR para el financiamiento de las obras de construcción, cuyo costo íntegro sería asumido por el MTC de acuerdo al modelo cofinanciado de Concesión.

Aplicar los ajustes de manera separada (y no conjunta) implicaría el riesgo de dejar de atender parte del servicio de la deuda contraída para la construcción, u obligar al Concesionario a asumir parte de dicho servicio, lo que equivaldría a que este asuma, sin ser su obligación, parte del valor de las obras, situación que no es compatible con el modelo de la concesión, en el cual es el Concedente el que ha asumido el compromiso de pagar el íntegro de las obras.

4.1.3. *Sentido de las clausulas controvertidas a la luz de la interpretación Sistemática.*

La interpretación sistemática en este caso ayuda a sustentar la interpretación lógica-finalista. Así, la articulación de los ajustes referidos en las cláusulas 8.23 (m) y 8.35 está dada por la definición de PAOCAO de la cláusula 1.6 del Contrato. De esta manera, queda claro que el Contrato ordena realizar ambos ajustes sobre el PAO; pero una mera lectura de estas cláusulas no permite llegar a una conclusión inequívoca sobre la forma en que deben realizarse los ajustes, si de manera conjunta (sucesiva) o de manera independiente.

Es sin embargo en la lectura de todo el Contrato de manera sistemática donde puede corroborarse que en efecto, la única fuente de repago del servicio de deuda con los inversionistas adquirentes de CRPAOs son los PAOCAOs, que totalizados dan el PAO total. Como se han mencionado antes, el Contrato tiene una clara inclinación a la protección de los inversionistas y a asegurar el repago de las inversiones realizadas en obras de construcción, por ello no tendría mayor sentido una interpretación que ponga el riesgo el repago de

alguna parte de dichas inversiones. Finalmente, por la estructura del Contrato, el responsable del repago de las inversiones es el Concedente, que atiende directamente el pago de los CRPAOs. Estos deben reflejar el valor real de las inversiones e incluir la tasa de interés que resulte aplicable (la TMR) En ese sentido, varias otras estipulaciones del Contrato coadyuvan a sustentar las conclusiones de la interpretación lógica-finalista, que como se ha visto, lleva a la conclusión que los ajustes deben ser efectuados de manera conjunta (uno sobre otro) al PAO.

4.1.4. *Sentido de las clausulas controvertidas a la luz del principio de la BUENA FE*

Una interpretación al amparo del Principio de la Buena Fe de las clausulas controvertidas (8.23.m y 8.35) debe tratar de compatibilizarlas. Así, ambas clausulas recogen mecanismos de asignación de riesgos y resulta de buena fe interpretar las clausulas buscando alinearlas con el objetivo que persiguen. No resulta de buena fe tratar de buscar una interpretación cerrada a cierto texto muy específico de las clausulas para tratar de desvirtuar su objetivo, pues de esta forma nos alejamos de lo que "verosímilmente debe tenerse por querido"

Así, si ha sido el MTC el que ha asumido por contrato el riesgo de variaciones de precios de los insumos de la construcción y el riesgo de la tasa de interés del cierre financiero, no resultaría de buena fe buscar una interpretación que se aleje de esta asignación de riesgos.

También resulta parte del criterio interpretativo de buena fe evitar la propia contradicción con hechos propios anteriores o posteriores a la celebración del Contrato. Así, una parte no debería plantear una interpretación que sea en contra de una declaración propia o con una conducta propia a propósito del proceso de celebración del contrato o a propósito de su ejecución.

A este respecto, se puede observar que en el Acta de Trato Directo del 3 de diciembre de 2009, conjuntamente con el Oficio 1687-2009-MTC del Concedente, se estableció que el nuevo monto del PAO (ajustado sólo por la Cláusula 8.35) ascendía a la suma de S/. 26'995,059, y que según las comunicaciones cursadas (Carta IC-024/2010.JMS) dicho monto sería el nuevo PAO para todos los efectos del Contrato, lo cual ha sido expresamente aceptado por el MTC en el punto 16 de su escrito de contestación de demanda.

