

Exp. 1098-160-16

AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. Vs. MINISTERIO DE TRANSPORTES Y  
COMUNICACIONESLAUDO DE DERECHO**DEMANDANTE:**AZTECA COMUNICACIONES PERÚ S.A.C. (en adelante,  
AZTECA o Demandante)**DEMANDADO:**Ministerio de Transportes Y Comunicaciones (en  
adelante, el MTC o el Demandado)**TIPO DE ARBITRAJE:**

Institucional y de Derecho.

**TRIBUNAL ARBITRAL:****Hugo Sologuren Calmet** (Presidente)**David Aníbal Flores Ligarda** (árbitro)**Mario Castillo Freyre** (árbitro)**SECRETARIA ARBITRAL:**

Silvia Rodríguez Vásquez

Secretaría General de Conciliación y Arbitraje del Centro  
de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad  
Católica del Perú.

---

**Resolución N° 14**

En Lima, a los 26 días del mes de enero del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y 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. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral****1.1 El Convenio Arbitral**

Está contenido en la cláusula sexagésima quinta 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 (en adelante, el Contrato).

## 1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

El 22 de agosto de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

## II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: las normas legales básicas contenidas en la Cláusula 1 inciso 2 de la Sección I "Antecedentes, Base Legal y Definiciones" del Contrato, el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), y, en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA).

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

## III. De la Demanda Arbitral presentada por AZTECA

Con fecha 28 de septiembre de 2016, AZTECA presentó su demanda arbitral y su subsanación con fecha 10 de octubre de 2016, refiriendo lo siguiente:

### PRETENSIONES:

- 3.1 Como Pretensión Principal, AZTECA solicita que se le otorgue y se le reconozca la ampliación de plazo de 98 (noventa y ocho) días calendario respecto de la Cuarta Entrega, debido al supuesto de causa no imputable previsto en el literal ii) de la Cláusula 8.5 del Contrato de Concesión suscrito con el MTC el 17 de junio de 2017.
- 3.2 Como Pretensión accesoria a la Pretensión Principal, AZTECA solicita que, en consecuencia de la pretensión principal, se declare que no corresponde la aplicación de penalidad alguna a AZTECA por el retraso incurrido en la Cuarta Entrega. En ese sentido, AZTECA solicita que se deje sin efecto los siguientes oficios remitidos por el MTC a AZTECA: (i) El oficio N° 2591-2016-MTC/27, de fecha 22 de enero de 2016, por el cual el MTC comunicó a AZTECA que, desde el 1 de enero de 2016, se venía contabilizando el plazo de penalidad; y ii) el Oficio N° 15627-2016-MTC/27, de fecha 25 de abril de 2016, por el cual el MTC comunicó a AZTECA que estaba evaluando la imposición de penalidad.

### FUNDAMENTOS DE HECHO:

- 3.3 AZTECA manifiesta que en el año 2013, la Agencia de Promoción de Inversión Privada – PROINVERSIÓN, por encargo del MTC, convocó al Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en Concesión al sector privado del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro" (en adelante, el "Proyecto").
- 3.4 AZTECA manifiesta que el Proyecto consistía en el diseño, construcción, operación, mantenimiento y explotación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, "RDNFO") con el fin de conectar a Lima con veintidós (22) capitales de región, ciento

ochenta (180) capitales de provincia y ciento treinta y seis (136) localidades (en adelante, el "Concurso").

- 3.5 AZTECA señala que en diciembre de 2013, el Proyecto se le fue adjudicado, y que posteriormente, con fecha 17 de junio de 2014, AZTECA y el Estado Peruano, a través del MTC, suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto (en adelante, "Contrato de Concesión").
- 3.6 AZTECA señala que conforme al Contrato de Concesión, el Proyecto comprende dos (2) fases: (i) la Fase de Despliegue, en la que se debían realizar los trabajos destinados al despliegue y la puesta en operación de las seis (6) etapas que conforman el Proyecto; y (ii) la Fase de la prestación del Servicio al Portador, que es cuando el Concesionario entraba en operación, prestando el servicio al portador.
- 3.7 AZTECA manifiesta que para llevar a cabo la Fase de Despliegue, el MTC estableció un "Cronograma de Construcción de la RDNFO" (en adelante, el "Cronograma"), el cual consistía en seis (6) entregas trimestrales, distribuidas en distintas regiones a nivel nacional.

Asimismo, AZTECA señala que este Cronograma se encuentra contenido en las Especificaciones Técnicas y es en base a él que se programaron las seis (6) entregas de la Fase de Despliegue, cubriendo un total de 22 capitales regionales, 180 capitales de provincia y 136 localidades, específicamente detalladas en el Contrato de Concesión. AZTECA señala que la controversia gira en torno a la Cuarta Entrega.

- 3.8 AZTECA señala que conforme al Cronograma, la Cuarta Entrega debía culminarse, como máximo, el 17 de diciembre de 2015. Sin embargo, producto de la aprobación de la suspensión de obligaciones, mediante Oficios No. 41065-2015-MTC/27 del 3 de noviembre de 2015 y No. 43098-2015-MTC/27 del 18 de noviembre de 2015, dicho plazo fue extendido hasta el 31 de diciembre de 2015.
- 3.9 AZTECA señala que debido a que no pudo hacer uso de la infraestructura del concesionario de energía eléctrica para el despliegue de la RDNFO correspondiente a la Cuarta Entrega, el 9 de diciembre de 2015, mediante Carta DJ-3396/15, solicitó a la Dirección General de Concesiones de Comunicaciones del MTC una prórroga de plazo por cincuenta y nueve (59) días calendario, debido a que por causa no imputable a ella sino a un tercero, se había encontrado impedido de hacer uso de la infraestructura necesaria para cumplir de forma oportuna con la entrega.
- 3.10 AZTECA señala que pese a haber acreditado que el retraso no le era imputable, y que se había configurado el supuesto de exoneración de responsabilidad previsto en el literal ii) de la cláusula 8.5. del Contrato de Concesión, dicha solicitud fue denegada por el MTC, mediante Oficio No. 47890-2015-MTC/27, recibido el 30 de diciembre de 2015. En la línea de ello, AZTECA manifiesta que mediante Oficio No. 2591-2016-MTC/27, recibido el 25 de enero de 2016, el MTC les comunicó que desde el 1 de enero de 2015 venía contabilizando los días de penalidades a aplicar a AZTECA.

- 3.11 AZTECA señala que, frente a la persistencia de ATN en impedir de forma totalmente arbitraria que AZTECA tenga acceso a su infraestructura, mediante Carta No. DJ-339/16, notificada el 26 de enero de 2016, AZTECA presentó formalmente una alternativa técnica al diseño y despliegue de la RDNFO, que permitiría hacer viable la culminación del despliegue de la Cuarta Entrega, prescindiendo de la infraestructura de ATN y solicitó una prórroga 67 días calendario para su ejecución.
- 3.12 AZTECA señala que mediante el Oficio No. 3628-2016-MTC/27, notificado con fecha 1 de febrero de 2016, el MTC otorgó su conformidad a la propuesta técnica de modificación de diseño de la Cuarta Entrega, permitiendo a AZTECA realizar los trabajos de despliegue de la RDNFO sin necesidad de acceder a la infraestructura de ATN. Sin embargo, mediante dicho Oficio se declaró IMPROCEDENTE la solicitud de prórroga de plazo de 67 días solicitado por AZTECA.
- 3.13 Ante ello, AZTECA manifiesta que mediante Carta No. DJ-487/16, notificada el 5 de febrero de 2016, AZTECA comunicó al MTC por un lado, que procedería a ejecutar los trabajos de despliegue de la RDNFO según la nueva alternativa de diseño aprobada y, por otro, su disconformidad respecto a la denegatoria de la solicitud de prórroga de plazo de la Cuarta Entrega, reservándose el derecho de iniciar los procedimientos de solución de controversias previstos en el Contrato.
- 3.14 AZTECA señala que mediante la Carta No. DJ-637/16, notificada 14 de febrero de 2015, solicitó al MTC el inicio del Trato Directo, en virtud de la Cláusula Sesenta y Cuatro del Contrato, incluyéndose la solicitud de prórroga del plazo del Contrato por 126 días hábiles.
- 3.15 AZTECA señala que, a través de la Carta No. DJ-690/16, notificada el 17 de febrero de 2016, AZTECA precisó el pedido de prórroga contenido en la solicitud de Trato Directo, estableciendo que el pedido de prórroga era por noventa y ocho (98) días calendario, contados desde el 1 de enero al 7 de abril de 2016.
- 3.16 AZTECA señala que, mediante Oficio No. 7318-2016-MTC/22, notificado el 25 de febrero de 2016, el MTC respondió a la solicitud de Trato Directo, convocando a una reunión de negociación para el 26 de febrero de 2016. Tal como consta en el Acta de Reunión, el 26 de febrero de 2016, en ella se dejó constancia de que las partes no llegaron a un acuerdo sobre la controversia generada por la prórroga de plazo solicitada, dándose por concluido el Trato Directo.
- 3.17 AZTECA señala que paralelamente, desde el 1 de febrero de 2016, fecha en la que se aprobó la alternativa técnica para la Cuarta Entrega, AZTECA inició los trabajos para el despliegue de la RDNFO, los mismos que concluyeron el 6 de abril de 2016, tal como fue comunicado al MTC mediante Carta No. DJ-1344/16. Asimismo, AZTECA señala que siendo ello así, los trabajos concluyeron dentro de la prórroga solicitada por AZTECA y arbitrariamente declarada improcedente por el MTC.
- 3.18 AZTECA manifiesta que, mediante Oficio No. 15627-2016-MTC/27, notificado el 25 de abril de 2016, el MTC comunicó el inicio del procedimiento para la imposición de una penalidad

contractual por haber entregado fuera de plazo la Cuarta Entrega de la RDNFO, la misma que solicitamos se deje sin efecto en este arbitraje.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Respecto a la pretensión principal

- 3.19 AZTECA señala que en el año 2004, entró en vigencia la "Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones", Ley N° 28295 (en adelante, la "Ley"), en cuyo artículo 1, se declaró a este derecho como uno de interés y necesidad pública.
- 3.20 AZTECA señala que en su artículo 3, se explica que el mismo tiene una doble finalidad: (i) De un lado, se reconoce que el mismo apunta a promover y garantizar la libre competencia; y, de otro, (ii) a hacer lo menos gravoso posible el impacto ambiental y urbanístico que se produce con este tipo de infraestructuras. Es decir, incentiva el crecimiento ordenado de la infraestructura de uso público necesario para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, así como el uso racional del espacio público, de manera que se reduzcan así los costos económicos y sociales que generan la duplicidad de las redes a nivel nacional.
- 3.21 AZTECA señala que para lograr ello, en el artículo 4 se establece que los titulares de infraestructura pública, entre otros, tendrán la obligación de permitir su acceso y uso a los concesionarios del servicio público de telecomunicación. En efecto, en dicha disposición se indica lo siguiente: "*El acceso y uso compartido a que se refiere la presente Ley, será de aplicación obligatoria a los titulares de infraestructura de uso público, sea que ésta se encuentre instalada en áreas de dominio público, áreas de acceso público y/o de dominio privado, con independencia de su uso.*"
- 3.22 AZTECA señala que, a tal efecto se establecen dos (2) modalidades: (i) por acuerdo entre las partes; o (ii) por mandato expreso del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones –OSIPTEL, mediante el dictado del mandato de compartición, el cual establecerá las condiciones técnicas, económicas y legales del acceso y uso, para lo cual se requiere seguir un procedimiento determinado.

Asimismo, AZTECA señala que el uso compartido se debe articular mediante acuerdos entre los operadores y, en su defecto, las condiciones de uso compartido se establecerán por resolución de la entidad reguladora. Tanto los concesionarios, como el Estado, asumen un rol en la verificación del cumplimiento de este derecho, para la efectiva prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

- 3.23 AZTECA señala que es precisamente en esa línea que, posteriormente, en el año 2012, entró en vigencia Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la RDNFO, Ley N° 29904 (en adelante, la "Ley"), con el propósito de impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional.

3.24 AZTECA señala que de acuerdo al artículo 4 de la Ley, por "Banda Ancha" debe entenderse a la conectividad de transmisión de datos (principalmente de Internet), que se realiza de forma permanente y a alta velocidad, a fin de que el usuario pueda estar siempre en línea y tenga acceso a diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales.

3.25 AZTECA señala que a través del artículo 3 de la Ley, el Estado declaró de necesidad pública e interés nacional, el acceso y uso compartido de la infraestructura de las empresas que brindan servicio de energía y otros, para el despliegue de redes de telecomunicaciones.

De esta manera, según señala AZTECA, el Estado reconoció que el uso compartido de la infraestructura asociada a la prestación del servicio público de energía eléctrica e hidrocarburos, constituye una facilidad esencial para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

3.26 En virtud a dicho reconocimiento, el artículo 4 de la Ley dispuso que la RDNFO debía desplegarse, en tanto sea viable, en la infraestructura de titularidad del Estado. La viabilidad o no de ello, no se dejó al arbitrio de los concesionarios, sino que como veremos a continuación, la misma se limitó exclusivamente a la existencia de impedimentos técnicos.

3.27 AZTECA señala que conforme establece el artículo 13.1 de la Ley, los concesionarios de energía eléctrica e hidrocarburos tienen la obligación legal de permitir el acceso y uso de su infraestructura para el despliegue de las redes de telecomunicaciones.

3.28 AZTECA señala que, en la línea de lo expuesto, se debe tomar en cuenta que la infraestructura como "recurso esencial" se define como aquella que (i) es suministrada de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o un número limitado de proveedores; y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o técnico. Si no existiera la obligación legal de compartir su uso, ello podría dar lugar a que el mercado se reduzca a un solo operador dominante, monopolizándose el servicio en perjuicio de los usuarios.

3.29 Asimismo, AZTECA señala que es por ello que la compartición de infraestructura se convierte en una solución práctica, toda vez que fomenta la competencia y permite que varios operadores puedan ofrecer sus servicios en las mismas zonas y poblaciones de todo el Perú, de manera simultánea. La compartición de infraestructura coadyuva, en ese sentido, con la mejora de cobertura y abre la puerta a nuevas tecnologías, en tanto que fortalece la competencia entre las empresas del sector.

3.30 AZTECA señala que debía desplegar la RDNFO a lo largo de trece mil quinientos (13,500) kilómetros. Para lograr ello, tuvo que compartir la infraestructura eléctrica. Asimismo, señala que el Contrato anticipó ello, y teniendo en cuenta lo importante que era la compartición de la infraestructura eléctrica, incluso estableció un supuesto de exoneración de responsabilidad cuando ello no era posible.

**Sobre la implementación del uso compartido de la infraestructura en el contrato de concesión**

- 3.31 AZTECA señala que al remitirnos al Contrato de Concesión y a las Especificaciones Técnicas, se observa que ambos contemplaron el derecho del Concesionario de acceder y utilizar la infraestructura existente asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos para el despliegue de la RDNFO.
- 3.32 AZTECA señala que esto responde al hecho de que el Estado y el Concesionario asumieron, ambos, el riesgo de que se genere un retraso, por causa no imputable al segundo (principal interesado en que se respete dicho derecho), sino a un tercero —ajeno al Contrato de Concesión— por impedir el acceso o uso de su infraestructura para el despliegue de la RDNFO. Así, tal y como se verifica del documento denominado "Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión del Concurso de Proyectos Integrales de la RDNFO", elaborada por PROINVERSIÓN.

Asimismo, AZTECA señala que esto evidencia que en ningún caso el Concesionario asumió el ejercicio de este derecho como un riesgo exclusivo o de manera absoluta.

Así también, AZTECA señala que a lo único que se podía comprometer el Concesionario es a actuar con la debida diligencia, en el sentido de realizar todo aquello que esté dentro de su esfera jurídica (cumplir con las obligaciones que asumió) para garantizar que el mismo se cumpla. Sin embargo, si a pesar de ello no se superaba el impedimento, el retraso en la entrega no debía serle imputable, por haber actuado precisamente con la debida diligencia que lo exoneraba de responsabilidad.

- 3.33 AZTECA señala que es en esa línea que en el numeral 1.5 de las Especificaciones Técnicas se dispone que: *"el Concesionario es responsable de negociar acuerdos de compartición de infraestructura con las empresas eléctricas, de hidrocarburos y ferroviarias..."*. Sin embargo, el límite de dicha responsabilidad se encuentra, a su vez, en la Cláusula 8.5 del Contrato de Concesión, el cual reconoce al impedimento de acceso o uso de la infraestructura como un supuesto de causa no imputable por el incumplimiento o cumplimiento regular de las entregas del Cronograma.

#### **Sobre los alcances e interpretación correcta de la cláusula 8.5 del contrato de concesión**

- 3.34 AZTECA manifiesta que su solicitud de prórroga se sustenta en lo expresamente pactado por las partes en el literal ii) de la cláusula 8.5 del Contrato. Asimismo, señala que pese a la claridad de la referida disposición contractual, y sobre la base de una arbitraria interpretación, el MTC decidió rechazar su solicitud, alegando la necesidad de acreditar el cumplimiento de determinados "requisitos" que no sólo nunca fueron considerados por las partes al celebrar el Contrato sino que, la propia cláusula no establece.

