



Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio | Lima



Lima, 17 de enero de 2018

Señores,

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Av. Zorritos N° 1302, Torre Circular, Primer piso,
Cercado de Lima.-

Att.: Procurador Público

Ref.: Caso Arbitral N° 0075-2017-CCL

De mi consideración:

Por medio de la presente, cumplo con notificarles el Laudo Arbitral emitido el 12 de enero de 2018 y depositado en el Centro el 17 de enero de 2018 por el Tribunal Arbitral.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


JAVIER ACEVEDO ARANA
Secretario Arbitral

Contamos con el ISO-9001



d. Av. Giuseppe Garibaldi N°396,
Jesús María - Lima 11
t. (511) 219 1550 | (511) 463 3434
c. arbitrajeccl@camaralima.org.pe
w. www.camaralima.org.pe

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE



2018 ENE 17 AM 10 19

Caso Arbitral N° 0075-2017

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

Aeropuertos Andinos del Perú S.A.
vs.
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Enrique Palacios Pareja (Presidente)
Ricardo León Pastor
Carlos Alberto Soto Coaguila

Secretaría Arbitral

Javier Acevedo Arana

Lima, 12 de enero de 2018.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. Acevedo Arana', written in a cursive style.

A single, thin vertical line drawn in black ink on the right side of the page.

III. MARCO INTRODUCTORIO

3.1 IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

En el presente arbitraje las partes han sido las siguientes:

➔ Parte Demandante:

- Razón Social: Aeropuertos Andinos del Perú S.A.
- Representante: Mario Eduardo Gálvez
- Abogados: Dr. Ramón Vidurizaga
Dr. Arturo Aza Riva
Dr. Alejandro Manayalle

➔ Parte Demandada:

- Razón Social: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- Representante: Claudia Tatiana Sotomayor Torres
- Abogados: Dr. Alfonso Roberto Carbajal Sánchez
Dr. Israel Stein Lavarello
Dra. Kerstin Portillo Portilla
Dra. Karen María Anzualdo Ríos

3.2 ANTECEDENTES PREVIOS A LA CONTROVERSIA: RELACIÓN CONTRACTUAL DE LAS PARTES

3.2.1 La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN), en el año 2010, inició el concurso de proyectos integrales para la Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República de Lima, en específico de seis aeropuertos ubicados en las provincias del sur del Perú. Esta concesión incluía que la empresa adjudicataria realice el diseño, construcción, financiamiento, operación, mantenimiento y explotación de los aeropuertos.

3.2.2 Finalizado el concurso, se otorgó la buena pro de la concesión de infraestructura de transporte aéreo al Consorcio Aeropuertos Andino del Perú (en adelante, "AAP"). En atención a ello, el 5 de enero de 2011 el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC") y AAP, firman el "Contrato de Concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación y explotación del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú (en adelante, "Contrato de Concesión").

3.2.3 De acuerdo a lo establecido en las cláusulas 1.94 y 1.95 del Contrato de Concesión, AAP solicitó al MTC la ejecución de la obra Nueva "Mejoramiento de la Capacidad Operativa

del Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios en el Aeropuerto de Ayacucho" (en adelante "Obra Nueva").

- 3.2.4 Así, AAP, a través de la Carta No. 279-2014-AAP de fecha 14 de mayo de 2014, presentó al MTC su estudio de pre inversión a nivel de perfil de la Obra Nueva que pretendía ejecutar. Este estudio fue aprobado por el MTC mediante su Oficio No. 055-2014-MTC/12.08.
- 3.2.5 En atención a ello, AAP preparó el Estudio Definitivo de Ingeniería (en adelante, "EDI"), el cual fue posteriormente aprobado por el MTC a través de su Oficio No. 1077-2014-MTC/12.08.
- 3.2.6 Continuando con el procedimiento de Obra Nueva, AAP inició un procedimiento de Licitación Pública Internacional, a fin de poder seleccionar la mejor propuesta técnica y económica para ejecutar la Obra Nueva.
- 3.2.7 La adjudicación de la Obra Nueva fue otorgada a la empresa Triton Rental S.A. por lo que AAP remitió a OSITRAN, a través de la Carta No. 778-2015-AAP, el Informe detallado del "Proceso de Selección de la Obra Nueva".
- 3.2.8 El 2 de diciembre de 2016, AAP es notificada con el Oficio No. 524-2016-GSF- OSITRAN a través del cual se impone una penalidad ascendente a US\$ 132,319.21 Dólares (en adelante la "Penalidad"), equivalente al 10% del valor referencial del EDI, ello por haber incumplido lo dispuesto en el acápite c) del Numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión.
- 3.2.9 AAP impugnó la penalidad impuesta en su contra a través de su escrito de fecha 13 de diciembre de 2016. Este recurso fue resuelto mediante el Oficio No. 399-16-GGH-OSITRAN de fecha 26 de diciembre de 2016, en el cual OSITRAN declaró infundada la apelación de AAP.
- 3.2.10 Posteriormente, AAP solicitó al MTC a través de su Carta No. 992-2016-AAP que se pronuncie sobre la interpretación del Contrato de Concesión que efectuó OSITRAN para imponerle la Penalidad. El MTC mediante Oficio No. 0113-2017-MTC/25 señaló que no podía efectuar pronunciamiento sobre la interpretación contractual solicitada por AAP, pues este pedido carecería de base contractual.
- 3.2.11 AAP remite al MTC la Carta No. 935-2016-AAP de fecha 10 de enero de 2017 solicitando la suspensión de la penalidad impuesta, y que declare, además, que el plazo establecido en el acápite c) del Numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión está referido a días naturales y no ha días hábiles. Esto, como parte lo establecido en las cláusulas 16.2.1 y 16.4.1 del Contrato de Concesión, referido al Trato Directo como medio de solución de controversias.