En ese sentido, no resultaría lógico que si el propio Concedente ha aceptado y reconocido que el "nuevo monto" del PAO (luego de la aplicación de la cláusula 8.35) resulta aplicable para todos los efectos del Contrato, plantee una interpretación en la cual no acepta la aplicación de dicho "nuevo monto" para efectos de la cláusula 8.23 (m), que resulta siendo relevante del Contrato.

Finalmente, si la propia Demandada ha reconocido expresamente en sus escritos en este proceso que el "nuevo" monto del PAO después de aplicar el reajuste de la cláusula 8.35 debe ser usado para "todos los efectos del contrato" (de lo que se infiere que debe ser usado también para la fórmula de la cláusula 8.23.m) resulta de buena fe y congruente con su propia declaración aceptar la posición del demandante de que los ajustes son sucesivos, es decir que debe aplicarse uno sobre otro con efecto multiplicativo.

En consecuencia, de acuerdo a las consideraciones expuestas, y habiendo hecho un ejercicio interpretativo del texto de las clausulas 8.23(m) y 8.35, de su finalidad y objetivo, de la asignación de riesgos que se infiere claramente del Contrato, de su conexión sistemática con otras cláusulas y finalmente habiendo aplicado un análisis de buena fe, resulta razonable concluir que la interpretación correcta de ambas clausulas es que los ajustes que ellas contienen deben realizarse de manera sucesiva, es decir uno sobre otro, de forma tal que se realice el ajuste al PAO por efecto de la cláusula 8.23(m) y luego, a este PAO resultante, se le aplique el ajuste previsto en la cláusula 8.35; precisándose que los ajustes pueden hacerse también en orden inverso, es decir, realizar primero el ajuste previsto en la cláusula 8.35 y luego a este PAO resultante, se le aplique el ajuste previsto en la cláusula 8.23(m)

En tal sentido, corresponde declarar FUNDADA la Pretensión Principal de la demandante, la cual tiene carácter declarativo

4.2. Sobre la liquidación de los ajustes al momento de la expedición del laudo arbitral, de ser el caso

4.2.1. En la medida que la pretensión principal ha sido declarada fundada, corresponde hacer el análisis y determinación del monto que el MTC adeuda a INTERSUR.

4.2.2. En resumen, la pretensión de pago de INTERSUR supone que el MTC le pague los montos resultantes de las diferencias de cálculo de los PAOCAO ajustados por las clausulas 8.23(m) y 8.35, considerando: (i) El cálculo de dichos ajustes realizados de manera independiente (posición del demandado, según la cual esta ha pagado y/o emitido los CRPAOs al Demandante hasta ahora); MENOS, (ii) El cálculo de dichos ajustes realizados de manera conjunta o sucesiva, posición del demandante de acuerdo a su Pretensión Principal.

4.2.3. Al respecto, las partes no han discutido los montos calculados, pagados y/o emitidos en CRPAOs de acuerdo a la metodología del demandado. Lo que se ha discutido (o ha sido materia de prueba) en el proceso arbitral es cuál sería el cálculo de acuerdo a la metodología propuesta por el demandante, para así por diferencia establecer cuáles serían los montos pendientes de pago o reconocimiento.

4.2.4. En ese sentido, el demandante presentó como medio probatorio de su demanda una pericia de parte realizada por el Instituto de Regulación y Finanzas de la Universidad ESAN, la cual estableció, sobre la base de que la Pretension Principal sea declarada fundada, el monto que correspondería pagar al demandante (expresado a valor presente al 31.ENE.2011), en caso la Pretensión Principal de la demanda fuera acogida por el Tribunal.

4.2.5. Así, la pericia de parte señala que entre sus principales objetivos están:

> *"Elaborar los cálculos de ajustes para la estimación nuevos PAOs ajustados por la variación en el factor de precio y variación de tasa de interés. Dicho caso será elaborado en función a la información proporcionada por la empresa contratante del servicio y por la información incluida en la emisión de los CRPAO (Certificado de reconocimientos de derechos al PAO).*
>
> *Presentar la diferencia en términos monetarios resultante de la diferencia entre metodología propuesta y la metodología usada por el MTC para el cálculo de los ajustes en el PAO. Cabe resaltar que se tomará en cuenta que el valor del dinero en el tiempo para estimar el valor presente de dichas diferencias."* (Resaltados nuestros)

Es decir, el planteamiento metodológico de la pericia de parte básicamente es establecer los ajustes al PAO según ambas

metodologías (la del demandante y la del demandado) y luego, por diferencia, establecer el monto que estaría pendiente de pago y/o reconocimiento en favor del demandante.