Asimismo, AZTECA señala que considera que tal decisión se tomó en base a una interpretación que contradice el verdadero sentido y finalidad del Contrato, razón por la cual debe ser descartada.

AZTECA señala que la posición del MTC respecto a la cláusula antes citada y específicamente sobre el literal ii), es que para su aplicación sería necesario que se

cumplan, adicionalmente y de manera concurrente, tres (3) supuestos requisitos, que son los siguientes:

1. El reconocimiento de un derecho para acceder y hacer uso de la infraestructura del tercero (concesionario de energía eléctrica).
  2. Cumplir con los requisitos pactados para el acceso y uso de la infraestructura del tercero (concesionario de energía eléctrica).
  3. Imposibilidad de acceder a la mencionada infraestructura, ya sea por una negativa injustificada del concesionario de energía eléctrica o debido a situaciones fuera de su control que pudiesen, incluso, impedir el acceso al propio concesionario de energía eléctrica.
- 3.35 AZTECA señala que se debe tener en cuenta los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil, para cuya aplicación, existe un orden de prelación. A la par de ellos, existe además una regla de interpretación prevista en el artículo 1362 del Código Civil y que rige todo el *iter negocial*.
- 3.36 AZTECA señala que tomando en cuenta el orden de prelación que existe entre las reglas de interpretación legal, así como lo dispuesto en la cláusula 67 del Contrato, es que demostrará que lo que correspondía era que el MTC apruebe la prórroga del plazo solicitada por AZTECA en virtud a la causal prevista en el literal ii) de la cláusula 8.5. del Contrato.
- 3.37 AZTECA señala que si se adopta la interpretación que realiza el MTC, se incurría en una insalvable contradicción, pues lo cierto es que la causa no imputable prevista en el literal ii) de la cláusula 8.5 del Contrato (impedimento del concesionario de energía eléctrica para el uso de su infraestructura), constituiría, a su vez, un incumplimiento incurrido por un tercero con quien AZTECA contrató (cláusula 8.2 del Contrato).

Siendo esto así, tendríamos un mismo supuesto que bajo la primera cláusula, determinaría que se exonere de responsabilidad al Concesionario; pero que bajo la segunda, consistiría en un incumplimiento que no le resulta oponible al MTC. Es decir, se genera una contradicción con una lectura que no permite una interpretación conjunta y coherente de lo dispuesto en ambas cláusulas.

Esto implica que resulta necesario interpretarlas, de manera que éstas puedan coexistir, conforme ha sido el interés de las partes al incluirlas en el Contrato.

- 3.38 AZTECA señala que la lectura coherente es que lo establecido en el literal ii) de la cláusula 8.5 del Contrato es un supuesto de excepción a dicha cláusula. En este último caso, en tanto que la relación con los concesionarios es materia de una regulación especial (compartición de infraestructura), se entiende que debería primar el supuesto de excepción frente a la regla general.
- 3.39 AZTECA señala que en virtud de lo señalado previamente, se ha observado que el MTC ha pretendido aplicar la cláusula 8.2 del Contrato para cualquier relación que AZTECA tenga con terceros vinculados a la ejecución del Proyecto, considerando como tales "terceros", incluso, a las empresas concesionarias de energía eléctrica.

- 3.40** AZTECA señala que, no obstante ello, lo cierto es que los propios términos de dicha cláusula permiten identificar que se trata de "terceros" respecto de los cuales el Concesionario delega determinadas obligaciones asumidas en virtud al Contrato, para que ellos las ejecuten directamente.

Es precisamente en esa línea que se establece que si éstos incurren en incumplimiento o no cumplen adecuadamente, ello no podrá ser oponible al MTC, en tanto que se ha previsto que será responsabilidad del Concesionario determinar si es que decide asumir el riesgo de delegar las prestaciones asumidas a un tercero, en lugar de encargarse directamente de su ejecución. Si lo hace, bajo los términos de la cláusula 8.2 del Contrato, será el Concesionario quien asuma las consecuencias del riesgo de dicha sub-contratación, no siendo posible que el Concesionario pretenda luego desligarse de su responsabilidad, por no haberlas ejecutado de manera directa.

Teniendo precisamente esta potestad de seleccionar a sus proveedores y subcontratistas, y de exigirles el cumplimiento de sus obligaciones, es lógico que el Concesionario sea responsable por los eventuales incumplimientos de aquellos, no siendo ése un aspecto que le permita evadir la responsabilidad asumida por aquél frente al Concedente.

- 3.41** AZTECA señala que evidentemente, éste no es el escenario ni los elementos que caracterizan la relación que tiene AZTECA con los concesionarios de energía eléctrica. Por tal motivo, es que las partes decidieron brindar un tratamiento distinto (o, si se quiere, de excepción) a dicha relación a partir de lo dispuesto en la cláusula 8.5. del Contrato.

- 3.42** AZTECA señala que a diferencia de los proveedores comunes con los que AZTECA contrata —terceros con los que puede libremente contratar o no—, los concesionarios de energía eléctrica asumen un rol de "monopolio" sobre la infraestructura de soporte, siendo ello reconocido legal y contractualmente, tal como antes se explicó. Dado que AZTECA necesita acceder al uso de dicha infraestructura (esencial) para desplegar la RDNFO, no le queda otra opción que suscribir con ellos los respectivos Contratos de Compartición para tal efecto.

Asimismo, AZTECA señala que es debido al carácter esencial de esta infraestructura y de la utilidad que significa para el mercado y los usuarios el que la misma se comparta, que en el año 2012 entró en vigencia la Ley N° 29904, "Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica", a través de la cual se constituyó la obligación legal, a cargo de los concesionarios de energía eléctrica, de permitir el acceso y uso de su infraestructura para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Así también, AZTECA señala que se prevé que dicha obligación sólo podrá ser exceptuada si es que se presentan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la prestación del servicio público de energía; sin embargo, fuera de ello, se mantiene plenamente vinculante el deber impuesto por la ley. De no existir esta norma, el Proyecto no sería viable, pues las negociaciones con las empresas concesionarias de energía eléctrica estarían propensas a verse frustradas, debido al lógico interés que tendrían los primeros de no compartir el uso de una infraestructura respecto de la cual no se ha compartido su inversión.

- 3.43 AZTECA señala que es por ello que a través de la cláusula 8.5 del Contrato se ha previsto que si dichos concesionarios, obligados a compartir el uso de su infraestructura, adoptan conductas dilatorias u obstruccionistas que impiden al Concesionario ejercer de forma efectiva dicho derecho, éste no sería responsable por no efectuar la entrega dentro del plazo pactado, ya que se estaría ante un supuesto de causa no imputable.
- 3.44 AZTECA señala que un tercer nivel de análisis, es la interpretación funcional, la cual se encuentra prevista en el artículo 170 del Código Civil. En virtud a esta regla, lo que se establece es que *"las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto"*.

Si subsisten distintos significados atribuibles a una misma cláusula, lo que corresponde en virtud a este criterio de interpretación, es que se le otorgue el sentido que mejor se aadecue a la naturaleza y objeto del contrato del que forma parte, es decir, en función al propósito práctico por el que las partes se vincularon.

La lógica de ello es que las cláusulas de un contrato, al igual que éste, están dirigidas a un mismo propósito, razón por la cual deberán ser leídas de manera que a través de su interpretación se alcance aquello que las partes buscaron al momento de decidir vincularse.

- 3.45 AZTECA señala que los proyectos de desarrollo de infraestructura pública que implican el financiamiento de los privados, como son las asociaciones público privadas (en adelante, "APP") conllevan una serie de riesgos propios de su naturaleza, durante toda la vida útil del contrato. Debido a ello, al momento de estructurar el proyecto, se designa quién es la parte que se encuentra en mejor posición de asumir y gestionar cada uno de dichos riesgos.
- 3.46 AZTECA señala que en esa línea, tal y como se establece en los lineamientos fijados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico sobre APP, *"Se debe transferir el riesgo a quien lo puede gestionar mejor. El riesgo debe ser definido, identificado, medido y otorgado a la parte para quien el costo de prevenir el riesgo sea menor"* (traducción libre). De igual manera, se indica que *"El riesgo debe ser asignado a quien mejor lo gestione. Por 'mejor' gestión nos referimos a la parte para quien el costo de prevenir el riesgo o enfrentar las consecuencias del mismo una vez realizado sea menor"* (traducción libre).

Asimismo, AZTECA señala que podemos verificar, a su vez, a partir de lo señalado por la doctrina respecto a este tipo de contratos que *"en vez de designar todo el riesgo al privado, los lineamientos apuntan a colocar el riesgo a la parte que se encuentra en mejor posición de gestionarlo y demostrar mejor el valor por dinero en cuanto al gasto público se refiere. Aquel en mejor posición de gestionar un riesgo particular debe hacerlo al menor precio. Cargar de manera inapropiada un riesgo al privado solo agrega un costo innecesario al Contrato de APP"*.

- 3.47 AZTECA señala que en base a lo expuesto, cabe preguntarse, ¿resultaría consistente con el propósito y objeto del Proyecto de RDNFO, que las partes hayan decidido que al Estado

le resulte indiferente el riesgo de acceso y uso a infraestructura esencial? Y que, más bien, ¿dicho riesgo haya sido asumido de manera exclusiva por el concesionario (privado)? Respondiendo que claramente no.

3.48 AZTECA señala que en el caso concreto, es el Estado quien, estando una mejor posición para garantizar que los concesionarios de energía eléctrica accedan al uso de su infraestructura, a través del ejercicio de su *ius imperium* (obligación legal), debe asumir el riesgo de acceso y uso a infraestructura esencial.

3.49 AZTECA señala que es precisamente por ello que en el literal ii) del artículo 3 de la Ley N° 29904, se declaró de necesidad pública e interés nacional, el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación del servicio público de energía eléctrica, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha (fija o móvil).

AZTECA señala que es, por tanto, un aspecto esencial del cual depende, entre otros aspectos, la propia viabilidad del Proyecto.

Asimismo, AZTECA señala que el acceso y uso compartido de la infraestructura presenta una serie de beneficios que justifican el que haya sido regulado y reconocido como de interés público. Entre ellos, (i) incentivar la competencia entre operadores, ya que permite que varios de ellos puedan ofrecer al mismo tiempo sus servicios en las mismas zonas, de forma simultánea; (ii) favorece a los usuarios, ya que los operadores obtienen ahorros al compartir la infraestructura, y dicho beneficio se traslada a los usuarios, ofreciéndoles el servicio a precios más económicos.

3.50 AZTECA menciona que, de lo señalado hasta el momento, se evidencia que tratándose especialmente de contratos APP, cada una de las partes otorga un valor agregado (y el que le corresponde de acuerdo al rol y potestades de las que es titular), siendo por ello fundamental la cooperación entre ellas para que la ejecución del Proyecto se mantenga viable, como propósito común.

En esa línea, AZTECA señala que la propia asignación de riesgos en este caso, conforme se identifica del documento denominado la "Matriz de Riesgos del Contrato de Concesión del Concurso de Proyectos Integrales de la RDNFO", elaborada por PROINVERSIÓN, se asignó el riesgo por la falta de obtención de licencias, permisos y autorizaciones y contratos con terceros que retarden la Fase de Despliegue, tanto al Estado como al Concesionario, en virtud a la propia cláusula 8.5.

AZTECA señala que como se observa, tanto el MTC como AZTECA asumieron el riesgo de que se genere un retraso en la Fase de Despliegue, debido a impedimentos de los concesionarios de energía eléctrica (cláusula 8.5). Estando a ello, habiéndose identificado y definido el riesgo, el mismo fue medido y asignado a través de la cláusula 8.5. del Contrato, en la cual se determinó que este hecho constituiría causa no imputable al Concesionario.

Asimismo, AZTECA señala que, de materializarse, se exoneraría al Concesionario de responsabilidad por no cumplir debido a ello, con efectuar alguna de las entregas de la Fase de Despliegue dentro del plazo establecido.

Esto implica que la cláusula 8.5 del Contrato debe ser leída, no como un mecanismo provisto para empoderar una potestad sancionadora del Estado, sino en favor del Concesionario, ya que ello precisamente determina e implica un beneficio en sí, para el Proyecto. Y es que, al haber sido asignado este hecho como un riesgo compartido, ambas partes asumieron un rol que implica actuar en colaboración para revertir dentro de la capacidad de cada uno, el impedimento y lograr el despliegue efectivo de la red.

- 3.51** AZTECA señala que los supuestos de causa no imputable reconocidos en la cláusula 8.5 del Contrato, están previstos en favor del Concesionario. Dicha cláusula conoce la complejidad que existe respecto al acceso y uso compartido de la infraestructura; y justamente por ello es que contempla y tipifica este supuesto específico como una causal de exoneración de responsabilidad.

Asimismo, AZTECA señala que, a pesar de ello, el MTC ha optado por una interpretación sesgada e incongruente, estableciendo requisitos que la propia cláusula no determina y de forma contraria al propósito del Contrato, pretendiendo que sea exclusivamente el Concesionario quien asuma la carga de dicho riesgo, imponiéndole condiciones adicionales que tan solo generan que no sea factible acreditar la causa no imputable.

- 3.52** AZTECA señala que en base a lo antes expuesto, se aprecia que la interpretación correcta de la cláusula 8.5 del Contrato, es lo que la misma establece de acuerdo a sus términos. Para ello, no se requiere recurrir a ningún aspecto adicional, como lo pretende el MTC, dado que ello desnaturaliza el pacto de las partes.

Asimismo, AZTECA señala que basta con que se presente algún impedimento indubitable y debidamente sustentado, de las concesionarias de energía eléctrica, para que no resulte imputable al Concesionario el retraso incurrido en la entrega que se realiza durante la Fase de Despliegue.

- 3.53** AZTECA señala que una vez comenzado el trimestre para cumplir con la Cuarta Entrega (con plazo máximo para su culminación originalmente el 17 de diciembre de 2015 y luego, el 31 de diciembre de 2015) y con la debida anticipación a ello, en el mes de mayo de 2015, AZTECA inició las negociaciones con ATN para celebrar el contrato de compartición de infraestructura. No fue sino hasta el 6 de octubre de 2015 —es decir, 5 meses después—, debido a dilaciones injustificadas de ATN, que dicho contrato recién se suscribió (en adelante, el "Contrato de Compartición").

- 3.54** AZTECA señala que en el marco de dicha negociación, AZTECA cumplió diligentemente con las solicitudes y requerimientos exigidos por ATN, mostrando una absoluta disposición y compromiso en las sesiones de negociación sostenidas. No obstante ello, del lado de ATN, se generaron otra serie conductas inexplicables, sin sustento.

- 3.55 AZTECA señala que pese a haberse suscrito el Contrato de Compartición, ATN persistió con su actuación dilatoria. En ese sentido, ya para efectos de la ejecución del Contrato de Compartición, ATN impuso una serie de condiciones y exigencias —que excedían lo previsto en el mismo— lo cual impidió a AZTECA tener acceso a la infraestructura de ATN en los plazos necesarios para poder llevar a cabo el despliegue oportuno de la RDNFO correspondiente a la Cuarta Entrega.
- 3.56 AZTECA señala que esta situación generó un grave perjuicio a AZTECA, pues no sólo le impidió iniciar y llevar a cabo los trabajos para la instalación de la RDNFO correspondiente a la Cuarta Entrega, sino que además se vio en la necesidad, en ejercicio de un actuar diligente y consecuente con los fines del Contrato de Concesión, de buscar una solución alternativa para realizar dicho despliegue. Como veremos más adelante, a pesar de que el MTC aprobó dicha iniciativa, de forma totalmente contradictoria e injustificada, decidió rechazar la prórroga solicitada para su ejecución.

**Sobre los arbitrarios requerimientos de ATN para la ejecución del Contrato de Compartición y la denegatoria de la primera solicitud de prórroga de plazo por parte del MTC**

- 3.57 AZTECA señala que las negociaciones con ATN se iniciaron de manera oportuna en mayo de 2015 (la Cuarta Entrega estaba prevista para diciembre de 2015), con el propósito de suscribir un contrato de compartición de infraestructura que permita a AZTECA acceder y usar la infraestructura eléctrica necesaria para el despliegue de la RDNFO.
- Asimismo, AZTECA señala que en el marco de la negociación con ATN, AZTECA cumplió diligentemente con las solicitudes y requerimientos exigidos por ATN, mostrando una absoluta disposición y compromiso con que la suscripción del Contrato de Compartición se materialice; sin embargo, por causa no imputable a AZTECA y de estricta responsabilidad de ATN, se generó un retraso en su celebración, siendo que el Contrato de Compartición recién pudo ser suscrito cuatro (4) meses después, esto es, en octubre de 2015.
- 3.58 AZTECA señala que el 6 de octubre de 2015 se suscribió el Contrato de Compartición entre AZTECA y ATN. Toda relación de compartición de infraestructura consta de tres (3) etapas:
- El periodo de inicio de las negociaciones y suscripción del contrato;
  - El periodo entre la suscripción el contrato y la obtención del permiso de trabajo para el despliegue de la infraestructura de telecomunicaciones; y,
  - El periodo desde la instalación de infraestructura hasta la culminación del plazo establecido en el Contrato de Compartición.