- 3.2.12 En respuesta a lo solicitado por AAP, el MTC emitió el Oficio No. 0499-2017-MTC/25 del 2 de febrero de 2017, señalando que no podría iniciarse la etapa de Trato Directo, pues las penalidades impuestas en contra de AAP por parte de OSITRAN corresponderían a su función legal de supervisión.
- 3.2.13 AAP reitera su posición al MTC mediante la Carta No. 144-2017-AAP. A su vez, el MTC respondió esta comunicación a través de su Oficio No. 1301-2017-MTC/25 de fecha 29 de marzo de 2017, reiterando que lo solicitado por AAP carecería de base contractual.
- 3.2.14 Es ante esta situación, que las partes deciden participar en este arbitraje a fin de poder dar solución a las controversias generadas por la imposición de la penalidad en contra de AAP.

3.3 PETICIÓN ARBITRAL, CLAÚSULA ARBITRAL Y CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 3.3.1 Mediante Escrito de fecha 17 de febrero de 2017 AAP solicita al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el inicio de un arbitraje de derecho en contra del MTC.
- 3.3.2 AAP amparó su solicitud de inicio de arbitraje, en lo estipulado en la cláusula 16.2.1 y el numeral (ii) de la cláusula 16.5.1 del Contrato de Concesión:

“16.2 Ámbito de Aplicación

16.2.1 La presente sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión.

De conformidad con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán por el trato directo y en vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato. El laudo que se expida será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión. Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre deposición conforme a derecho así como aquellas que la ley o tratados o acuerdo internacionales autoricen,

16.2.2 No serán materia de sometimiento a arbitraje las decisiones que emita OSITRAN y otras entidades públicas en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa”



“16.5 Arbitraje

16.5.1 Modalidades de procedimientos arbitrales:

- (ii) *Las Controversia No –Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Diez Millones y 00/100 de Dólares (US\$ 10 000000.00), o su equivalente en moneada nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resuelta mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria primero el Derecho Legislativo No. 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje y después el Código Procesal Civil del Perú. Las partes podrán acordar expresamente otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú y será conducido en idioma castellano.”*

3.3.3 Así mismo, AAP nombró como árbitro al abogado Carlos Soto Coaguila.

3.3.4 A través de su Escrito de fecha 15 de marzo de 2017, el MTC absolvió la petición arbitral de AAP y nombró como árbitro al abogado Ricardo León Pastor.

3.3. Finalmente, los árbitros designados por las partes acordaron designar como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Enrique Palacios Pareja.

3.4 CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3.4.1 El 20 de junio de 2017, mediante la Orden Procesal N° 1, el Tribunal Arbitral, comunica a las partes a acerca de la constitución del Tribunal y proponiendo las reglas del proceso arbitral

3.4.2 En la Orden Procesal N° 1 se estableció que el Arbitraje sería nacional, y de derecho. Además, las reglas procesales aplicables serían las establecidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

3.4.3 Además de ello, se determinó que la sede del arbitraje sería el local del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ubicado en Giuseppe Garibaldi No. 396, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

3.5 ACTOS POSTULATORIOS DE LAS PARTES

3.5.1 Interposición de la demanda

Mediante escrito presentado el 2 de agosto de 2017, AAP interpone demanda arbitral en contra del MTC, formulando el siguiente petitorio:

"PETITORIO

1.1 Primera Pretensión Principal:

Que el Tribunal Arbitral declare que, conforme a lo previsto en el acápite c) del numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, el plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas no deberá ser menor a 45 días calendario.

1.2 Segunda Pretensión Principal:

Que el tribunal Arbitral declare que AAP, en la convocatoria para la Licitación Pública Internacional llevada a cabo para la Ejecución de la Obra Nueva "Mejoramiento de la Capacidad Operativa del Servicio de Salvamento y Extinción de Incidencias SEI en el Aeropuerto de Ayacucho", no ha incumplido lo dispuesto en el acápite c) del numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión"

1.3 Tercera Pretensión Principal:

Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad contractual impuesta mediante Oficio No. 524-2016-GSF-OSITRAN por un monto de US\$ 132,319.21.

1.4 Cuarta Pretensión Principal:

Que el Tribunal Arbitral ordene al Concedente reembolsar a AAP el integro de los costos (honorarios de abogados y tribunal Arbitral) y costas (derechos administrativos pagados al Centro de Arbitraje) derivados del proceso arbitral."

3.5.2 Contestación de la demanda

A través de su escrito presentado el 24 de agosto de 2017, el MTC contestó la demanda y formuló excepción de incompetencia contra la tercera pretensión principal propuesta por el demandante en su escrito de demanda:

"PETITORIO:

Que el Tribunal Arbitral, se declare INCOMPETENTE para conocer y dirimir la Tercera Pretensión demandada, respecto a:

Tercera Pretensión Principal:

Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad contractual impuesta mediante Oficio No. 524-2016-GSF-OSITRAN por un monto de US\$ 132,319.21."



Respecto a la contestación de la demanda, el MTC solicitó que las pretensiones propuestas por AAP sean declaradas infundadas:

"I. PETITORIO"

Con fecha 4 de agosto de 2017, hemos sido notificados por la Secretaría Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima –CCL del escrito de demanda presentado por Aeropuertos Andinos del Perú S:A. –Sumilla: "Demanda Arbitral", las misma que dentro del plazo conferido en el Reglamento de Arbitraje cumplimos en absolver, NEGANDOLA Y CONTRADICIENDOLA en todos los extremos por carecer de fundamento axiológico, técnico y legal que sustente las pretensiones demandadas, solicitando al Tribunal Arbitral que oportunamente se sirva declarar INFUNDADAS LAS PRETENSIONES DEMANDADAS, por los fundamentos de hecho y de derecho que exponemos (...)"