De hecho, este planteamiento se ve corroborado en la Tabla 4 de la pericia de parte, la cual contiene dos columnas que reflejan para cada uno de los 21 CAOs emitidos: (i) el PAOCAO ajustado de acuerdo a la metodología del Demandado, y (ii) el PAOCAO ajustado de acuerdo a la metodología del Demandante. Así, se genera una tercera columna ("Columna A") que resulta de restar los PAOCAO de las otras dos columnas (i y ii) y establece la diferencia de ajustes para cada uno de los CAOs emitidos.

Este planteamiento metodológico resulta coherente a fin de establecer el monto que correspondería pagar al demandante, en la medida que establece de manera clara la diferencia en términos monetarios entre una y otra metodologías de caculos de los ajustes al PAOCAO, llegando a un resultado final de diferencias, expresados en términos de anualidad. El resultado final de las diferencias anuales a que llego la pericia de parte fue US$ 330,535.97[3].

Esta metodología no ha sido cuestionada por el MTC y finalmente ha sido seguida por la pericia de oficio encargada por el Tribunal Arbitral a la empresa MACROCONCULT S.A., la cual también llega a establecer la diferencia monetaria entre una y otra metodología, expresándola en términos de anualidad. El resultado final de las diferencias anuales a que llego la pericia de parte fue US$ 330,442.90[4].

En tal sentido, se puede concluir que es razonable el planteamiento metodológico utilizado por la pericia de parte y seguido por la pericia de oficio (y no discutido por la demandada) de establecer el monto de la pretensión accesoria del demandante sobre la base de establecer la diferencias entre una y otra metodología de cálculo de los ajustes.

4.2.6. Ahora bien, se debe anotar que las diferencias anuales encontradas por la pericia de parte y la pericia de oficio son casi idénticas, existiendo entre ellas una diferencia inmaterial de US$ 93.13. Debe quedar claro

[3] Monto obtenido de sumar las diferencias de la columna "A" de la Tabla 4 de la Pericia de Oficio.

[4] Monto obtenido de sumar las columnas "Diferencia de Ajuste" de los Cuadros 5, 6 y 7 del escrito complementario de MACROCONSULT a la Pericia de Oficio.

también que el monto de estas diferencias es anual, es decir, es una diferencia por cada pago del PAO anual, de forma tal que el monto total de las diferencias, a valor futuro, estaría compuesto por 15 cuotas anuales de las señaladas diferencias.

4.2.7. La demandada no ha cuestionado la metodología de cálculo para establecer estas diferencias. Por otro lado, la demandada manifestó no tener discrepancias con la hoja de cálculo que presentó la demandante con su escrito de fecha 28 de mayo de 2012. En tal sentido el cuestionamiento central que puede inferirse de la demandada al cálculo final de los reajustes realizado por el perito de oficio, estuvo referido a los porcentajes de avance de obra consignados en los CAO, que según alegó la demandada, eran diferentes a los emitidos por OSITRAN. Sin embargo el perito de oficio absolvió esta observación en su escrito complementario del 29 de agosto de 2012, indicando que "Dada a metodología de revisión aplicada por Macroconsult, se utilizó la información oficial emitida por OSITRAN en los Oficios 1019-2007-MTC/02 y 1687-2009-MTC/25 (adjuntos al Cuadro 4 del presente documento), encontrando por tanto que no procede la incorporación de los CAOs referidos por el MTC" El perito de oficio ha sido claro en establecer su fuente de información y su propia lectura e interpretación de los documentos que ha revisado. Si bien el Demandado insistió con esta observación en su escrito de "Alegatos" del 14 de noviembre de 2012, no ha hecho un esfuerzo probatorio que desvirtúe lo señalado por el perito de oficio en cuanto a sus fuentes. Tampoco ha presentado al Tribunal Arbitral un ejercicio de cual a su entender debería ser el cálculo sobre la base de los porcentaje de CAO que considera son aplicables. Vale decir, el Demandado se ha limitado a objetar uno de los cálculos realizados por el perito de oficio (que coincide fundamentalmente con el mismo calculo efectuado por el perito de parte del Demandante) pero no ha hecho un esfuerzo probatorio por presentar cual debería a ser su entender el cálculo aplicable (más allá que esté de acuerdo o no con la pretensión principal del Demandante) Así planteada, no parece una objeción sólida, mas aun si el perito de oficio la ha absuelto y el Demandado lejos de presentar su propio calculo y adjuntar al mismo sus fuentes, se ha limitado a volver a insistir en su observación sin aportar al Tribunal Arbitral pruebas suficientes que le permitan desestimar el cálculo realizado por el perito de oficio en este extremo y, en todo caso, reemplazarlo por el cálculo de la Demandada. Dicho de otra forma, la Demandada no ha presentado su propio cálculo como ejercicio paralelo