- 3.59 AZTECA señala que en este caso, debido a las exigencias y condiciones impuestas injustificadamente por ATN, nos entrampamos en la segunda etapa, referida a la obtención del permiso de trabajo necesario para iniciar la instalación de la RDNFO.
- 3.60 AZTECA señala que según la Cláusula 3.4 del Contrato de Compartición, el acceso efectivo a la infraestructura de ATN debe ser previamente coordinado y aprobado por ATN a través de un Permiso de Trabajo, el cual, según el Anexo I del referido Contrato, sólo

podía ser gestionado por AZTECA tras presentar un "informe del análisis técnico sobre la factibilidad de utilizar la Infraestructura Eléctrica para el tendido de Cables de Fibra Óptica, así como el cumplimiento de las normas para la prestación del servicio eléctrico y disposiciones vigentes en materia de seguridad" (en adelante, "Informe de Factibilidad").

- 3.61 AZTECA señala que pese a que el Contrato de Compartición no establecía que la designación de la empresa a cargo de la elaboración del Informe de Factibilidad debía ser aprobada previamente por ATN, en reunión de trabajo, ésta exigió que el Informe de Factibilidad y los trabajos de despliegue de la RDNFO sean efectuados por su empresa matriz, Abengoa Perú S.A. (en adelante, "Abengoa Perú"), tal como fue comunicado al MTC mediante Carta No. DJ-3080/15 recibida el 9 de noviembre de 2015.

Asimismo, AZTECA señala que en dicha reunión se acordó que AZTECA podría iniciar de inmediato los trabajos para la instalación de fibra óptica sobre los elementos de la red de ATN que no formen parte del Informe de Factibilidad, bajo la condición de que, en caso se requiera efectuar trabajos de reforzamiento en algunos de dichos elementos, éstos sean ejecutados luego de que Abengoa Perú haga entrega de los respectivos informes de verificación.

- 3.62 AZTECA señala que, el 6 de octubre de 2015, Abengoa Perú remitió por correo electrónico su cotización para la elaboración del Informe de Factibilidad, e indicó que la elaboración de los estudios se realizaría en un plazo de cinco (5) días hábiles por cada estructura (torre), a un costo de US\$ 3,500.00 (Tres Mil Quinientos Dólares Americanos) por estructura.
- 3.63 AZTECA señala que a través de la Carta No. DJ-2285/15, recibida el 7 de octubre de 2015, esto es, al día siguiente de recibida la cotización antes mencionada, AZTECA solicitó formalmente a Abengoa Perú la elaboración del Informe de Factibilidad sobre las ocho (8) estructuras de ATN que serían objeto de compartición.
- 3.64 AZTECA señala que, desde la firma del Contrato de Compartición, AZTECA intentó iniciar la ejecución de los trabajos en la infraestructura de ATN no comprendida en el Informe de Factibilidad, según lo acordado en la reunión del 6 de octubre de 2015, tanto con ATN como con Abengoa Perú.
- 3.65 Sin embargo, AZTECA señala que ello no fue posible, pues estas empresas se desistieron de dicha decisión, impidiendo a AZTECA iniciar los trabajos de las estructuras no comprendidas en el Informe de Factibilidad. En efecto, mediante correo electrónico de 12 de octubre de 2015, Abengoa Perú indicó que "la condición de inicio de trabajos sin tener los resultados de la revisión es un tema que debe acordarse con ATN". Dicha posición fue ratificada por ATN mediante Carta No. ATN.GG.60.2015, notificada a AZTECA el 19 de octubre de 2015.

Sobre este punto, AZTECA señala que debe tenerse en cuenta que la posibilidad de iniciar trabajos de despliegue de fibra óptica sobre las estructuras eléctricas que no son objeto de estudios de carga constituye una práctica común en el mercado. En efecto, esta condición ha sido acordada por Azteca Perú con empresas eléctricas, como Consorcio Energético de Huancavelica S.A. (Conehua), Red Eléctrica del Sur S.A. y Transmisora Eléctrica del Sur.

S.A., entre otras, por lo que carecía de sustento la negativa de ATN y Abengoa Perú de permitir el inicio de estas labores.

- 3.66** Por otro lado, AZTECA señala que teniendo en cuenta que ATN solicitó que Abengoa Perú sea la empresa encargada de las labores de despliegue de la RDNFO correspondiente a la Cuarta Entrega del Proyecto, se iniciaron las negociaciones con dicha empresa para la suscripción del respectivo contrato de servicios para la construcción de la RDNFO (en adelante, el "Contrato de Construcción").

En este contexto, el 20 de octubre de 2015, Abengoa Perú remitió para comentarios el borrador de Contrato de Construcción. Ante ello, mediante correo electrónico del 27 de octubre de 2015, AZTECA remitió a Abengoa Perú sus comentarios al contrato. Desde ese momento, a pesar de la insistencia de AZTECA, no se recibieron comentarios de Abengoa Perú al Contrato de Construcción, situación que generó la necesidad de cancelar las negociaciones con dicha empresa y, en última instancia, contratar a una nueva empresa encargada de la instalación de la fibra óptica en la infraestructura de ATN.

- 3.67** AZTECA señala que posteriormente, mediante correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2015, Abengoa Perú comunicó a AZTECA el hallazgo de un supuesto problema por la necesidad de considerar hielo sobre el cable de fibra óptica a instalar en la infraestructura de ATN, proponiendo la utilización de un "cable mensajero" metálico de 5/8. Este planteamiento fue conjuntamente evaluado por ambas partes, solucionándose una semana después, de lo que se dejó constancia en el correo electrónico del 30 de octubre de 2015 remitido por Abengoa Perú.
- 3.68** AZTECA señala que superado dicho impasse, mediante correo electrónico de fecha 3 de noviembre de 2015, Abengoa Perú solicitó la incorporación de una estructura adicional a ser analizada en el Informe de Factibilidad.

Como consecuencia de ello, se extendió el objeto —y costo— del Informe de Factibilidad, el cual pasó a comprender nueve (9) estructuras. Esta situación, a su vez, generó que se ampliara el plazo para la presentación de dicho Informe por parte de Abengoa Perú. En efecto, considerando el plazo indicado por Abengoa Perú para la realización de los estudios por cada estructura, el Informe de Factibilidad debía ser remitido a AZTECA en un plazo máximo de 45 días hábiles, el cual vencía el 14 de diciembre de 2015.

Asimismo, en dicho correo electrónico, Abengoa Perú comunicó a AZTECA el costo adicional de US\$ 5,000 Dólares Americanos por concepto de horas hombre, derivado de la evaluación de las propuestas para solucionar el hallazgo sobre la necesidad de considerar hielo sobre el cable de fibra óptica.

Ello significó un incremento total de US\$ 8,500 Dólares Americanos del costo del Informe de Factibilidad (US\$ 5,000 por el costo adicional de horas hombre y US\$ 3,500 por la incorporación de la estructura adicional a ser evaluada por Abengoa Perú). Frente a ello, a fin de evitar mayor dilación en el plazo de culminación de la Cuarta Entrega, AZTECA accedió a tal incremento, como consta en el correo electrónico del 9 de noviembre de 2015.

- 3.69 AZTECA señala que durante todo este periodo, seguía computándose el plazo para la presentación del Informe de Factibilidad a cargo de Abengoa Perú, el cual vencía el 14 de diciembre de 2015. Sin embargo, Abengoa Perú no entregó el Informe de Factibilidad en dicha fecha. Por el contrario, el 7 de diciembre de 2015, mediante Carta No. AP-GI-116-2015, Abengoa Perú remitió un Informe de Factibilidad parcial correspondiente —el cual fue comunicado al MTC mediante Carta DJ 3396/15, remitida el 9 de diciembre de 2015— al análisis de cuatro (4) de las nueve (9) estructuras, cuya evaluación técnica fue encargada a dicha empresa.
- 3.70 AZTECA señala que, sin perjuicio de ello, habiendo recibido el 7 de diciembre de 2015 el Informe de Factibilidad Parcial, en el que se concluyó que en el tramo de doble terna Línea 3 Conocoha-Kiman Ayllu no existe ningún inconveniente de tipo estructural para instalar cables de fibra óptica, mediante Carta No. DJ-3448/15, notificada el 15 de diciembre de 2015, AZTECA solicitó a ATN la obtención del Permiso de Trabajo para realizar el despliegue en la referida línea.
- 3.71 AZTECA señala que de forma paralela, en cumplimiento de lo previsto en el Anexo 1 del Contrato de Compartición que preveía la existencia de un Comité Técnico a cargo de la ejecución del Contrato, AZTECA promovió reuniones del Comité Técnico, las cuales se llevaron a cabo el 15 y 16 de diciembre de 2015. Sin embargo, pese a que mediante DJ-3681/15, notificada el 4 de enero 2016, AZTECA remitió a ATN las referidas Actas de Comité para su revisión y aprobación, éstas nunca fueron aprobadas.
- 3.72 AZTECA señala que en las reuniones de Comité Técnico celebradas el 15 de diciembre de 2015 y 7 de enero de 2016, se acordó que AZTECA informaría sobre el estado de los procesos de socialización del Proyecto con las comunidades campesinas que se encuentran en la ruta de despliegue de la fibra óptica.
- 3.73 AZTECA señala que, mediante Carta No. DJ-101/16, notificada a ATN el 11 de enero de 2016, AZTECA informó que en base a experiencias previas en la instalación de fibra óptica a lo largo del país, se había tomado la decisión de iniciar los procesos de socialización en los tramos comprendidos en la Línea 3, materia de la solicitud del Permiso de Trabajo, en los días previos a los programados para el despliegue de infraestructura con la finalidad de evitar dilaciones innecesarias.
- En esta comunicación se dejó constancia de que ello no constituía impedimento para que ATN otorgue el Permiso de Trabajo solicitado. Asimismo, mediante dicha comunicación, AZTECA cumplió con remitir el Reglamento Interno del Comité Técnico, el procedimiento de solicitud y emisión de permisos de trabajo y los lineamientos generales para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica.
- 3.74 AZTECA señala que en la sesión del Comité Técnico llevada a cabo el 21 de enero de 2016 en las oficinas de ATN, AZTECA explicó la estrategia de socialización del Proyecto de la RDNFO con las comunidades y propietarios privados, en base a la experiencia adquirida para el despliegue de la RDNFO a lo largo y ancho del país, señalando que

contaba con la autorización verbal de todas las comunidades sobre las que se desplegaría la fibra óptica.

- 3.75 Sin embargo, AZTECA señala que mediante Carta No. ATN.GG.04.2016, notificada el 22 de enero de 2016, ATN insistió en que AZTECA debía presentar de manera previa a la solicitud del Permiso de Trabajo, todas las autorizaciones de las comunidades y propietarios privados ubicados en las zonas por donde se desplegaría la red utilizando la infraestructura de ATN.
- 3.76 AZTECA señala que ello conllevó a que, mediante Carta ATN.GG.05.2016, notificada el 26 de enero de 2016, ATN desaprobara la solicitud de Permiso de Trabajo presentada, principalmente, por considerarse que de manera previa a la obtención de los permisos de trabajo, era necesaria la presentación de autorizaciones emitidas por las comunidades campesinas y propietarios de predios privados por donde transcurre la línea de transmisión de ATN.
- 3.77 AZTECA señala que, ante esta situación, AZTECA comunicó reiteradamente que dicha exigencia no tenía sustento en el Contrato de Compartición, por lo que no podía supeditarse la obtención del Permiso de Trabajo a la presentación de dicha información. Ello se encuentra acreditado en las Cartas No. DJ-101/16, presentada el 11 de enero de 2016 y No. DJ-976/16 presentada el 14 de marzo de 2016.
- 3.78 AZTECA señala que como se puede constatar en los hechos antes descritos, ATN impidió el uso de su infraestructura exigiendo condiciones que nunca fueron acordadas por las partes, condicionando el desarrollo del trabajo a la contratación de sus empresas vinculadas, y demorando en general todo el trabajo a cargo de AZTECA. En base a lo expuesto, se ha demostrado que AZTECA siempre actuó con la debida diligencia, pero fue la conducta de ATN la que determinó que no se pudieran cumplir con los plazos previstos con el MTC.
- 3.79 AZTECA señala que La mejor prueba de su diligencia es que en los más de 30 contratos de compartición han presentado, este es el único caso en virtud al cual han solicitado la exoneración de responsabilidad. Asimismo, señalan que el pedido de AZTECA no se formula a la ligera, se sustenta en la arbitrariedad de ATN y que justamente tanto el MTC y AZTECA anticipan que en casos como éste no se podría imputar responsabilidad a AZTECA.

**La prueba de la máxima diligencia adoptada por AZTECA: La "Alternativa Técnica", sin la infraestructura de ATN**

- 3.80 AZTECA señala que desde la firma del Contrato de Compartición, ATN persistió en imponer sistemáticamente dilaciones que impidieron su ejecución. Toda vez que los impedimentos para la compartición de infraestructura de ATN persistieron en el tiempo, AZTECA se vio en la necesidad de buscar una alternativa técnica que permitiera culminar la Cuarta Entrega sin la necesidad de hacer uso de la infraestructura de ATN.

- 3.81 AZTECA señala que se planteó al MTC una modificación de diseño de la Propuesta Técnica Definitiva correspondiente a la Cuarta Entrega; y en una máxima demostración del grado de diligencia adoptado, formuló y presentó al MTC con fecha 25 de enero de 2016, una alternativa técnica respecto al diseño y despliegue de la Cuarta Entrega, en beneficio del Proyecto.

Asimismo, señala que dicha alternativa fue diseñada de manera que no se requiera hacer uso de la infraestructura de ATN y, a su vez, logrando una importante mejora tecnológica para la RDNFO. Así, lo que se propuso fue enlazar, a través de la implementación de infraestructura propia, los tramos de (i) Conococha - ED Ticapampa y (ii) ED Chiquian - La Unión, los cuales pasarían a ser activos de la RDNFO.

- 3.82 AZTECA señala que esta solución permitía garantizar y mantener la independencia de la ruta óptica CORE, inicialmente diseñada en la RDNFO, desde Cajamarca hasta Huancayo, pero con un importante y relevante beneficio: la adición en dicha ruta física de la capital de Huánuco, lo cual generaría un considerable potencial que resultaría técnica y fácticamente, mucho más beneficioso para la RDNFO en el futuro (un mayor número de clientes). Es por ello, y ante los problemas con ATN, que se solicitó al MTC que en base a lo establecido en la cláusula 8.5. del Contrato, le conceda una ampliación de plazo para la ejecución de la propuesta alternativa.

- 3.83 AZTECA señala que este pedido de ampliación de plazo fue rechazado por el MTC, en base a la lectura sesgada y arbitraria descrita en la sección previa. No obstante ello, y de forma totalmente contradictoria, sí decidió aprobar la propuesta técnica alternativa, alegando como sustento de ello, el exclusivo beneficio de la misma para el Proyecto.

Asimismo, AZTECA señala que este comportamiento evidencia, con mayor claridad, el comportamiento arbitrario del MTC, pues se observa que la entidad acoge una solución propuesta por el Concesionario, debido precisamente a la imposibilidad de desplegar la red a través de la infraestructura de ATN; sin embargo, contradictoriamente, rechaza el pedido de ampliación para ejecutarla —luego de aprobarla— por considerar que no se habría verificado los "requisitos" de la causa no imputable (es decir, el impedimento que constituye la causa de la propuesta técnica alternativa presentada).

- 3.84 AZTECA señala que, evidentemente, ello no guarda ningún sentido. Señala que en realidad, a través de la aprobación de la propuesta técnica alternativa, el MTC ha reconocido de manera indubitable a través de su comportamiento, el impedimento de usar la infraestructura de ATN y, con ello, la causa no imputable que determina la aprobación del pedido de ampliación de plazo.

- 3.85 AZTECA señala que es por todo lo antes expuesto, que solicita al Tribunal Arbitral determinar que se cumplen los requisitos de la cláusula 8.5. del Contrato (impedimentos generados por ATN para el uso de su infraestructura) y, además, que AZTECA actuó con la debida diligencia, por lo que corresponde dejar sin efecto los oficios emitidos por el MTC sobre el cómputo de penalidades y reconocer su pedido de ampliación de plazo de noventa y ocho (98) días, solicitada, librando a AZTECA de cualquier responsabilidad por el tiempo requerido para efectuar la Cuarta Entrega.