3.5.3 Prueba Nueva presentada por el MTC

A través de su escrito presentado el 4 de septiembre de 2017, el MTC señala que con fecha 31 de agosto de 2017 recibió el Memorandum No. 4244-2017-MTC/25 de la Dirección General de Concesiones en Transporte, el cual contiene informes elaborados por OSITRAN que sustentarían la penalidad impuesta a AAP. Por ello, presenta al Tribunal Arbitral los siguientes documentos:

- Informe No. 006-17-GSF-GAJ-OSITRAN del 1 de febrero de 2017.
- Informe No. 138-16-GAJ-OSITRAN del 26 de diciembre de 2016
- Informe No. 0146-2016-JFI-GSF-OSITRAN del 30 de noviembre de 2016

3.5.4 Absolución de excepción y objeción de medio probatorio

A través de su escrito del 25 de septiembre de 2017, AAP solicitó al Tribunal Arbitral lo siguiente:

- "1) Declarar INFUNDADA la excepción de incompetencia planteada por el MTC.*
- 2) Declarar INADMISIBLE la actuación del medio probatorio ofrecido por el MTC como "declaración personalísima del señor Mario Eduardo Gálvez Abad, apoderado de Aeropuertos Andinos del Perú"*



Así mismo, respecto al escrito de fecha 4 de septiembre de 2017 del MTC, AAP señala que los denominados medios probatorios nuevos que presenta el MTC, son medios probatorios que ya ha ofrecido y presentado AAP en su escrito de demanda.

En atención a ello, mediante Orden Procesal No. 4, el Tribunal Arbitral otorgó al MTC el plazo de tres días hábiles a fin de que informe cuál es el aspecto controvertido que

pretende acreditar con la declaración testimonial del señor Mario Eduardo Gálvez Abad, teniendo en cuenta que se trata de un arbitraje de puro derecho.

Mediante escrito presentado el 23 de octubre de 2017, el MTC cumple con lo solicitado por el Tribunal Arbitral en su Orden Procesal No. 4, señalando que la declaración testimonial ofrecida permitirá demostrar y esclarecer al Tribunal Arbitral que AAP, al suscribir el Contrato de Concesión, conocía las obligaciones contenidas en el mismo.

3.6 DETERMINACIÓN DE MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

3.6.1 Mediante Orden Procesal No. 5 del 31 de octubre de 2017, el Tribunal Arbitral determino las materias de pronunciamiento del laudo arbitral, las cuales fueron las siguientes:

“10.1 SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

El Tribunal Arbitral se pronunciará sobre la excepción de incompetencia respecto de la tercera pretensión principal de la demanda, al momento de laudar, conjuntamente con la resolución de las pretensiones propuestas en el escrito de demanda. Para resolver sobre la mencionada excepción, el Tribunal deberá determinar si la penalidad contractual impuesta mediante Oficio N° 524-2016-GSF OSITRAN por un monto de US\$ 132,319.21 constituye o no una decisión emitida por OSITRAN en ejecución de sus competencias administrativas.

10.2 PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL ESCRITO DE DEMANDA

10.2.1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que, conforme a lo previsto en el acápite c) del numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú (en adelante, el “Contrato de Concesión”), el plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas, no deberá ser menos a 45 días calendario.*

Para resolver esta pretensión el Tribunal deberá determinar - interpretando el Contrato que vincula a las partes, la normatividad aplicable y la conducta de las partes - si el plazo de 45 días a que se refiere el acápite c) del numeral G.2 del anexo 25 del Contrato de Concesión (plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas), debe computarse por días hábiles o por días calendario.

10.2.2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que AAP, en la convocatoria para la Licitación Pública Internacional llevada a cabo para la Ejecución de la Obra Nueva “Mejoramiento de*

la Capacidad Operativa del Servicio de Salvamento y Extinción de Incidencias SEI en el Aeropuerto de Ayacucho”, no ha incumplido lo dispuesto en el acápite c) del numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión.

Dependiendo de la conclusión a la que arribe el Tribunal respecto de la pretensión anterior, se concluirá si AAP cumplió o no con lo dispuesto en el acápite c) del numeral G del Anexo 25 del Contrato de Concesión.

10.2.3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad contractual impuesta mediante Oficio N° 524-2016-GSF-OSITRAN por un monto de US\$ 132,319.21.

En función de la decisión del Tribunal respecto de las pretensiones anteriores, específicamente si hubo incumplimiento por AAP o no lo hubo, se determinará si corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta por Oficio N° 524-2016-GSF-OSITRAN.

10.2.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al MTC reembolsar a AAP el íntegro de los costos (honorarios de abogados y del Tribunal Arbitral) y costas (derechos administrativos pagados al Centro de Arbitraje) derivados del trámite del proceso arbitral.”

3.6.2 Así mismo, respecto a la admisión de medios probatorios, el Tribunal Arbitral resolvió admitir:

(...)

- a) La totalidad de los documentos ofrecidos y presentados por AAP en los numerales 1 al 16 del acápite “VI. Medios Probatorios” de su escrito de demanda de fecha 2 de agosto de 2017;
- b) La declaración personalísima del señor Mario Eduardo Gálvez Abad, apoderado de APP, ofrecida por el MTC en el numeral 2) del acápite “V. Medios Probatorios” de su escrito de contestación de demanda de fecha 24 de agosto de 2017. “

(...)

- c) La totalidad de los documentos ofrecidos y presentados por el MTC en los literales a) al c) de su escrito presentado el 4 de setiembre de 2017, con sumilla: “Adjunto Nuevos Medios de Prueba”.

 3.6.3 Así mismo, se otorgó un plazo de 3 días hábiles al MTC para que fije por escrito las cuestiones o aspectos puntuales sobre los que versará la declaración que ha ofrecido, además de reservarse a AAP el derecho de contra interrogar, sobre las cuestiones o aspectos que comunique el MTC.

- 3.6.4 Además, el Tribunal Arbitral fijó como fecha de Audiencia de Declaración Testimonial e Informes Orales para el día 20 de noviembre de 2017 a las 10:00 horas en las instalaciones del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- 3.6.5 Mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2017, el MTC absolvió el requerimiento formulado por el Tribunal Arbitral respecto a la precisión del objeto de declaración del señor Mario Eduardo Gálvez Abad, adjuntado para ello –en sobre cerrado- el pliego interrogatorio que este debería responder.
- 3.6.6 A través de la Orden Procesal No. 6, el Tribunal Arbitral determinó que debido a que en el arbitraje no se aplican las mismas reglas que en un proceso civil, el pliego interrogatorio presentado por el MTC debía de ser puesto en conocimiento de AAP.