al cálculo del perito del oficio (y del perito de parte del demandante), por lo que no ha aportado elementos al Tribunal Arbitral para que este pueda emitir decisión sobre la base de un cálculo alternativo.

4.2.8. No se advierte por parte de la demandada otra real observación a los cálculos efectuados por el perito de oficio, siendo los demás comentarios básicamente alegaciones y una solicitud de aclaración que fue absuelta por el perito de oficio[5].

4.2.9. El demandante por su parte ha manifestado en su escrito del 12 de octubre de 2012 lo siguiente:

> *"Así en su **Absolución de Observaciones** MACROCONSULT sustenta el detalle de sus cálculos, en los cuales se reflejan de manera expresa las **diferencias** entre la aplicación "conjunta" ("sucesiva") de los ajustes por tasa de interés y fórmula polinómica (posición de INTERSUR); y la aplicación "independiente" de dichos ajustes (posición del MTC) Justamente estas **diferencias** son los montos pendientes de reconocer y pagar a INTERSUR como consecuencia de este Arbitraje.*

4.2.10. *Respecto a estas **diferencias** por pagar a INTERSUR (expresadas a valor futuro), la Pericia de MACROCONSULT y la Pericia de ESAN son casi idénticas, con un mínimo ajuste en el CAO 21, según se puede apreciar en el siguiente cuadro:*

CAO	Pericia Macroconsult Fuente: Cuadros 5, 6 y 7 de Absolución de Observaciones US$	Pericia de ESAN Fuente: Tabla 2 Pericia ESAN US$	Diferencia entre Pericias US$
1	9,733.69	9,733.69	0.00
2	3,662.94	3,662.94	0.00
3	4,674.51	4,674.51	0.00

[5] El Demandado solicitó al perito de oficio detallar los cálculos de su columna "PPESAN ajustada", siendo el que perito de oficio procedió a detallar sus cálculos en tres cuadros adjunto a su escrito complementario de fecha 29 de agosto de 2012.

4	7,334.07	7,334.07	0.00
5	15,334.82	15,334.82	0.00
7	7,322.84	7,322.83	0.01
6	0.00	0.00	0.00
8	17,475.45	17,475.45	0.00
9	20,212.35	20,212.35	0.00
10	30,625.29	30,625.29	0.00
11	-17,760.14	-17,760.14	0.00
12	15,534.67	15,534.65	0.02
13	16,591.89	16,591.89	0.00
14	18,997.84	18,997.86	-0.02
15	0.00	0.00	0.00
16	28,911.29	28,911.29	0.00
17	24,146.86	24,146.88	-0.02
18	31,920.97	31,920.98	-0.01
19	31,266.60	31,266.66	-0.06
20	33,360.73	33,360.70	0.03
21	31,096.23	31,189.24	-93.01

4.2.11. *En base a los resultados de la **Pericia** de MACROCONSULT, el monto (a valor presente[6]) a pagar a INTERSUR ascendería a **US$ 3'341,639.54** (en lugar de US$ 3'342,496.76 que se determinan en la Pericia de ESAN) Para obtener dicho valor presente simplemente hemos sustituido en la Tabla 4 de la Pericia de ESAN el valor corregido por MACROCONSULT en el CAO 21 (según el cuadro anterior)"*