**IV. De la Contestación a la Demanda Arbitral presentada por el MTC:**

Mediante escrito presentado el 30 de noviembre de 2016, el MTC contesta la demanda, señalando lo siguiente:

**De los fundamentos de hecho y Derecho de la contestación de demanda:**

- 4.1 El MTC señala que con fecha 17 de junio de 2014, fue suscrito el Contrato de Concesión del Proyecto "Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro", entre el Estado Peruano (a través del MTC) y AZTECA.
- 4.2 El MTC señala que de acuerdo al Contrato de Concesión, AZTECA ha desplegado de manera progresiva a través de seis (6) entregas, una red de transporte de más de 13,500 Km de fibra óptica, que conecta a 22 capitales de región, 180 capitales de provincia y 136 localidades.
- 4.3 Asimismo, el MTC señala que el marco legal de dicho Contrato, respecto al uso de infraestructura por parte de las empresas concesionarias de energía eléctrica, establece lo señalado de la pág. 2 a la pág. 5 de su escrito de contestación de demanda.
- 4.4 El MTC manifiesta que resulta oportuno señalar con relación a la 4ta. Entrega que, a diferencia de las entregas previas, comprendió un porcentaje mucho mayor de Km. por desplegar, así como de cantidad de nodos y las Regiones que abarca.
- 4.5 El MTC señala que el Programa de Despliegue de la 4ta. Entrega presentado con la Propuesta Técnica Definitiva (en adelante PTD) correspondiente, señalaba como fecha de inicio de las actividades la última semana de julio de 2015 y finalizaban con la 4ta. Entrega de la RDNFO, la cual estuvo prevista inicialmente para el 17 de diciembre de 2015; sin embargo, la misma fue prorrogada hasta el 1 de enero de 2016, modificándose el plazo máximo para su culminación, toda vez que Azteca presentó solicitudes de prórroga del plazo, en virtud a lo establecido en la cláusula 8.5 y 47 del Contrato de Concesión.
- 4.6 El MTC manifiesta que en atención a lo señalado, la 4ta. entrega, a pesar de tener dimensiones mayores a las Entregas previas, fue prevista para ejecutarse en el mismo plazo que éstas, de ahí la importancia de realizar una gestión oportuna y diligente de todos los permisos requeridos para su culminación en el plazo previsto en el Contrato de Concesión, por parte de AZTECA.
- 4.7 En este sentido, el MTC señala que resulta menester manifestar que son de exclusiva responsabilidad de AZTECA todas las actividades de diseño y despliegue de la RDNFO, debiendo ser ejecutadas conforme a la Propuesta Técnica Aprobada, asumiendo plena responsabilidad por los resultados; por lo que correspondía que AZTECA analice y gestione los riesgos inherentes a estas actividades, en atención a las buenas prácticas en la gestión de proyectos.

**Contesta Demanda**

- 4.8 El MTC señala que es necesario indicar que de la revisión del Contrato de Compartición de Infraestructura (en adelante, el Contrato de Compartición) suscrito con ATN, se advierte que el derecho para el despliegue de la fibra óptica sobre su infraestructura, no pudo ser ejercido por AZTECA de manera automática luego de la suscripción del citado contrato.
- 4.9 El MTC señala que, a fin de que AZTECA pueda ejercer el derecho que le otorga el Contrato de Compartición suscrito para iniciar el despliegue de la fibra óptica sobre la infraestructura de ATN, era necesario que haya cumplido con el procedimiento detallado en los numerales 3.4, 3.5, así como lo indicado en el Anexo 1 del Contrato de Compartición.
- 4.10 Asimismo, el MTC señala que de acuerdo al numeral 2.A del Anexo 1 del Contrato de Compartición, para la aprobación del Permiso de Trabajo, AZTECA previamente debía:
- *Presentar un Informe del Análisis Técnico sobre la factibilidad de utilizar la Infraestructura Eléctrica para el tendido de Cable de Fibra Óptica, así como, el cumplimiento de las normas para la prestación del servicio eléctrico y disposiciones vigentes en materia de seguridad.*
  - *ATN podrá solicitar a AZTECA informes técnicos complementarios en caso sea necesario para su revisión y verificación.*
  - *La verificación del análisis técnico será realizada por ATN.*
- 4.11 Por lo tanto, el MTC señala que del propio Contrato de Compartición se advierte que el derecho de acceso no se configuró con la sola firma del mencionado contrato, sino que AZTECA debió cumplir una serie de requisitos a efectos de obtener un Permiso de Trabajo.
- 4.12 En consecuencia, el MTC señala que no se trata de un riesgo que deba asumir el MTC, toda vez que era AZTECA la obligada a realizar todas las gestiones correspondientes para dar estricto cumplimiento a las condiciones establecidas en el Contrato de Compartición, asumidas voluntariamente por Azteca al momento de su celebración.
- 4.13 El MTC señala que, de acuerdo a las cláusulas 8.1 y 9.2 del Contrato de Concesión, AZTECA era responsable de realizar el Despliegue de la RDNFO de la 4ta. entrega,
- 4.14 El MTC señala que la cláusula 8.5 del Contrato de Concesión de la RDNFO establece que el Concesionario no incurrirá en responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de cada Entrega, siempre que, de manera indubitable, exista alguna causa no imputable a él que le impida cumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato. Al efecto, el Concesionario debe informar dicho hecho al Concedente, mediante carta debidamente sustentada y documentada a satisfacción de éste, en cuyo caso el plazo previsto para cada Entrega se entenderá prorrogado hasta que se logre la subsanación respectiva.
- 4.15 Asimismo, el MTC señala que esta cláusula estipula que se entiende como causa no imputable al Concesionario, lo siguiente: (i) no otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, servidumbres y demás títulos habilitantes municipales, regionales o de

algún otro organismo estatal que fueran necesarios para llevar a cabo el despliegue de la RDNFO, siempre que el Concesionario hubiera actuado de forma diligente y cumplido con los requisitos exigidos en la legislación aplicable para tal efecto; y, (ii) impedimento por parte de los concesionarios de energía eléctrica, hidrocarburos, ferrocarriles y carreteras para el uso de la infraestructura de soporte o derecho de vía.

- 4.16 Por su parte, según señala el MTC, la cláusula 67 del Contrato de Concesión de la RDNFO establece que en caso de divergencia en la interpretación del mismo, las partes seguirán el siguiente orden de prelación para resolver dicha situación: 1. El Contrato; 2. Circulares y 3. Las bases.
- 4.17 Asimismo, el MTC señala que el inciso b) de la Cláusula 67 Contrato de Concesión de la RDNFO, estipula que el mismo se interpretará según sus propias Cláusulas, las Circulares, las Bases y las Leyes Aplicables.
- 4.18 En este sentido, el MTC señala que el propio Contrato de Concesión de la RDNFO indica el orden de prelación que se debe establecer para interpretar las diferentes cláusulas del mismo, estipulándose que en primer lugar se debe tomar en cuenta al propio Contrato; por lo cual, contrario a lo señalado por AZTECA en la demanda, no cabe aplicar el orden de prelación establecido en el Código Civil para interpretar las cláusulas del Contrato de Concesión de la RDNFO, máxime si este último ha establecido su propio orden de prelación.
- 4.19 El MTC señala que, para interpretar la cláusula 8.5 del Contrato de Concesión de la RDNFO, se tomará en cuenta lo establecido en sus otras cláusulas, con la finalidad de efectuar una lectura conjunta de las mismas.
- 4.20 Al respecto, el MTC señala que la cláusula 8.5 del Contrato de Concesión de la RDNFO establece de manera clara en referencia a la causal de exoneración de responsabilidad, que la causa alegada debe ser no imputable al Concesionario; sin embargo, de acuerdo a lo señalado en el ítem 3.1, se ha evidenciado que el incumplimiento de la 4ta. Entrega se debe específicamente a causas imputables a AZTECA.
- 4.21 Asimismo, el MTC señala que la cláusula 2.17 del Contrato de Concesión de la RDNFO, establece que en la definición de éste, se incluyen sus anexos, apéndices y cualquier otro documento que se integre al mismo, celebrado entre el Concesionario y este Ministerio, el cual rige las relaciones entre ambos durante el correspondiente periodo de vigencia de la Concesión.
- 4.22 Por ello, según señala el MTC, todos los anexos del Contrato de Concesión de la RDNFO forman parte de éste y los mismos también se emplearán para hacer la interpretación correspondiente de las cláusulas contractuales.
- 4.23 El MTC señala que, de acuerdo a lo indicado en el numeral 1.5 del Anexo 12, denominado Especificaciones Técnicas de la RDNFO del Contrato de Concesión, el Concesionario es responsable de negociar acuerdos de compartición de infraestructura con las empresas eléctricas, de hidrocarburos y ferroviarias; así como, obtener los permisos, los derechos de

vía, de paso y de uso necesarios para instalar los postes e infraestructura que resulte necesaria para el despliegue de la RDNFO; así también, establecer los acuerdos para el uso de ductos existentes e instalar nuevos ductos donde lo considere necesario.

- 4.24 Asimismo, el MTC señala que la cláusula 8.2 del Contrato de Concesión de la RDNFO estipula que cualquier contrato que el Concesionario suscriba o que deba suscribir con terceros para cumplir con las obligaciones de la Concesión, son de exclusiva responsabilidad de éste. Los incumplimientos o errores de terceros, o de otras partes en dichos contratos, no son oponibles al Concedente para justificar incumplimientos del Contrato.
- 4.25 Igualmente, el MTC señala que la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión de la RDNFO establece que la ejecución de las inversiones obligatorias, incluyendo todas las actividades de diseño y despliegue de la RDNFO, son de exclusiva responsabilidad del Concesionario y deberán ser ejecutadas conforme al PTD aprobado, asumiendo plena responsabilidad por los resultados.
- 4.26 El MTC señala que la cláusula 9.2 del Contrato de Concesión de la RDNFO estipula que el plazo máximo para la culminación de las actividades del despliegue de la RDNFO es el establecido en el Cronograma. Además establece que si el Concesionario incumple con el plazo máximo, por razones estrictamente imputables a él, resultarán de aplicación las penalidades devengadas desde la fecha en que se produjo el incumplimiento hasta la fecha en que subsane el incumplimiento a satisfacción del Concedente:
- 4.27 En este sentido, el MTC señala que en diferentes cláusulas del Contrato de Concesión de la RDNFO se ha establecido que AZTECA tenía la obligación de gestionar ciertas actividades específicas relacionadas al diseño y despliegue, como es el caso de los acuerdos de participación de infraestructura y las licencias, permisos o autorizaciones, ya sean de una entidad del Estado o de terceros, necesarias para el despliegue de la RDNFO.
- 4.28 Por ello, el MTC señala que tomando en cuenta que estas actividades son de responsabilidad exclusiva del Concesionario, el Contrato no ha contemplado ni regulado procedimientos o plazos específicos para tal fin, por lo que AZTECA ha contado y cuenta con plena de libertad para llevar a cabo dichas gestiones y suscribir los respectivos acuerdos u obtener las respectivas licencias, permisos o autorizaciones que se requieran para el despliegue de la RDNFO.
- 4.29 Bajo este contexto, el MTC señala que considera que AZTECA ha debido ejecutar dichas gestiones, considerando su relación directa con los siguientes aspectos establecidos en el Contrato de Concesión:
- a. El Contrato de Concesión de la RDNFO es un contrato de naturaleza unitaria, que responde a una única causa.
  - b. El Contrato de la RDNFO es de trato sucesivo, marcado por las diferentes entregas, pero de ejecución continuada.
  - c. El plazo máximo para la culminación de las actividades del despliegue de la RDNFO, es el establecido en el cronograma.

- d. Ante incumplimientos del plazo máximo imputables al Concesionario, corresponde la aplicación de penalidades.
- e. Si bien se han contemplado supuestos como el caso fortuito o fuerza mayor, o la falta de obtención de permisos, estos sólo exoneran temporalmente al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, se requiere la acreditación de su actuar diligente que sustente que la causa alegada no le es imputable.
- 4.30** En esta línea de análisis, el MTC señala que el Proyecto no está exento de la gestión de riesgos que permita a AZTECA el análisis y la identificación de los riesgos, realizar un análisis cualitativo-cuantitativo de los mismos, planificar la respuesta a dichos riesgos y, finalmente, establecer las medidas de supervisión y control.
- 4.31** El MTC señala que este análisis debió permitir a AZTECA, adoptar medidas ante posibles riesgos como la falta o demora en el otorgamiento de permisos o suscripción de acuerdos, que puedan ser la causa de un incumplimiento del cronograma de despliegue de la RDNFO.
- 4.32** En este sentido, el MTC señala que las gestiones para la suscripción de los respectivos acuerdos de compartición que se requerían para el despliegue de la RDNFO eran de exclusiva responsabilidad de AZTECA; por tanto, debía ejecutar dichas gestiones considerando su relación directa con lo establecido en el Contrato de Concesión.
- 4.33** Por otra parte, el MTC señala que AZTECA debía ejecutar las actividades de despliegue de la Cuarta Entrega en el plazo máximo previsto en el Cronograma; caso contrario, de incumplir dicho plazo por razones estrictamente imputables a él, resultaban de aplicación las penalidades devengadas desde la fecha en que se produjo el incumplimiento hasta la fecha en que subsane el incumplimiento a satisfacción del Concedente.
- 4.34** Asimismo, el MTC señala que cualquier contrato que el Concesionario suscriba o deba suscribir con terceros para cumplir con las obligaciones de la Concesión, es de exclusiva responsabilidad de éste y, por tanto, los incumplimientos o errores de terceros, o de otras partes en dichos contratos, no son oponibles al Concedente para justificar incumplimientos del Contrato de Concesión.
- 4.35** El MTC señala que, el presunto incumplimiento del Contrato de Compartición por parte de ATN no resulta oponible al MTC para sustentar un posible incumplimiento de la Cuarta Entrega de la RDNFO.
- 4.36** En virtud a lo expuesto, el MTC señala que el propio Contrato de Concesión de la RDNFO ha estipulado el orden de prelación correspondiente para interpretar las diferentes cláusulas del mismo, estableciendo que en primer lugar se debe tomar en cuenta al propio Contrato; por lo cual, en el presente caso no cabe aplicar el orden de prelación establecido en el Código Civil para interpretar las cláusulas del Contrato de Concesión de la RDNFO, como erróneamente postula en la demanda AZTECA.

**Debida diligencia y el reconocimiento de la prórroga solicitada en base al literal ii) de la cláusula 8.5 del contrato de concesión**

- 4.37 El MTC manifiesta que AZTECA señala que una vez comenzado el trimestre para cumplir con la Cuarta Entrega (con plazo máximo para su culminación originalmente el 17 de diciembre de 2015 y luego el 1 de enero de 2016) y con la debida anticipación a ello, en el mes de mayo de 2015 inició las negociaciones con ATN para celebrar el Contrato de Compartición; sin embargo, no fue sino hasta el 6 de octubre de 2015 —es decir 5 meses después—, debido a dilaciones injustificadas de ATN, que dicho contrato recién se suscribió.
- 4.38 EL MTC señala que, de acuerdo a lo señalado por ATN en su carta ATN.GG.30.2016, el 1 de setiembre de 2014 AZTECA le comunicó la adjudicación del proyecto de la RDNFO, requiriéndole el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, lo cual fue atendido el 12 de setiembre de 2014 por ATN. Sin embargo, AZTECA dio inicio a las negociaciones con ATN recién en mayo de 2015, lo cual evidencia la falta de diligencia por parte de AZTECA, ya que luego de ocho (8) meses retomó el contacto con ATN para celebrar el Contrato de Compartición.

**Sobre los requerimientos de ATN para la ejecución del Contrato de Compartición y la denegatoria de la primera solicitud de prórroga de plazo por parte del MTC**

- 4.39 El MTC manifiesta que AZTECA señala que ATN impidió el uso de su infraestructura, exigiendo condiciones que nunca fueron acordadas por las partes, condicionando el desarrollo del trabajo a la contratación de sus empresas vinculadas, y dilatando en general todo el trabajo a cargo de AZTECA. En este sentido, señala que siempre actuó con la debida diligencia; sin embargo, fue la conducta de ATN la que determinó que no se pudiera cumplir con los plazos previstos con el MTC.
- 4.40 El MTC señala que AZTECA indica también que la mejor prueba de su diligencia es que en los 30 contratos de compartición que ha presentado, éste es el único caso en virtud del cual ha solicitado la exoneración de responsabilidad. El fundamento de su solicitud se sustenta en la arbitrariedad de ATN, por lo que no se le podría imputar responsabilidad.
- 4.41 Al respecto, el MTC señala que con relación a la gestión de permisos o suscripción de acuerdos con terceros, necesarios para el despliegue de la RDNFO, como es el caso de los Contratos de Compartición de Infraestructura con las empresas Concesionarias de Energía Eléctrica, el Contrato de Concesión establece que AZTECA es responsable de la gestión y obtención de los mismos.
- 4.42 Es así que el MTC señala que la cláusula 8.2 del Contrato de Concesión establece que cualquier contrato que AZTECA suscriba o que deba suscribir con terceros, para cumplir con las obligaciones de la Concesión, es de su exclusiva responsabilidad y que los incumplimientos o errores de terceros, o de otras partes en dichos contratos, no son oponibles a este Ministerio para justificar incumplimientos del Contrato.