3.7 AUDIENCIA DE DECLARACIÓN TESTIMONIAL E INFORMES ORALES

- 3.7.1 El 20 de noviembre de 2017, conforme a lo establecido en la Orden Procesal No. 5 se llevó a cabo la Audiencia de Declaración Testimonial del señor Mario Eduardo Gálvez Abad, así como la presentación de informes orales por cada una de las partes.
- 3.7.2 A la audiencia asistieron ambas partes, debidamente representadas por sus abogados y pudieron utilizar los medios electrónicos para realizar sus exposiciones. Así mismo, al concluir la audiencia, el Tribunal Arbitral determinó otorgar a las partes un plazo de diez días hábiles para que presenten sus conclusiones finales y liquidación de costas y costos.
- 3.7.3 El 24 de noviembre de 2017, el MTC presentó su escrito de alegatos, reafirmando su posición; pero además, en el Otro Digo de su escrito, presentó al Tribunal Arbitral el Oficio No. 161-2017-PD-OSITRAN, el cual fue recibido por el MTC con fecha posterior a la audiencia de informes orales. Este nuevo documento, contiene el "Plan de Equipamiento del Periodo Remanente de los Aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Puerto Maldonado y Tacna"; conteniendo a su vez un Diagrama de Flujo de Licitación Pública Internacional.
- 3.7.4 Por su parte, el 4 de diciembre de 2017, AAP presentó su escrito de conclusiones finales y liquidación de costas y costos; así mismo, en el punto cuarto de su escrito presentó nuevos medios probatorios.
- 3.7.5 En atención a los escritos presentados por las partes, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal No. 7, mediante la cual (i) tiene presente el escrito presentado por el MTC y otorga a AAP un plazo de cinco días hábiles para que manifieste lo que considere pertinente respecto al nuevo medio probatorio presentado por el MTC; y (ii) tiene presente el escrito presentado por AAP, y otorga a el MTC un plazo de cinco días hábiles para que manifieste lo que considere pertinente respecto al nuevo medio probatorio presentado por AAP.



- 3.7.6 Ante ello, el 19 de diciembre de 2017, AAP presentó un escrito pronunciándose sobre el medio probatorio ofrecido por el MTC. Mientras que, el mismo 19 de diciembre de 2017, el MTC presentó un escrito pronunciándose sobre el medio probatorio prestado por AAP.
- 3.7.7 No habiendo más actuaciones pendientes, el Tribunal Arbitral emite la Orden Procesal No. 8, declarando el cierre de instrucción y el inicio del plazo para emitir laudo arbitral.

IV. ANÁLISIS DEL CASO

4.1 ANÁLISIS SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

- 4.1.1 Para resolver sobre la excepción de incompetencia planteada por el MTC, resulta fundamental identificar la naturaleza de los actos de OSITRAN que responden a sus facultades administrativas previstas y otorgadas por la Ley para regular, fiscalizar, supervisar y sancionar; distinguiéndola de la que corresponde a las atribuciones de dicha Entidad, que tienen su fuente en las estipulaciones contractuales provenientes de la voluntad de las partes, por las cuales estas partes en el Contrato involucran en el mismo a OSITRAN, otorgándole facultades para imponer penalidades frente al incumplimiento de obligaciones específicas, que están establecidas en el propio Contrato.
- 4.1.2 Sobre el particular es importante apreciar que en el Contrato se distingue claramente entre las sanciones administrativas que OSITRAN puede imponer en aplicación de las facultades que le confiere la Ley No. 26917, la Ley No. 72332 y la Ley No. 27444 y sus respectivos reglamentos, y las penalidades establecidas en el Contrato. Se estipula expresamente en el Contrato que las sanciones administrativas procederán sólo respecto de incumplimiento de obligaciones distintas a las establecidas en el Anexo No. 9 del Contrato.
- 4.1.3 Ello revela que para las partes quedó claramente establecido que la potestad sancionadora y administrativa de OSITRAN se distinguía de las facultades que las partes le otorgaron para aplicar las penalidades frente al incumplimiento de las obligaciones previstas en el Anexo No. 9. Estas últimas eran entonces facultades "adicionales" y por lo tanto distintas de aquellas que podría ejercer OSITRAN en aplicación de sus competencias de origen legal.
- 4.1.4 Recordemos que en el caso de las penalidades, el monto es determinado teniendo en consideración la cuantificación del daño que le causaría a la colectividad usuaria de una infraestructura de uso público, el incumplimiento del concesionario. Por su parte, la sanción administrativa derivada de una infracción de esa naturaleza persigue castigar una conducta no deseada por el Estado. Como bien se ha señalado, la sanción



pecuniaria derivada de esa infracción administrativa no constituye una indemnización para el Estado, sino una medida gravosa impuesta al particular¹.

4.1.5 Dicho criterio de diferenciación, sin ser el único mediante el cual se puede llegar a la conclusión de la distinción entre las sanciones administrativas y las penalidades contractuales, abona en favor del criterio que adopta el Tribunal Arbitral en la presente controversia, la posibilidad de impugnar vía arbitraje las penalidades contractuales impuestas por el OSITRAN en ejercicio de esas competencias adicionales que las partes habilitaron para dicho organismo en el Contrato.

4.1.6 De no ser así, es decir, si la aplicación de las multas contractuales por parte de OSITRAN no eran distintas de la aplicación de las sanciones administrativas para las que la Ley le otorga competencia, no tendría sentido alguno que las partes le hayan otorgado una competencia "adicional" a OSITRAN para aplicar las penalidades establecidas en el Anexo No. 9 del Contrato.

4.1.7 El texto del Contrato es el siguiente:

14.5 De la Potestad Sancionadora

14.5.1 OSITRAN es competente para aplicar sanciones administrativas al CONCESIONARIO en caso de incumplimiento de sus obligaciones como tal, conforme lo dispuesto en la Ley N° 26917, Ley N° 27332, Ley N° 27444 y los reglamentos que se dicten sobre la materia. El CONCESIONARIO deberá proceder con el cumplimiento de las sanciones que imponga el OSITRAN de acuerdo a las normas sobre la materia.