4.2.12. Asimismo, ha manifestado en su escrito del 13 de noviembre de 2012 que "*La **Pericia de ESAN** arrojó que el monto total de las diferencias anuales entre la aplicación de una y otra metodología ascendía a US$ 330,535.97 (a valor futuro), mientras que la **Pericia de Oficio** arrojó un monto total de diferencia ascendente a US$ 330,442.90[7] (es decir, existe una diferencia mínima de US$ 93.13, a valor futuro, entre ambas*

[6] Valor Presente actualizado al 31 de enero de 2011, fecha de referencia para el cálculo de la Demanda.

[7] Esta cifra puede corroborarse sumando los valores de la columna "Dif. de Ajuste al CRPAO por Ajuste TI (US$)" contenido en los: Cuadro 5 (US$ 48,062.87) Cuadros 6 (US$ 101,677.35) y cuadro 7 (US$ 180,702.68) elaborados por MACROCONSULT y contenidos en su Absolución de Observaciones, monto que ha sido ratificado expresamente en la "Observación 2" de su Escrito del 24 de Octubre.

pericias) Esa pequeña diferencia se debe a una diferente premisa en uno de los factores de ajuste por fórmula polinómica del CAO 21 (diferencia en el cuarto decimal)"

4.2.13. Es posible verificar, sobre la base de la pericia de oficio y de parte, que las cifras consignadas por el demandante y sus fuentes de referencia expuestas en el cuadro precedente son correctas. Asimismo, se verifica de una suma aritmética simple que en efecto la diferencias anuales entre la aplicación de una y otra metodología ascienden a US$ 330,535.97 en la pericia de parte y a US$ 330,442.90 en la pericia de oficio, siendo la diferencia entre ellas (US$ 93.01) inmaterial y despreciable para efectos del cálculo final[8]. Vale decir, se puede concluir que en cuanto a la determinación de las diferencias anuales, ambas pericias coinciden, lo cual debe crear razonable convicción en el Tribunal Arbitral sobre la idoneidad de estos cálculos.

4.2.14. En tal sentido, es razonable concluir que el total de las diferencias anuales entre la aplicación de la metodología de ajustes empleada por la Demandada y la empleada por el demandante asciende a US$ US$ 330,442.90, según ha sido claramente expresado en la pericia de oficio. Esta cifra refleja las diferencias anuales, que deberían ser pagadas por quince años consecutivos, de acuerdo al periodo de pago del PAO.

4.2.15. En resumen, esta cifra (US$ US$ 330,442.90) refleja el monto que debería pagar el MTC a INTERSUR como consecuencia de ampararse la Pretensión Principal de éste y por consiguiente su Pretensión Accesoria, pero esta expresado como un monto anual a pagarse durante 15 años consecutivos, de forma que esta expresado en valor futuro. En tal sentido, para determinar el monto total a pagar al demandante a la fecha, no sería posible hacer una simple suma aritmética de quince de estas anualidades, sino que, acorde con la forma como ha sido planteada la Pretensión Accesoria del Demandante, es necesario traer el flujo de 15 pagos anuales.

4.2.16. Al respecto, la pericia de parte del demandante presenta el cálculo a valor presente de este flujo de quince anualidades, expresado al 31 de

[8] De hecho el Demandante ha aceptado expresamente el cálculo efectuado por el perito de oficio y realizado un ajuste inmaterial al monto de su pretensión.

enero de 2011. El MTC no ha discutido la metodología de cálculo del valor presente utilizado por el perito de oficio, solo ha cuestionado algunas de sus premisas, básicamente la tasa de descuento utilizada para el cálculo, y de manera indirecta el monto de la anualidad.

Respecto al monto de la anualidad, como hemos visto esta ha sido determinada por el perito de oficio. Respecto a la tasa de descuento, es lógico y razonable que se utilice como tasa de descuento la tasa de interés garantizada por la Demandada en la cláusula 8.35 del Contrato, es decir la Tasa Máxima de Retribución, ascendente a 7.7235% anual, en la medida que ese es el costo que las partes han acordado darle al dinero en el tiempo para efectos del Contrato, y por tanto si se quiere establecer el valor presente de un flujo de pagos futuros que la demandada debe hacer al demandante como consecuencia de la aplicación de las condiciones del Contrato, resulta razonable utilizar la tasa que las propias partes han establecido.