- 4.43 El MTC reitera que si ATN venía incumpliendo el Contrato de Compartición, dicho incumplimiento no es oponible al MTC para sustentar un posible incumplimiento de la 4ta. Entrega de la RDNFO.:
- 4.44 De otro lado, el MTC señala que la mejor prueba de su diligencia son los 30 contratos de compartición que ha presentado, y que el caso de ATN es el único caso en virtud del cual solicitó exoneración de responsabilidad. En atención a lo anterior, es preciso indicar que la obtención de los citados permisos tenía impacto directo en el programa de despliegue propuesto por la propia AZTECA en su Propuesta Técnica Definitiva de la 4ta Entrega (en adelante PTD4).
- 4.45 El MTC señala que en dicha propuesta, AZTECA manifestó que a efectos de iniciar el despliegue de la 4ta. Entrega, utilizaría como soporte la infraestructura de 22 empresas concesionarias de energía eléctrica.
- 4.46 El MTC señala que AZTECA debió negociar y obtener permisos de 22 empresas concesionarias de energía eléctrica a fin de cumplir el Programa de Despliegue incluido en la PTD4, que le permitiría cumplir con el cronograma establecido en el Contrato de Concesión. En la citada PTD4, AZTECA declaró que venía negociando con algunas de las empresas concesionarias de energía eléctrica, con la finalidad de suscribir los acuerdos a la brevedad posible.
- 4.47 En esa misma línea, el MTC señala que AZTECA declaró en la PTD4, de fecha 17 de julio de 2015, que de presentarse situaciones que impidan ejecutar el diseño propuesto, contaba con planes de rutas alternativas que, de ser necesario, serían implementadas rápidamente, asegurando de esa manera el cumplimiento de los plazos previstos en el Contrato de Concesión y las Especificaciones Técnicas. En el presente caso, no obstante, la demora en la obtención del acceso efectivo a la infraestructura de ATN, hizo que AZTECA planteara el uso de rutas alternas que le permitan cumplir con el Contrato de Concesión, aunque sin la inmediatez que correspondía, contrario a lo establecido en dicha PTD4.
- Sin perjuicio de lo señalado, teniendo en cuenta que Azteca no llegó a ningún acuerdo con ATN, el artículo 25º del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, señala el procedimiento que debió seguir para que pueda contar con el acceso a la infraestructura de la empresa de energía eléctrica de ATN. En efecto, ante la falta de acuerdo, transcurridos treinta (30) días hábiles desde la fecha de realizado el requerimiento, Azteca, podía solicitar al OSIPTEL la emisión del respectivo mandato.
- 4.48 El MTC indica que en el presente caso, AZTECA ha señalado que inició las negociaciones con ATN desde mayo de 2015, y que recién el 6 de octubre de 2015 suscribió el Contrato de Compartición. En tal sentido, en el presente caso Azteca pudo ejercer el derecho de solicitar el mandato de compartición luego de transcurridos los 30 días hábiles, es decir, el 1 de julio, a efectos que el OSIPTEL se pronuncie en los plazos establecidos en el Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL, habiendo podido obtener el citado mandato antes del 6 de octubre de 2015.

**La “alternativa técnica” sin la infraestructura de ATN como presunta prueba de la máxima diligencia adoptada por AZTECA:**

- 4.49 El MTC señala que AZTECA manifiesta que planteó una modificación al MTC acerca del diseño de la PTD correspondiente a la Cuarta Entrega, en una máxima demostración del grado de diligencia adoptada, por lo que formuló y presentó al MTC con fecha 25 de enero de 2016 una alternativa técnica, de tal modo que no se requería hacer uso de la infraestructura de ATN; acorde a ello, señala que propuso enlazar a través de la implementación de infraestructura propia los tramos de i) Conococha – ED Ticapampa y ii) ED Chiquián – La Unión, los cuales pasarían a ser activos de la RDNFO.
- 4.50 Sobre el particular, el MTC indica que en un primer momento AZTECA no había suscrito ningún acuerdo de compartición de infraestructura con ATN, razón por la que el Ministerio consideró que no le asistía ningún derecho para el citado acceso, lo que no configuraba el presunto impedimento por parte del concesionario de energía eléctrica, según lo establecido en la cláusula 8.5 del Contrato de Concesión de la RDNFO.
- 4.51 El MTC señala que en un segundo momento AZTECA calificó erróneamente como impedimento las exigencias de orden técnico efectuadas por ATN, de acuerdo a las condiciones pactadas en el propio Contrato de Compartición, como requisito previo para el acceso.
- 4.52 El MTC señala que posteriormente AZTECA manifestó que suscribió con fecha 6 de octubre de 2015 el respectivo Contrato de Compartición con ATN y que la referida empresa no le otorgaba el acceso a su infraestructura, puesto que vendría realizando dilaciones injustificadas que configurarían el supuesto impedimento, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 8.5 del Contrato de Concesión de la RDNFO.
- 4.53 En referencia al mencionado impedimento, el MTC señala que es importante señalar que AZTECA tenía la obligación de desplegar la Cuarta Entrega de acuerdo a la PTD 4, asumiendo plena responsabilidad por los resultados; tal y como lo establece el Contrato de Concesión.
- 4.54 El MTC señala que, en el presente caso, AZTECA en la PTD4 declaró que para que se lleve a cabo el despliegue en la Región Ancash utilizaría como soporte la infraestructura de ATN.
- 4.55 Al respecto, el MTC señala que de acuerdo al Programa de Despliegue de la Cuarta Entrega aprobado como parte de la PTD, AZTECA declaró que iniciaría los trabajos en la Región Ancash a partir de la cuarta semana de julio de 2015; sin embargo, en dicha fecha AZTECA aún mantenía las negociaciones abiertas con ATN y decidió mantenerlas durante los siguientes dos meses, asumiendo el impacto directo que tenía en los plazos planteados en el Programa de Despliegue y el consecuente riesgo de incumplimiento del plazo máximo de la cuarta entrega.
- 4.56 El MTC señala que a la fecha de la firma del Contrato de Compartición con ATN, AZTECA ya tenía pleno conocimiento de que esto implicaba un incumplimiento de la Cuarta Entrega

de la RDNFO, situación que estaba dentro de su control y que de haber tomado las medidas necesarias, como la planteada posteriormente por AZTECA —la propuesta de modificación del diseño— no hubiesen generado la situación de incumplimiento.

- 4.57 El MTC señala que bajo este contexto, el contrato con ATN se suscribió con fecha 6 de octubre de 2015 y según las condiciones pactadas y aceptadas por AZTECA, ATN indicó los siguientes plazos mínimos para otorgar el llamado Permiso de Trabajo que le brindaría el acceso efectivo a su infraestructura, a) 5 días hábiles para remitir el estudio de factibilidad para cada una de las torres a utilizar y, b) 15 días calendario previos como mínimo para solicitar el Permiso de Trabajo.
- 4.58 El MTC señala que AZTECA requirió con fecha 7 de octubre de 2015 a ATN, el estudio de 9 torres; por tanto, ATN tenía un plazo de 45 días hábiles para pronunciarse, el mismo que vencía el 14 de diciembre de 2015; luego de ello, se deben sumar los 15 días calendario previos para solicitar el Permiso de Trabajo, por ende, el permiso se hubiera podido emitir en óptimas condiciones, el 29 de diciembre de 2015. No obstante, a esta fecha se deben sumar los 50 días calendario que hubiera tomado a ATN realizar el despliegue de la fibra óptica, con lo cual resulta evidente que AZTECA incumpliría el plazo máximo de la Cuarta Entrega, previsto en dicha fecha para el 17 de diciembre de 2015 e incluso considerando el plazo prorrogado del 1 de enero de 2016.
- 4.59 En esta línea de análisis, el MTC señala que cabe reiterar que era de plena responsabilidad de AZTECA los resultados del PTD y dentro del plazo máximo previsto en el cronograma, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, el cual vencía el 1 de enero de 2016.
- 4.60 En este sentido, el MTC señala que AZTECA no ha demostrado verdadera diligencia, puesto que no llevó a cabo la nueva propuesta del PTD —usando su propia infraestructura— dentro del cronograma establecido para la Cuarta Entrega, es decir, a más tardar hasta el 1 de enero de 2016.
- 4.61 Adicionalmente a ello, el MTC señala que es necesario precisar que mediante carta DJ-1162/16, de fecha 21 de marzo de 2016, AZTECA señaló que se encontraba próxima a culminar los trabajos de Despliegue de la 4ta Entrega y que la fecha estimada para dicha culminación era el 26 de marzo de 2016; sin embargo, ello recién ocurrió el 6 de abril de 2016, lo cual demuestra una vez más que AZTECA no tuvo la diligencia debida.
- 4.62 Bajo esta perspectiva, el MTC señala que queda demostrado que AZTECA no ha actuado con la mayor diligencia que el caso ameritaba y que incluso tuvo que optar por una nueva alternativa: modificar el diseño de la PTD y dejar de lado la opción de usar la infraestructura de ATN, con el objeto de finalmente cumplir, aunque sea de manera tardía, con la 4ta. Entrega.
- 4.63 En virtud a todo lo expuesto, el MTC señala que no corresponde que se otorgue y reconozca a favor de AZTECA la ampliación de plazo de 98 días calendario respecto de la 4ta. Entrega, al haber demostrado que los retrasos se debieron a causas imputables a AZTECA por no ser diligente en culminar los trabajos de Despliegue de la 4ta. Entrega.

**Sobre la pretensión accesoria a la pretensión principal de la demanda arbitral interpuesta por parte de Azteca: No aplicación de la penalidad**

- 4.64 El MTC señala que como consecuencia de la pretensión principal AZTECA solicita que se declare que no corresponde la aplicación de penalidad alguna por el retraso ocurrido en la Cuarta Entrega; por lo que se debe dejar sin efecto los siguientes oficios remitidos por este Ministerio a AZTECA: i) Oficio N° 2591-2016-MTC/27 del 22.01.2016, por el cual se comunicó a Azteca que desde el 01.01.2016, se venía contabilizando el plazo de penalidad; y ii) Oficio N° 15627-2016-MTC/27 del 25.04.16, por el cual se comunicó a AZTECA que estaba evaluando la imposición de penalidad por dicho incumplimiento.
- 4.65 El MTC señala que contrario a lo indicado por AZTECA, la penalidad a ser aplicada por el MTC se debe al incumplimiento del cronograma de la 4ta Entrega, contado desde el 01 de enero hasta el 6 de abril de 2016, fecha de la realización de la 4ta Entrega, lo cual se debió a diferentes situaciones que AZTECA alegó a este Ministerio, las mismas que no están referidas solamente a los presuntos requerimientos arbitrarios de ATN para la ejecución del Contrato de Compartición.
- 4.66 El MTC señala que sobre el particular, con fecha 19 de febrero de 2016, mediante carta DJ-739/16, AZTECA remitió al MTC la lista de los nodos implementados a dicha fecha, de acuerdo a lo siguiente:  
*"Por medio de la presente me dirijo a Usted a fin de hacerle llegar nuestros cordiales saludos, y remitirle el listado de los nodos implementados hasta la fecha y plenamente validados por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C., correspondiente a la Cuarta Entrega (...)."*
- 4.67 Asimismo, el MTC señala que en dicho documento se adjuntó la relación de los nodos instalados hasta febrero 2016, observando que el despliegue de la 4ta. Entrega se encontraba al 77%, lo cual evidencia que el retraso en dicha entrega no sólo se debió a los inconvenientes que tuvo AZTECA con ATN, sino que existieron otras situaciones que impidieron a AZTECA cumplir al 1 de enero de 2016 con la 4ta. Entrega.
- 4.68 Bajo este contexto, el MTC señala que AZTECA no ha mencionado en su demanda la situación reportada a través de la carta DJ-0159/16, de fecha 12 de enero de 2016, por la cual solicitó 28 días calendario de prórroga, señalando que desde el 6 de enero de 2016 se habrían generado actos de violencia o de fuerza en la comunidad campesina San Antonio de Torontoy, de acuerdo al siguiente detalle:  
*"(...) los pobladores no están permitiendo dar inicio a los trabajos de despliegue de fibra óptica en la zona de dicha Comunidad, perteneciente al Santuario Histórico de Machupicchu, como medida de protesta por los diversos reclamos que mantienen a la fecha contra el Estado (...)."*
- 4.69 Adicionalmente, el MTC señala que con fecha 10 de febrero de 2016 y mediante carta DJ-534/16, AZTECA solicitó nuevamente solicitud de suspensión de obligaciones, de acuerdo a lo siguiente:

*"Mediante la presente comunicación Azteca Perú presenta nuevamente su solicitud de suspensión de obligaciones de la Cuarta Entrega de la RDNFO en virtud de los retrasos que importaron los impedimentos de la Comunidad de San Antonio de Toronto para desplegar la infraestructura (fibra óptica) de la RDNFO (...)."*

- 4.70 Sin embargo, el MTC señala que mediante Oficios N° 2365-2016-MTC/27 y N° 6549-2016-MTC/27 el MTC declaró improcedentes ambas solicitudes de suspensión de obligaciones, por falta de elementos probatorios para acreditar la ocurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor, lo cual no generó convicción en el MTC acerca de la real existencia del impedimento señalado por AZTECA.
- 4.71 De otro lado, el MTC señala que es importante mencionar que AZTECA tenía la obligación de reportar a MAGTEL (en adelante, el Supervisor de Obra) el avance de la construcción de los nodos de la 4ta. Entrega, con la finalidad de dar cumplimiento a la cláusula 26.1 del Contrato de Concesión:

***"CLÁUSULA 26: OBLIGACIONES DEL CONCEDENTE***

*26.1 Corresponde al Concedente a través del Supervisor de Obras, efectuar las acciones de supervisión que le competen durante la Fase de Despliegue de la RDNFO, así como respecto a los PTD presentados por el Concesionario."*

- 4.72 En tal sentido, el MTC señala que el Supervisor de Obra remitió al MTC el reporte del avance del Despliegue de la 4ta. Entrega al 10 de enero de 2016, advirtiendo que existían nodos que a dicha fecha se encontraban en construcción.
- 4.73 Asimismo, el MTC señala que es menester precisar que AZTECA, en la presentación de la versión 3 de la PTD4 indicó en su Programa de Despliegue que la culminación de las actividades estaba prevista para la última semana de febrero de 2016, lo cual fue observado por el MTC con Oficio N° 3104-2016-MTC/17, de fecha 27 de enero de 2016.
- 4.74 El MTC señala que en dicha observación se advirtió que el Concesionario había modificado las fechas de culminación de las actividades programadas para el despliegue de 116 nodos, incluyendo nodos que no estaban relacionados con el rediseño de la PTD4, propuesto por AZTECA.
- 4.75 El MTC señala que lo anterior, demuestra que AZTECA para la 2da. semana de febrero de 2016, aún no había concluido el Despliegue de la 4ta. Entrega, pretendiendo con las solicitudes de suspensiones presentadas obtener mayor tiempo, a efectos de finalizar las actividades en nodos que no tenían relación directa con el uso de la infraestructura de ATN.
- 4.76 El MTC manifiesta que, cabe señalar que el MTC dio estricto cumplimiento a lo establecido en el Anexo 9 del Contrato de Concesión.
- 4.77 En virtud a lo indicado, el MTC señala que la penalidad a ser aplicada por el MTC se debe al incumplimiento del cronograma de la 4ta. Entrega, contado desde el 1 de enero hasta el 6 de abril de 2016, que se originó en diferentes situaciones que AZTECA alegó a este

Ministerio y que le son imputables. Dichas situaciones no están referidas solamente a los presuntos requerimientos arbitrarios de ATN para la ejecución del Contrato de Compartición.

- 4.78 El MTC señala que AZTECA tuvo pleno conocimiento de manera oportuna, desde la fase del Concurso Público, de la necesidad de soportar el despliegue de la RDNFO sobre la infraestructura de las empresas concesionarias de energía eléctrica, información que ha servido para elaborar la respectiva Propuesta Técnica General y la Propuesta Técnica Definitiva de la 4ta. Entrega.
- 4.79 El MTC señala que, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, AZTECA era responsable de negociar los acuerdos de compartición de infraestructura con las empresas eléctricas y, por tanto, haber cumplido con los requerimientos técnicos negociados en el Contrato de Compartición suscrito con ATN, los mismos que no pueden ser calificados como impedimento para sustentar las prórrogas del plazo de la 4ta. Entrega presentadas por AZTECA, ya que los mismos fueron totalmente previsibles y respondieron a las condiciones específicas que fueron negociadas y acordadas por AZTECA en este último contrato. Por esta razón, no se puede exonerar a AZTECA de responsabilidad; más bien, se advierte que no tuvo la diligencia ordinaria.
- 4.80 El MTC señala que el Contrato de Concesión de la RDNFO ha estipulado el orden de prelación correspondiente para interpretar las diferentes cláusulas del mismo, estableciendo que en primer lugar se debe tomar en cuenta al propio Contrato; por lo cual, en el presente caso no cabe aplicar el orden de prelación establecido en el Código Civil para interpretar las cláusulas del Contrato de Concesión de la RDNFO; por ello, para interpretar la cláusula 8.5 del Contrato de Concesión de la RDNFO se ha tomado en cuenta lo establecido en las otras cláusulas de este, con la finalidad de efectuar una lectura conjunta de las mismas.
- 4.81 Por lo tanto, el MTC señala que AZTECA no demostró verdadera diligencia, al no llevar a cabo la nueva propuesta del PTD4 —usando su propia infraestructura— dentro del cronograma establecido para la Cuarta Entrega, es decir a más tardar hasta el 1 de enero de 2016. Por lo que queda demostrado que AZTECA no ha actuado con la mayor diligencia que el caso ameritaba y que, incluso, tuvo que optar por una nueva alternativa: modificar el diseño de la PTD y dejar de lado la opción de usar la infraestructura de ATN, a efectos de finalmente cumplir, aunque sea de manera tardía, con la 4ta. Entrega de la RDNFO.
- 4.82 El MTC señala que en base a los argumentos expuestos por el MTC y de acuerdo a lo establecido en las cláusulas 8.1 y 9.2, así como el Anexo 9 del Contrato de Concesión, han demostrado el incumplimiento del Concesionario y, por ende, no corresponde que se le otorgue la ampliación de plazo de 98 días calendario demandada por AZTECA y tampoco corresponde declarar que no es procedente la penalidad, debiéndose declarar INFUNDADA la primera pretensión y su accesoria de la demanda de AZTECA.