Adicionalmente, el OSITRAN es competente para aplicar al CONCESIONARIO las penalidades establecidas en el Anexo 9 del presente Contrato, ante el incumplimiento de sus obligaciones pactadas en éste.

En caso de incumplimiento de obligaciones del CONCESIONARIO distintas a las establecidas en el Anexo 9 del presente Contrato, procederá la aplicación de sanciones administrativas acorde con lo establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) aprobados por el OSITRAN, vigente a la fecha de comisión de la infracción.

14.5.2 Las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán acorde con lo establecido en el RIS, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en Anexo 9 del presente Contrato.

4.1.8 En este orden de ideas resulta pertinente remitirse al Informe No. 945-12-GAL-OSITRAN de fecha 9 de octubre de 2012, emitido por el propio órgano regulador en el cual, absolviendo una consulta del concesionario², señaló lo siguiente:

¹BORDA GONZALES, César Augusto y otros. Evaluación del régimen de penalidades en los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Trabajo de investigación presentado para optar al Grado Académico de Magíster en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras. Universidad del Pacífico. Lima, 2016. Págs. 9 - 10.

² Este informe es citado en la página 56 del laudo al que se hace referencia en el punto 4.1.14 de este laudo.

"C.1. Sobre la naturaleza de la penalidad

38. Al respecto cabe indicar que de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula 14.5.3 del Contrato de Concesión:

14.5.3. Las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplican al concesionario acorde con lo establecido en el RIS, independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el Anexo 9 del presente Contrato y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento.

39. De esta forma, a través del Contrato de Concesión se recoge la distinción entre las sanciones y las penalidades, señalando que éstas últimas se encontrarán establecidas en el Anexo 9, mismo que a su vez, indica que ante la imprevisión de penalidades derivadas del incumplimiento de obligaciones se aplicará la aplicación de la Cláusula 18.7, supuesto que en el caso en particular se produce. De este modo frente al incumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria, las partes establecen en el contrato que independientemente de las sanciones que pudieran corresponder de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Infracciones y Sanciones – RIS, se aplicarán las penalidades de acuerdo a lo dispuesto en el contrato de concesión.

41. A partir de lo expuesto, la naturaleza de las penalidades es contractual y se establece por las partes con finalidad resarcitoria. Siendo así, los aspectos vinculados a la aplicación de las penalidades – como son a quien corresponde la determinación del incumplimiento y la aplicación, los montos a los que ascenderá, los mecanismos de aplicación cuestionamiento, entre otros- se encontrarán sujetos a lo dispuesto en el contrato de concesión por las partes.

46. De este modo, la naturaleza de la penalidad impuesta por el incumplimiento en el plazo de entrega del PRMLA a través del Oficio N° 3476-2012-GS-OSITRAN es contractual, la facultad que sustenta la aplicación de la misma por OSITRAN es contractual y su aplicación constituye un acto contractual y no administrativo, En atención a lo cual, cualquier cuestionamiento a esta penalidad deberá efectuarse de acuerdo al mecanismo y trámite contractualmente establecido."

4.1.9 Del mismo modo, la Directiva No. 050-2016-CD-OSITRAN³ "Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN", publicada el 2 de diciembre de 2016, establece que:

"Las penalidades tienen un origen contractual y son fruto de la autonomía privada de las partes; en cambio, el régimen de infracciones y sanciones

³ <https://www.ositran.gob.pe/marco-normativo/directivas.html>

administrativas tiene su origen en la Ley o norma reglamentaria y su tipificación surge a partir del ejercicio de la potestad sancionadora y funciones adscritas a ella.

Las penalidades se establecen en los contratos. Sin embargo, el régimen de infracciones y sanciones no puede ser objeto de negociación y/o disposición por parte de la Administración (OSITRAN), siendo de aplicación obligatoria y no facultativa por mandato de ley (...).

En conclusión, en aplicación de la norma imperativa contenido en el artículo 1362° del Código Civil, conforme a la cual, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes, OSITRAN debe seguir los procedimientos contractualmente pactados, tanto en lo referido a aplicación de penalidades, como respecto del mecanismo de impugnación y de su cobro, no siendo posible aplicar disposiciones de un procedimiento administrativo sancionador." (Énfasis agregado)

- 4.1.10 De lo antes expuesto, se advierte que es el propio órgano regulador el que ha establecido a través de una Directiva los lineamientos a tener cuenta al momento de aplicar penalidades por incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato de concesión. En consecuencia, de acuerdo al principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios, habiendo el propio regulador analizado la diferencia entre la aplicación de penalidades y la aplicación de sanciones iniciadas bajo el marco de un procedimiento administrativo sancionador, no puede el concedente negar que la impugnación del concesionario sobre la aplicación de penalidades sea materia arbitrable, toda vez que, conforme se ha indicado, está revestido de un carácter eminente civil patrimonial y ergo es un derecho disponible de las partes.
- 4.1.11 Sobre el particular, Santistevan de Noriega recuerda que no toda decisión del Estado puede considerarse como de libre disposición, teniendo en cuenta que este se rige por el principio de legalidad. Señala, entonces, que distintas actividades del Estado son consideradas como *iure gestionis*, especialmente aquellas en las que este actúa como un agente en las relaciones contractuales⁴.
- 4.1.12 A consideración del Tribunal, la decisión de AAP y el MTC de establecer la posibilidad de que OSITRAN pueda aplicar penalidades derivadas de la inexecución o incumplimiento de las obligaciones contractuales, es una expresión de dicha actividad del Estado, distinta a sus actos soberanos o a su ejercicio de competencias administrativas previstas por una ley habilitante.
- 4.1.13 No estamos entonces ante facultades inherentes a OSITRAN que provengan del *ius Imperium*, pues ello implicaría una conducta desplegada como consecuencia de su plena soberanía en base a la fuente normativa de su creación y determinación de sus competencias. En este caso encontramos que son las partes, en el propio Contrato



⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado. En: Actualidad Jurídica. Lima, agosto 2008. P. 23.

quienes, de manera adicional, facultan a OSITRAN a aplicar las penalidades contractuales.