Sobre este punto se vuelve a tratar más adelante, pero por ahora solo basta corroborar que la objeción de la demandada a la tasa de descuento a utilizar para calcular el valor presente del flujo de las diferencias antes anotadas no se condice con la voluntad de las partes expresada en la cláusula 8.35 del contrato.

4.2.17. En tal sentido, no se ha encontrado una real objeción a la metodología utilizada por el perito de parte para establecer el valor presente de la pretensión del demandante, metodología que por cierto es de total aceptación en las finanzas.

4.2.18. Por tanto, siendo que no se ha encontrado un objeción a dicha metodología, y en especial considerando que la premisa consistente en el monto total de las diferencias anuales entre la aplicación de la metodología de ajustes empleada por la demandada y la empleada por el demandante, es prácticamente igual en la pericia de parte y en la pericia de oficio, no existe razón para apartarse del cálculo efectuado por la pericia de parte para el valor presente del flujo de estas diferencias anuales.

4.2.19. De esta manera, resulta razonable admitir el cálculo del valor presente efectuado por el perito de parte y planteado por el demandante, el cual arroja un monto de US$ 3'342,496.76 expresado al 31 de enero de

2011. La diferencia de US$ 93.01 anual resulta inmaterial en el contexto del proceso arbitral y por tanto irrelevante para modificar dicho cálculo.

Ahora bien, el demandante ha efectuado un recalculo del valor presente de su Pretensión Accesoria en consideración a dicha diferencia de US$ 93.01 anual y ha establecido el monto en **US$ 3'341,639.54** expresados a enero de 2011. Este monto establecido por el propio demandante es el nuevo límite para el Tribunal Arbitral, y de acuerdo a las consideraciones expuestas es el monto que debe ser amparado como Pretensión Accesoria del Demandante.

4.3. Sobre el pago de intereses, de ser el caso.

Respecto al pago de intereses solicitado por la demandante en su Pretensión Accesoria, corresponde reconocerlos desde la fecha de interposición de la Demanda (8 de febrero de 2011), fecha en la que el Demandado ha incurrido indubitablemente en mora de acuerdo al artículo 1334 del Código Civil[9], hasta la fecha de pago efectivo del monto que debe pagarse al Demandante.

Sin embargo, en la medida de que se no pactó contractualmente una tasa de interés para este supuesto, corresponde aplicar la tasa de interés legal.

4.4. Sobre el asunción del pago de costas y costos, de ser el caso.

Que al amparo de lo regulado en el artículo 57 del Reglamento del Centro, este Tribunal ordena que los gastos de costos y costas que se hayan irrogado en el presente proceso sean asumidos por la parte vencida.

5. RESOLUCIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 6, 13, 43, 54, 55, 56, 59 y 68 del Decreto Legislativo Nº 1071 - Ley General de Arbitraje, se ha resuelto:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la demanda presentada por INTERSUR CONCESIONES S.A. en contra de MINISTERIO DE TRANSPORTES en

[9] A este respecto, resulta razonable aceptar que estamos frente a una obligación de dar suma de dinero cuyo monto debe ser determinado mediante resolución judicial (o Laudo Arbitral)

el sentido que los ajustes establecidos en la cláusula 8.23 (m) (Reajuste por variación de Precios de Insumos) y en la cláusula 8.35 (Reajuste por Tasa de Interés obtenida en el Cierre Financiero) del contrato de concesión deben efectuarse en forma conjunta, es decir, sucesivamente uno después del otro, de forma tal que se realice el ajuste al PAO por efecto del ajuste previsto en la cláusula 8.23 (m) y luego, a este PAO resultante, se le aplique el ajuste previsto en la cláusula 8.35; precisando el demandante que el ajuste puede hacerse también en orden inverso, es decir, primero el de la cláusula 8.35 y después el de la 8.23(m), sin afectar el resultado final de los ajustes.