## **V. Fijación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios**

Con fecha 19 de enero de 2017, se llevó a cabo la Audiencia a través de la cual se fijaron los siguientes puntos controvertidos,

- **Primer Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde o no se otorgue y reconozca a favor de AZTECA una ampliación de plazo de 98 (noventa y ocho) días calendario respecto de la Cuarta Entrega, por haberse configurado el supuesto de causa no imputable previsto en el literal ii) de la Cláusula 8.5 del Contrato de Concesión suscrito con el MTC el 17 de junio de 2014.

- **Segundo Punto Controvertido:**

En caso se ampare el primer punto controvertido, determinar si corresponde o no la aplicación de penalidad alguna a AZTECA por el retraso incurrido en la Cuarta Entrega. En ese sentido, solicita que se dejen sin efecto, los siguientes oficios remitidos por el MTC a AZTECA: (i) El oficio N° 2591-2016-MTC/27, de fecha 22 de enero de 2016, por el cual el MTC comunicó a AZTECA que, desde el 1 de enero de 2016, se venía contabilizando el plazo de penalidad; y ii) el Oficio N° 15627-2016-MTC/27, de fecha 25 de abril de 2016, por el cual el MTC comunicó a AZTECA que estaba evaluando la imposición de penalidad.

El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reservaría el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.

Asimismo, el Tribunal Arbitral declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que careciese de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Tribunal Arbitral dejó expresa constancia de que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el literal b) del artículo 48º del Reglamento de Arbitraje.

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y a las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral, las partes expresaron su conformidad.

No existiendo pruebas por actuar y estando al estado del proceso, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco (10) días hábiles, a fin de que presenten sus conclusiones o alegatos escritos.

## **VI. Audiencia de Informe Oral**

Con fecha 13 de setiembre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.

## VII. Plazo para laudar

Mediante Resolución n.º 11, de fecha 26 de octubre de 2017, se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el cual fue prorrogado mediante Resolución n.º 12, de fecha 27 de noviembre de 2017, por el plazo de treinta (30) días hábiles adicionales.

Finalmente, mediante Resolución n.º 13 de fecha 17 de enero de 2018, se precisó que para el cómputo del segundo plazo para emitir el laudo no se tomaría en cuenta el 2 de enero de 2018, ya que fue feriado. Por lo que el Tribunal tiene como fecha límite para emitir el laudo el lunes 29 de enero de 2018.

## CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente:

- (i) Que este Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
- (ii) Que el AZTECA presentó su demanda y que el MTC fue debidamente emplazado con la misma, ejerciendo plenamente su derecho de defensa;
- (iii) Que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral;
- (iv) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios;
- (v) Que las partes presentaron sus alegatos escritos;
- (vi) Que las partes hicieron uso de la palabra en la Audiencia de Informes Orales; y,
- (vii) Que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo establecido en el Reglamento del Centro.

## DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula el Arbitraje.

Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

## CONSIDERANDOS

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE OTORGUE Y RECONOZCA A FAVOR DE AZTECA UNA AMPLIACIÓN DE PLAZO DE 98 (NOVENTA Y OCHO) DÍAS CALENDARIO RESPECTO DE LA CUARTA ENTREGA, POR HABERSE

12

Página 32 de 52

CONFIGURADO EL SUPUESTO DE CAUSA NO IMPUTABLE, PREVISTO EN EL LITERAL II) DE LA CLÁUSULA 8.5 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SUSCRITO CON EL MTC EL 17 DE JUNIO DE 2014

1. Que, como se aprecia de la reseña de la posición de las partes, la controversia gira en torno a la Cláusula Octava del Contrato de Concesión del Proyecto «Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: Cobertura Universal Norte, Cobertura Universal Sur y Cobertura Universal Centro» (en adelante, el Contrato).

Que, en efecto, para AZTECA se ha presentado el supuesto del literal (ii) del numeral 8.5.; mientras que para el MTC se aplica el supuesto contemplado por el numeral 8.2.

2. Que la Cláusula Octava del Contrato establece lo siguiente:

**«CLÁUSULA 8: RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO EN EL DESPLIEGUE DE LA RDNFO**

- 8.1. La ejecución de las Inversiones Obligatorias, incluyendo todas las actividades de diseño y despliegue de la RDNFO, son de exclusiva responsabilidad del Concesionario y deberán ser ejecutadas conforme al PTD aprobado, asumiendo plena responsabilidad por los resultados.
- 8.2. Cualquier contrato que el Concesionario suscriba o que deba suscribir con terceros para cumplir con las obligaciones de la Concesión son de exclusiva responsabilidad de éste. Los incumplimientos o errores de terceros, o de otras partes en dichos contratos, no son oponibles al Concedente para justificar incumplimientos del Contrato.
- 8.3. El Concesionario deberá presentar, como parte del PTD, el Programa de Despliegue que deberá respetar los plazos máximos de cada Entrega sin alterarlo o ampliarlo. El Programa de Despliegue debe ser presentado en medio electrónico y físico al Concedente.
- 8.4. El Concesionario podrá realizar modificaciones al Programa de Despliegue durante la Fase de Despliegue de la RDNFO, sin alterar o ampliar los plazos máximos establecidos en el Cronograma, debiendo para tal efecto comunicando (sic) al Concedente dentro de las 24 horas siguientes.
- 8.5. El Concesionario no incurrirá en responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de cada Entrega, siempre que, de manera indubitable, exista alguna causa no imputable a él que le impida cumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato. Al efecto, el Concesionario informará de dicho hecho al Concedente,

mediante carta debidamente sustentada y documentada a satisfacción de éste, en cuyo caso el plazo previsto para cada Entrega se entenderá prorrogado hasta que se logre la subsanación respectiva. Se entiende como causa no imputable al Concesionario a lo siguiente: (i) no otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, servidumbres y demás títulos habilitantes municipales, regionales o de algún otro organismo estatal que fueran necesarios para llevar a cabo el despliegue de la RDNFO, siempre que el Concesionario hubiera actuado de forma diligente y cumplido con los requisitos exigidos en la legislación aplicable para tal efecto; y, (ii) impedimento por parte de los concesionarios de energía eléctrica, hidrocarburos, ferrocarriles y carreteras para el uso de la infraestructura de soporte o derecho de vía. (El subrayado es nuestro).

3. Que las partes no coinciden en la interpretación de la citada Cláusula, ya que AZTECA hace referencia a los métodos de interpretación regulados por el Código Civil; mientras que el MTC sostiene que el Contrato debe ser interpretado según sus propias Cláusulas, Circulares, Bases y leyes aplicables.<sup>1</sup>
4. Que, sobre el particular, el Tribunal Arbitral coincide en que el Contrato debe ser interpretado según sus propias Cláusulas; sin embargo, ello no implica desconocer los métodos de interpretación del acto jurídico.
5. Que el Código Civil no ha establecido un orden de prioridad entre esos métodos de interpretación. No obstante, tomando en cuenta que la finalidad de la interpretación es identificar la voluntad común de los contratantes, sí es posible argumentar que entre tales criterios existe un orden de prelación.

Que, al respecto, Bullard<sup>2</sup> señala que la labor interpretativa siempre debe priorizar el texto al contexto, de modo que únicamente cuando el primero no es claro, debe recurrirse al segundo.<sup>3</sup> Ello, porque el texto, en tanto resultado del ejercicio de la autonomía privada de los contratantes, constituye la voluntad expresamente declarada de las partes.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ello en razón del orden de prelación establecido en el literal a) de la Cláusula 67 del Contrato.

<sup>2</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Análisis Económico de la interpretación contractual en el Sistema Peruano (De acuerdo en que no estamos de acuerdo)». En [http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146\\_analisis.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146_analisis.pdf)

<sup>3</sup> Como explica Bullard, a partir de las ideas desarrolladas por Cohen, en el ejercicio interpretativo es posible identificar dos corrientes: El textualismo y el contextualismo.

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de buena fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica una priorización del método literal como el más importante y central en la labor interpretativa. Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

El textualismo trata además de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y por tanto nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede

6. Que, atendiendo a lo señalado, el primer método a aplicar es siempre el método literal, por ser el que se centra en la voluntad declarada de las partes. Si el texto es claro, no es necesario recurrir a algún otro método de interpretación. Cuando el texto no es claro, cabría recurrir a los métodos de interpretación que se sustentan en el contexto y que buscan identificar la común intención a las partes, lo que implica que cabría aplicar el método sistemático y cabría valorar la conducta global de las partes según la regla de la buena fe. En caso esos métodos tampoco permitan identificar el sentido de la cláusula, el criterio de interpretación a aplicar sería el funcional o finalista.
7. Que, en el presente caso, el Tribunal Arbitral —aplicando el método literal— concluye que la voluntad de las partes es clara y, por ende, no se necesita de ningún otro método de interpretación.

Que, en efecto, en lo relativo a la responsabilidad del concesionario, las partes pactaron claramente una regla y una excepción; a saber:

- (i) **Regla:** AZTECA responde por cualquier contrato que suscriba con terceros para cumplir con las obligaciones de la Concesión.
- (ii) **Excepción:** AZTECA no responde cuando se presenta alguna de estas dos causas no imputables a él, que le impida cumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato:

---

entonces ser visto como una limitación a tal autonomía al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

El contextualismo, en cambio, parte de la premisa que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Análisis Económico de la interpretación contractual en el Sistema Peruano (de acuerdo en que no estamos de acuerdo)». En [http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146\\_analisis.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/03/101a146_analisis.pdf), pp. 113-115.).

<sup>4</sup> Bullard sostiene que la labor del interprete debería seguir una secuencia lógica en la que se priorice el texto al contexto:

La "interpretación comienza por la declaración contractual y parte, en principio, determinando si el texto del contrato tiene o no varias interpretaciones posibles. Si de una lectura simple del texto queda claro que solo una interpretación es razonable, ahí debería acabar la labor interpretativa. Si presumimos que la intención común de las partes es la mejor alternativa para maximizar el valor del acuerdo y sabemos que descubrir dicha voluntad real enfrenta altos costos, entonces la voluntad declarada de manera clara tiene una alta probabilidad de reflejar el acuerdo más eficiente.

[...]

Solo si la declaración no es clara, se debe acudir a dar el primer paso hacia el contextualismo, aquel referido al contextualismo más moderado. El análisis de las circunstancias de la declaración, incluyendo la conducta previa, simultánea y posterior a la celebración del contrato, se tornan relevantes en cuanto reflejan qué es lo que las partes realmente quisieron".

De no ser útil el primer paso hacia el contextualismo, dar el segundo, orientado a identificar la función económica perseguida por el contrato. Ello tiene sentido si del texto del mismo o de la intención de las partes, no es posible derivar la función que quisieron darle. Para ello debe buscarse la función que acuerdos de la naturaleza del que es objeto de interpretación desarrollan socialmente. En principio debe asumirse que los acuerdos generan beneficios para ambas partes y que las partes buscarán una reglamentación contractual que maximice el valor del contrato, al momento de asignar costos y riesgos. Dados los costos de identificar qué es lo que las partes querían, la mejor estrategia posible parece ser aplicar la regla que usualmente se usa en el mercado para contratos similares.

(BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 143 y 144.)

- No otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, servidumbres y demás títulos habilitantes municipales, regionales o de algún otro organismo estatal que fueran necesarios, siempre que el Concesionario hubiera actuado de forma diligente y cumplido con los requisitos exigidos en la legislación.
- Impedimento por parte de los concesionarios de energía eléctrica para el uso de la infraestructura de soporte o derecho de vía.

Que, dentro de tal orden de ideas, el análisis del Tribunal Arbitral se centrará en determinar si, en el presente caso, se ha presentado el segundo supuesto de excepción, tal como sostiene AZTECA y que ha sido invocado para fundamentar el pedido de ampliación de plazo.

8. Que, al respecto, cabe resaltar que sólo en el primer supuesto (el no otorgamiento de permisos, licencias, autorizaciones, servidumbres y demás títulos), las partes indicaron expresamente que AZTECA debía acreditar haber actuado de forma diligente.

Que el Tribunal Arbitral entiende que ello se debe a que no basta el hecho objetivo de, por ejemplo, no haber obtenido la licencia para poder invocar la excepción (la exoneración de responsabilidad). En dicho supuesto, se debe apreciar un despliegue real de acciones que acrediten la diligencia con que se desempeñó AZTECA y que, a pesar de ello, no obtuvo la referida licencia.

9. Que, por el contrario, el segundo supuesto de excepción no hace referencia alguna a un actuar diligente por parte de AZTECA, como requisito, para poder invocarlo.

Que, a entender del Tribunal Arbitral, ello se debe a que este segundo supuesto (impedimento por parte de ATN<sup>5</sup> para el uso de la infraestructura), se debe interpretar de conformidad con el artículo 13.1. de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la RDNFO, Ley n.º 29904, el cual establece lo siguiente:

**«Artículo 13.- Acceso y uso de la infraestructura de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos**

- 13.1 Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Este acceso y uso podrá ser denegado cuando existan limitaciones técnicas que pongan en riesgo la continuidad en la prestación de los servicios u otras restricciones a ser definidas en el reglamento de la presente Ley. (El subrayado es nuestro).

<sup>5</sup> Abengoa Transmisión Norte S.A.

Que, por su parte, el artículo 26 del Reglamento Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Decreto Supremo n.º 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento), establece lo siguiente:

*«Artículo 26.- Denegatoria del acceso y uso compartido de la infraestructura*

- 26.1 Para los casos en los cuales la falta de acuerdo entre las partes se sustente en riesgos de continuidad del servicio de energía, corresponderá al OSIPTEL evaluar la fundamentación del caso (...).
- 26.2 En el caso que OSIPTEL compruebe la existencia de justificación para denegar el acceso y uso de la infraestructura, se dará por concluido el procedimiento. En caso contrario, el OSIPTEL emitirá el mandato de compartición (...).
- 26.3 No se considerará como limitación técnica la necesidad de reforzamiento de postes o torres, ni la necesidad de reforzamiento de la línea, entendida ésta como la necesidad de incluir postes o torres adicionales que disminuyan los vanos y flechas para mejorar la altura de las líneas de las estructuras de las redes eléctricas. Los costos de ambos tipos de reforzamientos, serán considerados como costos de adecuación y deberán ser reconocidos por el Operador de Telecomunicaciones que solicite el acceso y uso a la infraestructura eléctrica respectiva». (El subrayado es nuestro).
10. Que, como se puede apreciar, el segundo supuesto de excepción contemplado en el numeral 8.5. del Contrato, se sustenta en un hecho objetivo: impedimento por parte de ATN.

Que, en otra palabra, AZTECA debería acreditar que el impedimento (negativa de acceso y uso de la infraestructura de ATN) se da porque existen limitaciones técnicas — comprobadas por OSIPTEL — que ponen en riesgo la continuidad del servicio público de energía eléctrica.

11. Que, a entender del Tribunal Arbitral, el hecho de una negativa —sin sustento (el riesgo en la continuidad del servicio)— por parte de ATN no podría considerarse en el segundo supuesto de exoneración de responsabilidad contemplado por el numeral 8.5. del Contrato.

Que, ello, en la medida de que el artículo 25 del Reglamento establece lo siguiente

*«Artículo 25.- Procedimiento para el acceso y uso de la infraestructura existente de energía eléctrica e hidrocarburos*

- 25.1 Efectuado el requerimiento para el acceso y uso de infraestructura, el concesionario de energía eléctrica o hidrocarburos respectivo, tiene la obligación de enviar al solicitante el requerimiento de la información necesaria para

dar trámite oportuno a la solicitud, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la recepción de la solicitud.

- 25.2 Presentada la solicitud del Operador de Telecomunicaciones, los concesionarios tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura, el cual deberá ser remitido al OSIPTEL en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde la firma del contrato, para efectos de supervisión.
- 25.3 En el caso de falta de acuerdo en el plazo de treinta (30) días hábiles señalado en el numeral precedente, el Operador de Telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición». (El subrayado es nuestro).

Que, como se puede apreciar, en caso AZTECA y ATN no hubiesen llegado a un acuerdo dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, se debió requerir la intervención de OSIPTEL. Por ello, este supuesto de negativa de ATN no sería una causal de exoneración de responsabilidad.

12. Que, por otro lado, aun admitiendo que la segunda causal de exoneración (impedimento por parte de ATN para el uso de la infraestructura) no sólo se presenta en el supuesto de limitación técnica (por riesgos de continuidad del servicio de energía), sino que también se puede presentar cuando no se logra satisfactoriamente el acceso y el uso de la infraestructura, correspondería analizar si AZTECA actuó de manera diligente.

Que, precisamente, sobre el particular, las partes mantienen posturas contradictorias respecto al actuar de AZTECA.

13. Que, en primer lugar, debemos recordar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 1314 del Código Civil, «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Que si partimos de la premisa de que quien actúa con dicha diligencia no es imputable de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

14. Que, al respecto, en la Exposición de Motivos del artículo antes referido, Osterling Parodi<sup>6</sup> señala lo siguiente:

«(…)

El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su

<sup>6</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación (...).