4.1.14 Aunque no existe una jurisprudencia arbitral vinculante, resulta ilustrativo lo resuelto con anterioridad en el proceso arbitral entre Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC y la empresa Aeropuertos del Perú S.A., mediante laudo de fecha 23 de setiembre de 2013 por el Tribunal Arbitral integrado por los doctores Franz Kundmuller Caminiti, Rolando Eyzaguirre Maccan y Derik Latorre Boza⁵ en el que establecieron que “en el presente caso la materia controvertida sometida a arbitraje es de naturaleza contractual, esto es, se trata de un asunto derivado de una relación contractual. En efecto, la imputación de incumplimiento y la aplicación de penalidades contractuales tienen como título habilitante de la actuación del OSITRAN el Contrato de Concesión que así lo establece”.

4.1.15 Asimismo, el mencionado Tribunal Arbitral señaló que:

“El Tribunal tiene la convicción racional que al presente arbitraje no se somete las facultades de regulación, supervisión fiscalización o sanción que ostenta el OSITRAN, ya que éstas no son de libre disposición, sino que lo que está en discusión no es una decisión administrativa de esa entidad, sino un acto contractual cuyo sustento habilitante es una cláusula contractual en virtud de la cual, las partes (AEROPUERTOS y el MTC) llaman a participar a OSITRAN para que actúe en ejecución de una competencia contractual, conforme a un procedimiento contractual establecido en el Contrato de Concesión y, no sujeto a un procedimiento administrativo normado.”

4.1.16 Así las cosas, este Tribunal aprecia que en este caso se ha sometido a arbitraje una controversia derivada de un contrato celebrado entre una entidad del Estado con una entidad privada nacional, controversia de contenido patrimonial y de libre disposición. Por lo tanto, en aplicación de los artículos 2.1 y 4.3 del Decreto Legislativo No. 1071, este Tribunal tiene competencia para resolver las controversias sometidas a su conocimiento en este proceso, específicamente la tercera pretensión principal de la demanda. Ergo, debe declararse infundada la excepción de incompetencia.

4.2 ANALISIS SOBRE LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA

4.2.1 El Tribunal aprecia que entre las tres primeras pretensiones de la demanda existe una relación de condicionalidad, es decir, que la segunda y tercera pretensiones tienen como condición que se declare fundada la primera.


⁵ <https://www.ositran.gob.pe/marco-normativo/laudos-2/laudos-arbitrales-ositran.html>

- 4.2.2 En efecto, como quedó establecido con la Orden Procesal No. 5 del 31 de octubre de 2017, la decisión sobre la primera pretensión principal, declarativa sobre si corresponde o no determinar que el plazo que debe mediar entre la publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas no deberá ser menor de 45 días calendario, condiciona la decisión sobre la segunda pretensión principal declarativa sobre si hubo o no incumplimiento en la Convocatoria para Licitación Pública para la Ejecución de la Obra Nueva "Mejoramiento de la Capacidad Operativa del Servicio de Salvamento y Extinción de Incidencias SEI en el Aeropuerto de Ayacucho".
- 4.2.3 En la misma Orden Procesal quedó establecido que, en función de la decisión del Tribunal respecto de las pretensiones anteriores, específicamente si hubo incumplimiento por AAP o no lo hubo, se resolvería la tercera pretensión principal determinando si corresponde dejar sin efecto la penalidad impuesta por Oficio No. 524-2016-GSF-OSITRAN
- 4.2.4 En consecuencia, el punto controvertido fijado en la mencionada Orden Procesal No. 5 para resolver sobre la primera pretensión, incidirá directamente en el sentido de la decisión sobre la segunda y tercera pretensiones. Se justifica entonces recordar este punto controvertido que ha sido consentido por las partes en este arbitraje:

"Para resolver esta pretensión el Tribunal deberá determinar - interpretando el Contrato que vincula a las partes, la normatividad aplicable y la conducta de las partes - si el plazo de 45 días a que se refiere el acápite c) del numeral G.2 del anexo 25 del Contrato de Concesión (plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas), debe computarse por días hábiles o por días calendario".

- 4.2.5 El análisis que deberá hacer el Tribunal consiste entonces en interpretar el Contrato, la normatividad aplicable y la conducta de las partes durante la ejecución del mismo para poder concluir si el plazo de 45 días a que se refiere el acápite c) del numeral G.2 del anexo 25 del Contrato de Concesión (plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas), debe computarse por días hábiles o por días calendario.
- 4.2.6 AAP sostiene que la interpretación textual del Contrato resulta el punto de partida, en armonía con el artículo 168 del Código Civil y, citando a Díez-Picazo, señala que siendo claro el texto del Contrato "no es necesario ir más allá de su letra". Sin embargo, el Tribunal no coincide en que el texto del Contrato sea claro para concluir que las partes expresaron en él que el plazo de 45 días, a que se refiere el acápite c) del numeral G.2 del anexo 25 del Contrato de Concesión, debía computarse en días calendario.
- 4.2.7 Ello porque, en primer lugar, la definición del término "día" del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no es un elemento suficiente para interpretar el

contrato, pues como escribe Francesco Messineo⁶ *“Es básico el principio enunciado en el art. 1362, donde (primer apartado) se prescribe que, al interpretar el contrato, se debe indagar cuál haya sido la “común intención de las partes” y no limitarse al “sentido literal de las palabras”.*