SEGUNDO: ORDENAR que el MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES, cumpla con PAGAR a la demandante *la suma de **US$ 3'341,639.54**, monto calculado al 31 de enero de 2011.*

Se deja constancia que en ejecución de sentencia se liquidará dicho monto a la fecha exacta de pago; así como el monto de intereses legales correspondientes de acuerdo el punto 4.3. de la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: DISPONER que el MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES, *podrá optar por pagar a INTERSUR la suma de **US$ 3'341,639.54**, mediante la entrega de CRPAOs complementarios, utilizando la Tasa Máxima de Retribución desde el 1 de febrero de 2011, hasta la fecha de vencimientos de cada CRPAO complementario.*

CUARTO.- DISPONER que los gastos concernientes al arbitraje, así como las costas y costos del presente proceso, corresponden a la parte vencida.

Ricardo Rodríguez Ardiles
Presidente del Tribunal Arbitral

Albert Forsyth Solari
Árbitro

Randol Campos Flores
Árbitro

César Sobrevilla Lazo
Secretario Arbitral

Caso Arbitral Nº 1925-174-2010

Resolución Nº 35

Lima, 10 de abril de 2013.

En atención al escrito presentado el 9 de abril de 2013 por el Intersur Concesiones S.A.; y teniendo en consideración lo siguiente:

1. El 28 de febrero de 2013, se notificó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones el laudo arbitral de fecha 19 de febrero de 2013, tal y como se verifica del cargo de notificación respectivo que obra en el expediente.

2. El 19 de marzo de 2013, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó la interpretación del referido laudo arbitral.

3. El Tribunal dando cumplimiento a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 59 del Reglamento de Arbitraje del Centro, mediante Resolución N° 34 de fecha 1 de abril de 2013, puso en conocimiento de Intersur Concesiones S.A. la solicitud de interpretación del laudo arbitral, a fin de que dicha persona jurídica, en un plazo no mayor de diez (10) días la absuelva.

4. Dentro del plazo otorgado, Intersur Concesiones S.A. absolvió el pedido de interpretación de laudo, mediante escrito de fecha 9 de abril de 2013.

5. El numeral 1 del artículo 59 del Reglamento de Arbitraje del Centro establece que cualquier de las partes puede solicitar al Tribunal Arbitral la rectificación, integración, interpretación y exclusión del laudo dentro de los diez días siguientes de notificación del mismo.

6. De la revisión del expediente arbitral, puede advertirse que la solicitud de interpretación del laudo arbitral efectuada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones fue presentada el 19 de marzo de 2013; es decir tres (3) días después de vencido el plazo que tenía el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para presentar cualquier solicitud que refiere el artículo 59 del Reglamento de Arbitraje del Centro.

7. Que sin perjuicio de lo señalado, el numeral 3 del artículo 59 del Reglamento de Arbitraje del Centro, establece la facultad que tiene el propio Tribunal de, a iniciativa propia, interpretar el laudo arbitral que ha expedido.

8. Que el segundo punto resolutivo del laudo arbitral de fecha 19 de febrero de 2013, ordena que la entidad demandada cumpla con pagar la suma de US$ 3´341,639.54 dólares americanos, sin embargo no se ha precisado si dicho monto incluye el Impuesto General a las Ventas (IGV).

9. Que, de la lectura del Contrato de Concesión se puede advertir que el monto del PAO ofertado por la demandante no incluyó el monto del IGV. Así, la cláusula 8.22 del referido contrato expresamente

señaló: *"a los montos del PAO y del PAMO se les deberá agregar el impuesto General a las Ventas, y otros impuestos que correspondan"*

10. Que, asimismo, la Pericia ordenada de oficio por este Tribunal ha considerado el PAO sin incluir el IGV.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de interpretación de laudo presentada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones por ser extemporánea.

SEGUNDO: INTERPRETAR el segundo punto considerativo del laudo arbitral de fecha 19 de febrero de 2013, dejando constancia que el monto de US$ 3´341,639.54 dólares americanos, no incluye el IGV.

Ricardo Rodríguez Ardiles
Presidente del Tribunal Arbitral

Albert Forsyth Solari
Árbitro

Randol Campos Flores
Árbitro

César Sobrevilla Lazo
Secretario Arbitral