Que la diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento —pudiendo ser esta actividad negativa— que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que de lo contrario, si tan sólo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.<sup>7</sup>

15. Que, para Cabanellas,<sup>8</sup> el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentales significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etc. Los demás significados apuntan más a su acepción de trámite, siendo la acepción general la que nos atañe. Al respecto, Cabanellas amplía: «La diligencia se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias; y determina, en su declinación o falta, la calibración de la culpa, desde el rigor de la grave a la eventual exigencia de las resultas de la levísima. Como desempeño de funciones y cargo, el eclipse de esta diligencia —en el parcial de la negligencia o en el total de la omisión— origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y el resarcimiento económico pertinente. Así, pues, se está en el antídoto más eficaz frente a las responsabilidades de carácter civil, penal o profesional».

<sup>7</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2008, pp. 820-821.

<sup>8</sup> CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Encyclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1989, tomo III, p. 253.

16. Que, sobre el particular, se debe tener presente que, según ha manifestado el demandante,<sup>9</sup> desde mayo del 2015<sup>10</sup> inició las negociaciones con ATN. Sin embargo, recién con fecha 6 de octubre de 2015, AZTECA y ATN suscribieron el Contrato de Acceso y Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica (en adelante, el Contrato de Compartición).

Que, al respecto, mediante Carta n.º DJ-1732/15, de fecha 24 de agosto de 2015,<sup>11</sup> AZTECA informaba al MTC sobre los problemas en la ejecución de la Tercera<sup>12</sup> Entrega, dada «las complejidades encontradas en la negociación (...) de los contratos de compartición de infraestructura eléctrica con (...) Abengoa Transmisión Norte S.A. (...).».

Que, así, en la referida Carta se señala lo siguiente:

«Finalmente, en lo que respecta a la relación de compartición de infraestructura con Abengoa debemos informarles que a la fecha aún no nos ha sido posible materializar la misma mediante la suscripción de un acuerdo. Ello a pesar de haber iniciado las correspondientes tratativas de manera diligente en el mes de mayo de 2015. En efecto, desde el inicio de las relaciones y hasta el momento, Azteca Perú viene cumpliendo con las solicitudes y requerimientos que han sido trasladados por Abengoa así como mostrando una absoluta disposición y compromiso en las sesiones de negociación que hemos sostenido, todo ello en aras de alcanzar un contrato con la mencionada empresa eléctrica.

Sin embargo, a pesar de haber obrado con la mayor diligencia no nos ha sido posible alcanzar la suscripción de un acuerdo de compartición con la mencionada empresa eléctrica que nos permita hacer uso de su infraestructura. De acuerdo por lo señalado por la propia concesionaria esta situación se deriva exclusivamente de las diversas instancias de evaluación y aprobación dentro de la jerarquía corporativa e la compañía, de las estrictas políticas y lineamientos de seguridad y resguardo de los activos de la corporación, así como de la necesidad de participación a nivel de análisis y aprobación por

<sup>9</sup> «Una vez comenzado el trimestre para cumplir con la Cuarta Entrega (con plazo máximo para su culminación originalmente el 17 de diciembre de 2015 y luego, el 31 de diciembre de 2015) y con la debida anticipación a ello, en el mes de mayo de 2015, AZTECA inició las negociaciones con ATN para celebrar el contrato de compartición de infraestructura». Ver literal a) del numeral 4.4. del escrito de demanda (página 29).

<sup>10</sup> En el primer párrafo del numeral 1.2. de la Carta n.º DJ-1868/15, de fecha 3 de septiembre de 2015 (notificada al MTC con fecha 7 de septiembre de 2015), AZTECA señala lo siguiente:

«Con respecto a las negociaciones con Abengoa, tal como consta en el correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2015 (...), con fecha 15 de mayo de 2015 iniciamos las negociaciones con dicha empresa para la suscripción de un convenio de compartición de infraestructura que nos permita acceder y utilizar la infraestructura eléctrica necesaria para el despliegue de la RDNFO correspondiente a la Tercera Entrega». (El subrayado es nuestro).

<sup>11</sup> Notificada al MTC en la misma fecha.

<sup>12</sup> Si bien la presente controversia gira en torno a la Cuarta Entrega, el demandante ofreció y presentó la referida carta.

parte de control fiduciario que tiene la administración de las líneas de transmisión a las que estamos solicitando acceso.

Abengoa ha sido claro en manifestarnos estar conscientes de la importancia y relevancia del Proyecto RDNFO así como de su espíritu de colaboración con el mismo, disculpándose por la indebida extensión de los plazos y asegurándonos que en breve estaremos alcanzando un acuerdo (...».

Que, como se puede apreciar, habiendo transcurrido más de tres (3) meses de negociaciones,<sup>13</sup> AZTECA no lograba un acuerdo con ATN.

Que, en dicho escenario, a entender del Tribunal Arbitral, un actuar diligente por parte de AZTECA habría sido solicitar la intervención de OSIPTEL, de conformidad con lo establecido en el citado numeral 25.3 del Reglamento. Ello, teniendo en cuenta que la Cuarta Entrega debía culminarse el 31 de diciembre de 2015.

Que, sin embargo, en el presente caso, AZTECA optó por esperar hasta el 6 de octubre del 2015, momento en que recién se firmó el Contrato de Compartición.

Que aquí no debemos olvidar que todavía estaba pendiente toda la etapa de Estudios de Factibilidad, Permisos de Trabajo y de ejecución misma del despliegue de la red. Todo ello debía realizarse del 7 de octubre al 31 de diciembre de 2015, a efectos de cumplir con la Cuarta Entrega.

17. Que AZTECA ha señalado que no era conveniente solicitar la intervención de OSIPTEL porque eso habría implicado una mayor demora.

Que, por ejemplo, para el caso de la Tercera Entrega, mediante Carta n.º DJ-1868/15, de fecha 3 de septiembre de 2015, AZTECA justificaba por qué no acudía a OSIPTEL de la siguiente manera:

«(...)

Por otro lado, si bien es cierto, el Reglamento de la Ley n.º 29904 (...) contempla el derecho del concesionario de la RDNFO de solicitar a OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición en caso no se arribe a un acuerdo con los concesionarios de energía eléctrica para la suscripción de un contrato de acceso y uso de infraestructura en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de iniciadas las respectivas negociaciones, dicha opción no resulta viable para superar la imposibilidad de acceder a la infraestructura de (...) Abengoa.

(...)

<sup>13</sup> En el primer párrafo de la página 13 de la Carta n.º DJ-1868/15, de fecha 3 de septiembre de 2015 (notificada al MTC con fecha 7 de septiembre de 2015), AZTECA señala lo siguiente:  
«(...) conllevando a que, a la fecha, después de más de tres (3) meses de negociación, aún no se haya suscrito el convenio de participación requerido (...».

En relación a Abengoa, si bien es cierto, la negociación iniciada con dicha empresa se ha prolongado por más de treinta (30) días hábiles, descartamos la alternativa de recurrir a la emisión de un mandato de compartición, en tanto que, según lo señalado por la propia empresa eléctrica, la demora en la suscripción del convenio se deriva exclusivamente de las diversas instancias de evaluación y aprobación dentro de la jerarquía corporativa de la compañía (...).

Sin perjuicio de lo anterior, el recurrir a la imposición de un mandato de compartición en el caso de las negociaciones con Abengoa hubiese supuesto una prolongación del plazo de las negociaciones ya iniciadas con dicha empresa. Y es que, si bien es cierto, según el artículo 28 de la Resolución de Consejo Directivo n.º 020-2008-CD-OSIPTEL, el mandado debe ser emitido en un plazo de treinta (30) días calendario, dicho plazo no incluye el periodo que OSIPTEL otorgue a una o ambas partes para proporcionar información adicional ni el periodo para remitir comentarios al proyecto de mandato de compartición, por lo que, en la práctica, la aprobación del mandato suele extenderse considerablemente.

(...)». (El subrayado es parte de la cita).

18. Que, como se puede apreciar, el argumento de Azteca para no acudir a OSIPTEL —una vez transcurridos los treinta (30) días hábiles— es que el Regulador suele, en la práctica, demorar mucho.

Que, sin embargo, a entender del Tribunal Arbitral, si bien puede ser cierto que obtener un Mandato de Compartición de Infraestructura por parte de OSIPTEL implica «extenderse considerablemente» en el tiempo, el haber acudido al ente regulador hubiese sido una prueba del actuar diligente por parte de AZTECA.

Que, en otras palabras, en el supuesto de que, para la Cuarta Entrega, el demandante hubiese acudido a OSIPTEL, la demora en que hubiese incurrido el ente regulador no sería responsabilidad de AZTECA porque, precisamente, habría cumplido con el procedimiento establecido en el citado artículo 25.3 del Reglamento.

19. Que, por otro lado, se debe tener presente que si el «Programa de Despliegue de la 4ta Entrega presentado con la Propuesta Técnica Definitiva (...), señalaba como fecha de inicio de las actividades la última semana de julio de 2015»,<sup>14</sup> no denota mucha diligencia el haber iniciado las negociaciones recién el 15 de mayo de 2015 (recién dos meses antes).

Que, incluso, si el inicio de actividades estaba proyecto para julio de 2015, con mayor razón se debió recurrir al OSIPTEL y no esperar hasta octubre de 2015, momento en el cual recién se suscribió el Contrato de Compartimiento.

<sup>14</sup> Numeral 5 del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 30 de noviembre de 2016. Incluso, AZTECA ha señalado que «el inicio de las actividades para la Región Ancash estaba previsto para la última semana de julio de 2015». (Ver literal c. del numeral 4.1 del escrito de alegatos, presentado con fecha 6 de febrero de 2017).

Que si AZTECA optó por continuar con las negociaciones sin saber a ciencia cierta cuándo arribarían en la suscripción del referido Contrato asumió el riesgo que ello implicaba.

20. Que, asimismo, MTC ha señalado lo siguiente:<sup>15</sup>

«Con relación a lo anterior, debemos señalar que de acuerdo a lo señalado por ATN (...), el 1 de setiembre de 2014 Azteca le comunicó la adjudicación del proyecto de la RDNFO, requiriéndole el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, lo cual fue atendido el 12 de setiembre de 2014 por ATN. Sin embargo, Azteca dio inicio a las negociaciones con ATN recién mayo de 2015, lo cual evidencia la falta de diligencia por parte de Azteca, ya que luego de ocho (8) meses retomó el contrato con ATN para celebrar el Contrato de Compartición. (El subrayado y la negrita son parte de la cita).

Que, sobre el particular, en el Expediente obra la Carta s/n, de fecha 29 de agosto de 2014, recibida por ATN con fecha 1 de septiembre de 2014, a través de la cual AZTECA solicita el acceso y uso de la infraestructura de energía eléctrica en los siguientes términos:

«(...)

Es así como, en diciembre de 2013, Proinversión y el MTC adjudicaron el contrato de concesión para el desarrollo de la RDNFO al Consorcio conformado por TV Azteca S.A.B. de C.V. y Tendal, ambas sociedades mexicanas, quienes como resultado de la adjudicación constituyeron en Perú la sociedad Azteca Comunicaciones Perú SAC (ACP).

(...)

En tal sentido, para la instalación de cable de fibra óptica que permitirá el despliegue de la red en la totalidad de las 22 regiones que conforman la RDNFO (...), resulta necesaria la celebración de contratos de acceso y uso de infraestructura con las compañías eléctricas, los concesionarios del servicio de energía eléctrica de las diferentes regiones, entre ellas la empresa que usted representa.

De antemano agradecemos la atención prestada a esta comunicación y quedamos atentos a su respuesta a este requerimiento para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de acuerdo a las leyes y normas vigentes, en particular en lo establecido en el artículo 25 del Decreto Supremo en mención (...». (El subrayado y la negrita son nuestros).

<sup>15</sup> Segundo párrafo de la página 16 del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 30 de noviembre de 2016.

Que, respuesta a dicho requerimiento, mediante Carta n.º ATN.GG.38.2014, de fecha 12 de septiembre de 2014 (recibida por AZTECA en la misma fecha), Abengoa señaló lo siguiente:

«(...)

Al respecto, le manifestamos que para analizar su solicitud de acceso y uso de infraestructuras eléctricas, requerimos la información de detalle de las instalaciones (...) que van a requerir para el tendido de la RDNFO, ya que esta información no ha sido incluida en la carta de referencia y sin esta información no es posible analizar su solicitud, en especial considerando que, así como ustedes, nosotros también tenemos obligaciones que cumplir frente al Estado Peruano en virtud de lo establecido en nuestro Contrato de Concesión SGT y debemos asegurarnos de que el acceso y uso de nuestras instalaciones por parte de ustedes se dé sin afectar el cumplimiento de nuestras obligaciones (...).

Adicionalmente, le indicamos que ATN brindará todas las facilidades para la implementación de la RDNFO en sus instalaciones eléctricas, siempre y cuando la implementación de aquella no afecte las obligaciones de su Contrato de Concesión SGT (...).

Finalmente, quedamos a la espera de la información de detalle para poder proceder a analizar su solicitud acceso (sic) y uso de nuestras infraestructuras eléctricas. (El subrayado es nuestro).

Que, como se aprecia, desde septiembre del 2014, ATN demostró disposición para analizar el pedido de acceso y uso.

Que, al respecto, AZTECA ha señalado<sup>16</sup> que toda la documentación requerida por ATN recién pudo ser remitida mediante correo electrónico de fecha 22 de mayo de 2015, y mediante Carta n.º DJ-776/15.

Que, en ese escenario y teniendo en cuenta que «ninguna otra empresa eléctrica solicitó un tipo de información similar a lo requerido por ATN, mucho menos como condición para revisar la solicitud de compartición de AZTECA»,<sup>17</sup> el Colegiado estima que AZTECA pudo recurrir al OSIPTEL o pudo presentar una alternativa técnica mucho antes del 26 de enero de 2016 (como se verá más adelante), a efectos de cumplir —dentro del plazo— con la Cuarta Entrega.

21. Que, a inicios de noviembre del 2015, AZTECA señalaba lo siguiente:<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Ver segundo párrafo del literal s. del numeral 4.1. del escrito de alegatos presentados con fecha 6 de febrero de 2017.

<sup>17</sup> Ver tercer párrafo del literal s. del numeral 4.1. del escrito de alegatos presentados con fecha 6 de febrero de 2017

<sup>18</sup> Ver penúltimo párrafo de la Carta n.º DJ-3080/15, de fecha 9 de noviembre de 2015.

«Como se detalla en la relación previa, nos encontramos a la espera de la culminación de los estudios de ingeniería encargados a Abengoa Perú – Ingeniería, previstos para finales del mes de noviembre de 2015, a fin de estar habilitados para encargar a Abengoa Perú – Construcción la ejecución de los correspondientes trabajos de tendido de fibra óptica sobre la infraestructura de titularidad de ATN». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, incluso, en el correo electrónico de fecha 11 de noviembre de 2015, se aprecia que el señor Víctor Hugo Angles Luna, de Abengoa, se dirige al señor Felipe Guzmán Celis, de AZTECA. A través de dicho correo, Abengoa presentaba la relación de actividades que se requería para los Estudios (costos, plazos, etc.).

Que, como se aprecia, recién a partir del 11 de noviembre de 2015 se estaban concretando —de alguna manera— el inicio de los estudios de factibilidad, a pesar de que, mediante Carta n.º DJ-2285/15, de fecha 7 de octubre de 2015, AZTECA solicitó formalmente el «análisis técnico de las estructuras tipo 1 de la infraestructura de titularidad de ATN que Azteca requiere emplear» y la «verificación de altura de seguridad conforme al perfil y ubicación de las torres con la catenaria ADSS».

#### Sobre las exigencias de ATN

22. Que las exigencias de ATN habrían sido las siguientes:<sup>19</sup>

- AZTECA cubro costos de los estudios técnicos y de carga.
- Los estudios sean elaborados por la división de ingeniería de Abengoa Perú S.A.C.
- Los trabajos de despliegue de fibra óptica a cargo de la división de construcción de Abengoa Perú.

Que, asimismo, ATN requirió lo siguiente:<sup>20</sup>

- Las solicitudes de Permiso de Trabajo debían canalizarse a través de una comunicación escrita al Comité Técnico de ATN.
- AZTECA deberá asumir las inversiones que se requieran para el reforzamiento de la Infraestructura Eléctrica.
- AZTECA deberá presentar los acuerdo o autorizaciones suscritos con los propietarios de los terrenos por los cuales discurre la Infraestructura Eléctrica

23. Que, a entender del Tribunal Arbitral, las exigencias de orden técnico efectuadas por ATN no se pueden considerar como un impedimento, ya que ellas se basaban en lo pactado por las partes en el Contrato de Compartición.

Que, incluso, aun en el supuesto de que sí pudiesen considerar un impedimento, AZTECA podía haber optado por presentar una alternativa técnica que no involucrara la

<sup>19</sup> Ver segundo párrafo de la Carta n.º DJ-3080/15, de fecha 9 de noviembre de 2015.