- 4.2.8 En segundo lugar, la distinción entre “Días” (con mayúscula) o “días” (con minúscula), carece de sustento suficiente. En efecto, a pesar de las 67 referencias del Contrato a los términos “Día” y “día” en las que según AAP las partes otorgan a cada término un significado contractual propio, el Tribunal no coincide con la aseveración de la demandante en el sentido que cuando en el Contrato se hace mención a “Día” debe entenderse a días hábiles, y cuando se menciona “día” debe entenderse como días calendarios. Y ello porque el propio Contrato, cuando en la cláusula primera, “DEFINICIONES”, se refiere a “Día o Días”, efectivamente quiere significar días hábiles. Pero en el punto 1.46 de la misma cláusula define también “Días Calendario” señalándolo con mayúscula.
- 4.2.9 De este modo, a criterio del Tribunal no constituye un argumento consistente el afirmar que, cuando en el Contrato se hace mención a “días” (con minúscula) debe entenderse días calendario pues, justamente cuando en el propio Contrato se define a estos últimos, la cláusula 1.45 se refiere a ellos como “Días Calendario” (con mayúscula). Es claro entonces que la distinción entre las dos formas de escribir la palabra (“Días” o “días”) no ha sido un elemento que las partes han tenido en consideración para distinguir entre días calendario y días hábiles.
- 4.2.10 En el mismo orden de ideas, a consideración del Tribunal, tampoco resulta amparable la solución propuesta por AAP en el sentido de considerar que, si no se acogiera la interpretación de alguna de las partes en el arbitraje, nos encontraríamos ante un vacío contractual⁷.
- 4.2.11 Conforme lo señala la propia cláusula 1.74 del Contrato, las “Leyes Aplicables” son aquel conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato en caso de vacío o con fines complementarios. En el caso particular, AAP recurre a las normas del Código Civil para proponer una solución a la controversia sobre la naturaleza de los días que debían contabilizarse.
- 4.2.12 En concreto, se remite a lo previsto en el artículo 183 del Código Civil que establece que *“el plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles”.* A juicio del Tribunal, esta solución propuesta por AAP no resulta aplicable, en tanto no estamos ante un supuesto de vacío contractual; las partes, ahí donde quisieron establecer la naturaleza de los días a contabilizar, lo hicieron de manera clara.

⁶ MESSINEO, Francesco. Derecho Civil y Comercial. E.J.E.A. Buenos Aires. 1979. Tomo IV. P.490

⁷ Demanda Arbitral de AAP; párrafos 4.106 a 4.111.

- 4.2.13 Contrariamente a lo señalado por AAP, criterio recogido en los párrafos anteriores, no existe un vacío contractual en tanto las partes han regulado expresamente la naturaleza de los días que deben contabilizarse en los diversos actos de ejecución del Contrato (cláusulas 1.45, Día o Días, y 1.46, Días Calendario).
- 4.2.14 Resulta claro para el Tribunal que tampoco era la intención de las partes, en última instancia, remitir la interpretación de la naturaleza de determinado término a las normas del Código Civil, en tanto ellas mismas han previsto un glosario de Definiciones extenso y detallado. Tampoco corresponde a este Tribunal interpretar si es que la redacción de las palabras utilizadas en el Contrato responde a un error de las partes en su formulación. Dichas interpretaciones, a juicio del Tribunal, no resultan útiles para la solución de la controversia sometida a su consideración.
- 4.2.15 No es entonces la literalidad del Contrato o la distinción entre mayúsculas y minúsculas al escribir la palabra lo que nos conducirá a determinar la intención de las partes en la celebración y ejecución del Contrato. Como ha escrito De Trazegnies, “[t]ratar de maniatar el sentido a la pura letra del texto conduce muchas veces a error porque nos hace perder de vista su espíritu, su finalidad, el sentido razonable del texto en función de lo que se persigue.”⁸
- 4.2.16 Y es a esto a lo que apunta el Tribunal, a interpretar el Contrato a la luz del espíritu del mismo, a su finalidad y razonabilidad en armonía con la conducta desplegada por las partes en su ejecución.
- 4.2.17 Resulta oportuno mencionar que, si al realizar esta interpretación se abordara algún elemento no mencionado puntualmente en la fijación de los puntos controvertidos fijados en la Orden Procesal No. 5, se tratará de aspectos que han sido invocados por las partes en los actos postulatorios, sobre los que las partes han debatido suficientemente en la audiencia del 20 de noviembre de 2017 y sobre los que incluso el Tribunal formuló preguntas puntuales, que fueron absueltas por los abogados de cada una de las partes.
- 4.2.18 Sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer mención a que, como se estableció en la propia Orden Procesal No. 5, los puntos controvertidos señalados tienen valor puramente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal si ello resultara, a su juicio, más conveniente para facilitar la resolución de la controversia, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de las materias y/o pretensiones sometidas a este arbitraje.


⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La Verdad Construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la Interpretación Legal, en C. Soto (dir), Tratado de la Interpretación Contractual en América Latina. Grijley, Lima 2007. Tomo III, p. 1607

4.2.19 Se trata (i) de la conducta de las partes, (ii) de la razonabilidad del plazo y (iii) del carácter resarcitorio de la penalidad y la consecuente evaluación de si existió un daño que reparar.

(i) **La conducta de las partes.**

4.2.20 Conforme al Anexo 25 G literal C del Contrato, se establece lo siguiente:

“Para el caso de Licitaciones Públicas Internacionales, el Comité del Concurso deberá estar integrado por mínimo 3 tres personas, incluyendo necesariamente un representante del CONCESIONARIO, un representante del Asesor Aeroportuario (en caso la Licitación se lleva a cabo durante los años 4 y 5 de la concesión) y un representante del CONCEDENTE.

4.2.21 Es un hecho admitido por las partes que el concedente, MTC, participó en el Comité para la preparación de las Bases y los Términos de Referencia para el “Mejoramiento de la Capacidad del Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios en el Aeropuerto de Ayacucho”, pues así lo ha reconocido el Procurador del MTC en la audiencia de informes orales (1h46’ del video de la mencionada audiencia).

4.2.17 Tampoco es controvertido que el cronograma propuesto por AAP, que contenía el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario entre la publicación de la convocatoria al concurso y la presentación de las propuestas por los postores, fue publicado. No es entonces un punto controvertido el que el MTC haya participado y conocido de la fijación de este plazo en días calendarios desde la formulación de las Bases, su publicación y ejecución, sin que haya formulado observación alguna; lo que se corrobora con las respuestas del Procurador al contestar las preguntas que se le formulan en la Audiencia de Informes Orales (1h22’ del video de la mencionada Audiencia).