<sup>20</sup> Ver páginas 2 y 3 de la Carta n.º ATN.GG.60.2015, de fecha 19 de octubre de 2015.

infraestructura de ATN (lo que finalmente hizo en enero de 2016, como se analizará más adelante).

#### Sobre las alternativas técnicas

24. Que, según señala el MTC, el demandante «declaró en la PTD4, de fecha 17 de julio de 2015, que de presentarse situaciones que impidan ejecutar el diseño propuesto, contaba con planes de rutas alternativas que, de ser necesario, serían implementadas rápidamente, asegurando de esa manera el cumplimiento de los plazos previstos en el Contrato de Concesión y las Especificaciones Técnicas».<sup>21</sup>
25. Que, sin embargo, recién con fecha 26 de enero de 2016,<sup>22</sup> AZTECA presentó una alternativa técnica, a efectos de no requerir la infraestructura de ATN. Dicha alternativa fue aprobada por el MTC con fecha 1 de febrero de 2016<sup>23</sup> (es decir, seis días después de su presentación).

Que, en efecto, casi un mes después de vencido el plazo para la Cuarta Entrega, AZTECA señaló lo siguiente:

«(...) considera conveniente, a efectos de poder tener una fecha cierta para lograr la culminación de la Cuarta Entrega, presentar una alternativa técnica respecto al diseño y despliegue de esta Cuarta Entrega, la misma que, a su vez, configura una mejora tecnológica para la RDNFO (...). (El subrayado es nuestro).

26. Que, al respecto, este Colegiado entiende que nada impedía que dicha alternativa fuese presentada meses antes, a efectos de cumplir con la Cuarta Entrega antes de su vencimiento (31 de diciembre de 2015).

Que, en ese sentido, el Colegiado coincide con el MTC cuando señala que «a la fecha de la firma del Contrato de Compartición con ATN, Azteca ya tenía pleno conocimiento que esto implicaba un incumplimiento de la Cuarta Entrega de la RDNFO, situación que estaba dentro de su control y que de haber tomado las medidas necesarias, como la planteada posteriormente por Azteca —la propuesta de modificación del diseño— no hubiesen generado la situación de incumplimiento».<sup>24</sup> (El subrayado es nuestro).

<sup>21</sup> Segundo párrafo de la página 19 del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 30 de noviembre de 2016.

Incluso, el demandado efectúa la siguiente cita, que correspondería a la página 24 de la PTD4: «Sin perjuicio de lo expuesto, es importante mencionar que pueden presentarse circunstancias fuera del control de ACP que impidan ejecutar la totalidad del diseño previsto como primera alternativa de rutas técnicas. Como es usual en proyectos de la envergadura de la RDNFO, ante dicho escenario ACP cuenta con planes de rutas alternativas que, de ser necesario, serían implementadas rápidamente, asegurando de esta manera el cumplimiento de los plazos previstos en el Contrato de Concesión y las Especificaciones Técnicas». (El subrayado y la negrita forman parte de la cita).

<sup>22</sup> Mediante Carta n.º DJ-339/16, de fecha 25 de enero de 2016.

<sup>23</sup> Mediante Oficio n.º 3628-2016-MTC/27, de fecha 1 de febrero de 2016.

<sup>24</sup> Último párrafo de la página 22 y primer párrafo de la página 23 del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 30 de noviembre de 2016.

27. Que, en efecto, a entender del Tribunal Arbitral, AZTECA pudo presentar la alternativa técnica mucho antes del 26 de enero de 2016.

Que, por ejemplo, se pudo haber presentado la alternativa técnica luego de que se presentaran los siguientes escenarios:

- Que, mediante Oficio n.º 32061-2015-MTC/27, de fecha 26 de agosto de 2015, el MTC aprobó la PTD de la Cuarta Entrega.

Teniendo en cuenta que las negociaciones con ATN (iniciadas en mayo de 2015) no se concretaban en un Contrato de Compartición, el demandante pudo plantear la alternativa dado que ya estábamos a fines de agosto de 2015 (es decir, faltaba poco más de 4 meses para el vencimiento del plazo de la Cuarta Entrega).

- Que, con fecha 11 de noviembre de 2015, AZTECA acepta incrementos en los costos de Abengoa (por mayor cantidad de horas hombres dedicados al estudio del número inicial de estructuras y por el incremento de estudio de una estructura).<sup>25</sup>

Teniendo en cuenta que recién se estaban concretando detalles sobre alcances y costos de los Estudios de Factibilidad, el demandante pudo plantear la alternativa dado que ya estábamos a inicios de agosto de 2015 (es decir, faltaba poco más de mes y medio para el vencimiento del plazo de la Cuarta Entrega).

- Que, con fecha 7 de diciembre de 2015, Abengoa alcanza el Informe de Factibilidad de forma parcial (análisis de 4 de las 9 estructuras).<sup>26</sup>

Teniendo en cuenta que se estaban entregando de manera parcial los Estudios de Factibilidad, el demandante pudo plantear la alternativa dado que ya estábamos a inicios de diciembre de 2015 (es decir, faltaba menos de un mes para el vencimiento del plazo de la Cuarta Entrega).

28. Que, sin embargo, en lugar de haber planteado la alternativa técnica de manera oportuna, con fecha 9 de diciembre de 2015, AZTECA solicita una ampliación de plazo,<sup>27</sup> a pesar de que el MTC ya le había denegado un pedido similar en torno a la Tercera Entrega.

<sup>25</sup> Correo electrónico de fecha 11 de noviembre de 2016, remitido por Felipe Guzmán Celis (Azteca) a Carlos Augusto Espinoza Villavicencio (Abengoa).

<sup>26</sup> Mediante Carta n.º AP-GI-116-2015, de fecha 4 de diciembre de 2015.

Al respecto, se debe tener presente que, según lo indicado por el demandante, la elaboración de los informes estaba a cargo de Abengoa desde el 7 de octubre de 2015 (Ver numeral 38 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015, remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015).

Como se aprecia, habiendo transcurrido 3 meses, Abengoa no cumplía de forma íntegra con la entrega de todos los Estudios de Factibilidad.

<sup>27</sup> Según lo sostenido por AZTECA en el numeral 12 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015 (remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015), «(...) a la fecha, no hemos podido gestionar el permiso de trabajo que nos habilite a iniciar las labores de tendido de cables de fibra óptica sobre la infraestructura eléctrica de ATN (...).».

29. Que, según el numeral 3.4. y el Anexo 1 del Contrato de Compartición, AZTECA únicamente podía solicitar permisos de trabajo para instalar fibra óptica sobre la infraestructura a compartir, con una anticipación no menor de 15 días calendario.

Que teniendo en cuenta que, recién el 7 de diciembre de 2015, AZTECA tenía —de forma parcial— el Estudio de Factibilidad exigido por ATN, resultaba evidente que, si tenía que solicitar el permiso de trabajo con un mínimo de 15 días de anticipación, no iba a cumplir —dentro del plazo— con la Cuarta Entrega.

30. Que, incluso, se debe tener presente que, según refiere AZTECA,<sup>28</sup> Abengoa Perú ya le había «informado que el plazo para realizar los trabajos de despliegue demoraría por lo menos cincuenta (50) días calendario» para determinados tramos.<sup>29</sup>

Que, asimismo, se debía tener en cuenta que «luego de culminada la instalación de fibra óptica, es necesario que Azteca Perú ejecute las actividades de optimización y pruebas de optimización de enlace, así como la integración y comisionamiento del nodo, las cuales duran una semana cada una (...), lo que nos lleva al 28 de febrero de 2016»<sup>30</sup> en el mejor de los escenarios.

Que, teniendo presente lo previamente detallado, AZTECA debió plantear la alternativa técnica mucho antes, a efectos de poder cumplir con la Cuarta Entrega (dentro del plazo).

31. Que, además, se debe tener presente que, para los trabajos de instalación, AZTECA debía suscribir el respectivo contrato con Abengoa, lo cual también implicaría un lapso para las negociaciones del mismo.

Que, en efecto, según señala el demandante,<sup>31</sup> «con fecha 20 de octubre de 2015 Abengoa Perú remitió para nuestra revisión el borrador del Contrato de Construcción (...). Ante ello, el 27 de octubre de 2015, Azteca Perú remitió sus comentarios al Contrato de Construcción (...). Desde ese momento, a pesar de la insistencia de Azteca Perú, no hemos recibido mayores comentarios de Abengoa Perú al Contrato de Construcción (...)».

Que, asimismo, el demandante<sup>32</sup> indica que «la suscripción de este Contrato de Construcción resulta fundamental no sólo para proceder a la instalación efectiva de infraestructura de telecomunicaciones sobre la infraestructura eléctrica de ATN, es también indispensable para que el Comité Técnico a cargo de la ejecución del Contrato de Compartición establezca el protocolo que desarrolle el procedimiento de atención de solicitudes de permiso de trabajo. Y es que, la empresa que realizará los trabajos de

<sup>28</sup> Tercer párrafo de la página 13 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015 (remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015).

<sup>29</sup> En ese escenario, «la culminación de los trabajos de despliegue de la fibra óptica ocurriría el 14 de febrero de 2016».

<sup>30</sup> Último párrafo de la página 13 y primer párrafo de la página 14 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015 (remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015).

<sup>31</sup> Numeral 31 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015 (remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015).

<sup>32</sup> Numeral 32 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015 (remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015).

instalación de fibra óptica debe aportar información técnica que sirve de insumo para la elaboración de los mencionados protocolos».

Que, como resulta evidente, si AZTECA no tenía la totalidad de Estudios de Factibilidad ni el Contrato de Construcción, no se podía solicitar los Permisos de Trabajo.

Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral reitera que era evidente que no se iba a poder cumplir —de modo oportuno— con la Cuarta Entrega, por lo que un actuar realmente diligente hubiese implicado presentar mucho antes la alternativa técnica (que recién se presentó el 26 de enero de 2016).

32. Que, sin embargo, AZTECA —al 19 de enero de 2016—<sup>33</sup> recién estaba remitiendo a ATN el Cronograma de los Trabajos de Despliegue de Fibra Óptica. Asimismo, en la fecha, AZTECA reiteró que, mediante Carta n.º DJ.31681/15, remitida el 4 de enero de 2016, solicitó se le permita contratar a Setelital Telecomunicaciones S.A.C. para realizar los referidos trabajos (en la medida de que habría sido imposible contratar los servicios con Abengoa Perú S.A.C.

Que, como se puede apreciar, la segunda etapa de la relación de compartición,<sup>34</sup> todavía no se iniciaba y por las comunicaciones cursadas entre las partes no se iba a iniciar ni siquiera pasada la quincena de enero.

33. Que, por otro lado, cabe señalar que este Colegiado no niega que AZTECA haya podido celebrar más de treinta (30) contratos de compartición sin problema alguna. Sin embargo, ello no exonera de responsabilidad al demandante, ya que no actuó de manera diligente en lo relativo a la Cuarta Entrega, por las razones ya analizadas en los Considerandos previos del presente Laudo.
34. Que, asimismo, el hecho de que «con las demás empresas eléctricas, el tiempo promedio de negociación de dicho contrato tomó un periodo aproximado de 2 meses»,<sup>35</sup> ello no aseguraba —en modo alguno— que con ATN iba a suceder lo mismo.

Que, incluso, la propia afirmación de AZTECA refuerza el razonamiento de este Colegiado cuando se ha señalado que el demandante debió acudir a OSIPTEL o, en todo caso, debió presentar la alternativa técnica mucho antes del 26 de enero de 2016.

35. Que, en consecuencia, a entender del Tribunal Arbitral, ante las primeras muestras de la denominada «arbitraria»<sup>36</sup> actitud de ATN, AZTECA pudo presentar la alternativa técnica y,

<sup>33</sup> Mediante Carta n.º DJ-231.16, de fecha 18 de enero de 2016.

<sup>34</sup> Según lo sostenido por AZTECA en el numeral 11 de la Carta n.º DJ.3396/15, de fecha 7 de diciembre de 2015 (remitida al MTC con fecha 9 de diciembre de 2015), «toda relación de compartición de infraestructura consta, como mínimo, de tres (3) etapas bien definidas, a decir: (i) el periodo entre el inicio de las negociaciones y la suscripción del contrato; (ii) el periodo entre la suscripción del contrato y la obtención del permiso de trabajo para desplegar infraestructura de telecomunicaciones; y, (iii) el periodo desde la instalación de infraestructura de telecomunicaciones hasta la culminación del plazo establecido en el respectivo contrato de compartición».

<sup>35</sup> Último párrafo de la página 4 del escrito de alegatos, presentado por AZTECA con fecha 6 de febrero de 2017.

así, evidenciar un actuar realmente diligente en el cumplimiento de las obligaciones relativas la Cuarta Entrega.

36. Que si bien «la ley establece la obligación de compartir infraestructura, lo cual determina que ello no puede ser negado, salvo que se deba a razones técnicas»,<sup>37</sup> AZTECA debió analizar si presentaba —oportunamente— una alternativa técnica, a efectos de cumplir con la Cuarta Entrega.

Que este Colegiado no sostiene que la presentación de una alternativa técnica deba ser impuesta al concesionario. Simplemente, se señala que, así como lo pudo efectuar el 26 de enero de 2016, AZTECA habría podido presentarla antes, evitándose la imposición de penalidades.

37. Que, dentro de tal orden de ideas, AZTECA no ha acreditado que se haya presentado el supuesto configurado en el literal ii) de la Cláusula 8.5. del Contrato de Concesión. Y, en ese sentido, corresponde desestimar el Primera Pretensión Principal de la demanda.

EN CASO SE AMPARE EL PUNTO CONTROVERTIDO 1), DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO LA APLICACIÓN DE ALGUNA PENALIDAD A AZTECA POR EL RETRASO INCURRIDO EN LA CUARTA ENTREGA Y DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO SE DEJEN SIN EFECTO LOS SIGUIENTES OFICIOS: (I) EL OFICIO N° 2591-2016-MTC/27, DE FECHA 22 DE ENERO DE 2016, POR EL CUAL EL MTC COMUNICÓ A AZTECA QUE, DESDE EL 1 DE ENERO DE 2016, SE VENÍA CONTABILIZANDO EL PLAZO DE PENALIDAD; Y II) EL OFICIO N° 15627-2016-MTC/27, DE FECHA 25 DE ABRIL DE 2016, POR EL CUAL EL MTC COMUNICÓ A AZTECA QUE ESTABA EVALUANDO LA IMPOSICIÓN DE PENALIDAD

38. Que, como sabemos, las pretensiones accesorias deben guardar estricta dependencia de la pretensión principal.

Que, por consiguiente, si se ampara la pretensión principal, ocurre lo propio con la accesoria; o, en sentido contrario, si se desestima la pretensión señalada como principal, también serán rechazadas las pretensiones determinadas como accesorias.

39. Que, en ese sentido, habiéndose desestimado el pedido de ampliación de plazo, este Colegiado no puede dejar sin efecto las penalidades impuestas por el MTC relativas a la Cuarta Entrega.

40. Que, en consecuencia, también corresponde desestimar la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LOS GASTOS ARBITRALES IRROGADOS EN EL PRESENTE PROCESO

 <sup>36</sup> El Tribunal Arbitral precisa que no está calificando el actuar de ATN, simplemente está empleando el mismo término empleado por AZTECA a lo largo de todo el proceso.

<sup>37</sup> Literal f. del numeral 4.2.3. del escrito de alegatos, presentado por AZTECA con fecha 6 de febrero de 2017.

41. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 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 Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría 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.

42. Que la Cláusula 65 del Contrato de Concesión (convenio arbitral) no regula el tema de los costos arbitrales.

Que, en ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes (en torno a la distribución de los costos arbitrales) y considerando el resultado o sentido de este laudo, a efectos de regular el pago de tales conceptos, es razonable:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que AZTECA asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos.

43. Que, a efectos del pago de los honorarios de los árbitros y de los gastos administrativos, se debe tener presente lo informado por la Secretaría Arbitral;<sup>38</sup> a saber:

- Mediante Resolución Administrativa n.º 1, de fecha 14 de octubre de 2016, se estableció que cada árbitro percibiría por concepto de honorarios arbitrales el monto de S/ 21,000.00, lo cual debía ser pagado por las partes en montos iguales. Asimismo, se estableció por concepto de tasa administrativa el pago de S/ 16,500.00, más I.G.V. a ser pagado en partes iguales.
- Cada parte asumió el 50% de dichos montos.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal Arbitral por unanimidad **LAUDA**:

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda interpuesta por Azteca Comunicaciones del Perú S.A.C.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda interpuesta por Azteca Comunicaciones del Perú S.A.C.

<sup>38</sup> Mediante remitido por correo electrónico de fecha 25 de enero de 2018.

**TERCERO:** En torno a los costos arbitrales, se declara lo siguiente:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- (ii) Que Azteca Comunicaciones del Perú S.A.C. asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos administrativos. En ese sentido, corresponde que Azteca Comunicaciones del Perú S.A.C. reembolse al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la suma de S/ 31,500.00 neto (por honorarios arbitrales) y de S/ 8250.00 más I.G.V. (por tasa administrativa).

**Hugo Sologuren Calmet Ponte**  
Presidente del Tribunal Arbitral

---

**Mario Castillo Freyre**  
Árbitro

---

**David Aníbal Flores Ligarda**  
Árbitro