4.2.18 Sin perjuicio de lo expuesto, como Anexo 1 del escrito presentado por AAP el 4 de diciembre de 2017, se ha incorporado copia del Acta de Instalación del Comité de Concurso del 9 de diciembre de 2014, en la que participó, en representación del MTC, el señor Adolfo Ramón Medina Rodríguez, nombrado por el Director General de Concesiones. En dicha Acta consta textualmente lo siguiente:

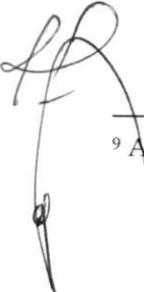
Al respecto, luego de evaluarse y revisarse el proyecto presentado y tras la inclusión de algunas modificaciones, los miembros del Comité por unanimidad acordaron aprobar las Bases del Concurso tras verificar que las mismas reúnen las condiciones necesarias requeridas por el Estudio Definitivo de Ingeniería “Mejoramiento de la capacidad operativa del Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios del Aeropuerto de Ayacucho” y el Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de la República del Perú.



- 4.2.19 No hay duda entonces que concesionario y concedente convinieron en fijar el plazo en días calendario, como se estipula en las Bases que aprobaron conjuntamente y de forma unánime.
- 4.2.20 En la página 4 de su escrito presentado el 19 de diciembre de 2017, el MTC manifiesta que resulta del todo irrelevante el hecho si participó o no la Entidad en el Comité que fijó y aprobó los plazos, pues es OSITRAN quien en definitiva, como ente regulador, está facultado para aplicar las penalidades establecidas en el Contrato.
- 4.2.21 El Tribunal no comparte dicho criterio pues, como ha quedado dicho al analizar y resolver sobre la excepción de incompetencia, lo que se está discutiendo en este proceso es la aplicación de penalidades contractuales provenientes de la voluntad de las partes que celebraron el Contrato (MTC y AAP) y no de sanciones administrativas provenientes del *ius Imperium* del Estado. Por lo tanto, las propias partes del Contrato, con sus propios actos demuestran claramente su voluntad de fijar el plazo en la forma en que lo hicieron, pues ambas participaron del Comité que aprobó dicho plazo.
- 4.2.22 El Tribunal Arbitral precisa que, si bien la conducta relevante de las partes lo lleva a concluir que tanto el concedente como el concesionario consintieron el plazo de 45 días calendario como aquel previsto en el acápite a) del numeral G.2 del Anexo 25 del Contrato, hay elementos que han aportado las partes que en algún momento podrían haber desvirtuado la interpretación a la que arriba el Tribunal.
- 4.2.23 En efecto, mediante el Otrosí Digo de su escrito de fecha 4 de diciembre de 2017, el MTC ofrece como medio probatorio la documentación adjunta al Oficio N° 161-2017-PD-OSITRAN, en la que se encuentran los Planes de Equipamiento del Periodo Remanente de los Aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Puerto Maldonado y Tacna, en cuyo numeral 4.2.2 – Diagrama de Flujo de Licitación Pública Internacional, se advierte que se habría considerado 45 días hábiles en el plazo del acápite a) del numeral G.2 del Anexo 25 del Contrato.
- 4.2.24 AAP, absolviendo la documentación ofrecida por el MTC, ha señalado que los flujogramas son documentos elaborados únicamente por una de las partes y que, por lo tanto, no reflejan el común y conjunto entendimiento del MTC y de AAP respecto de los alcances del Contrato, situación distinta a lo que sucede con el Acta de Instalación del Comité de Concurso a la que hemos hecho referencia en el numeral 4.2.18 del presente Laudo.
- 4.2.25 Sobre el particular, el Tribunal Arbitral hace notar que si bien los Planes de Equipamiento a los que se ha hecho referencia recogerían el detalle de 45 días hábiles como el plazo previsto en el acápite a) del numeral G.2 del Anexo 25 del Contrato, ello no constituye una prueba concluyente que permita desvirtuar la conclusión a la que ha arribado el Tribunal.



- 4.2.26 Son varias las razones por las cuales el Tribunal Arbitral no recoge el argumento esgrimido por el MTC alrededor de los flujogramas previstos en los precitados Planes de Equipamiento.
- 4.2.27 En primer lugar, porque no hay certeza alguna sobre si el MTC y AAP de manera conjunta acordaron modificar el plazo previsto en las Bases. En efecto, la prueba ofrecida por el MTC en su escrito del 4 de diciembre de 2017, no refleja en ningún caso un entendimiento de las partes ni la voluntad de ambas para modificar un plazo aprobado de manera distinta en las Bases.
- 4.2.28 Al respecto, el Tribunal advierte que si bien durante el proceso la documentación adjunta al escrito del MTC de fecha 4 de diciembre de 2017 no ha sido objeto de debate, sino hasta su presentación con fecha posterior a la Audiencia de Declaración Testimonial e Informes Orales, AAP ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto ante el OSITRAN.
- 4.2.29 En efecto, con fecha 20 de diciembre de 2016, AAP presentó un escrito complementario ante la Gerencia General del OSITRAN⁹, en el que señaló que *"el hecho que se alegue que en los proyectos de Planes de Equipamiento presentados en fecha posterior a la licitación se haya acompañado flujos o flujogramas en los que se consideraría todos los días como hábiles, no enerva en absoluto lo que contractual y legalmente corresponde, más aún si todavía no se aprueban dicho (sic) planes en los que erróneamente se puede haber considerado a los días en minúscula como días hábiles"*.
- 4.2.30 Adicionalmente, en el mismo escrito dirigido a la Gerencia General del OSITRAN, AAP concluía que lo recogido en el numeral anterior *"lo único que denota es que los proyectos de Planes de Equipamiento contienen un error en los flujos o flujogramas que deben ser corregidos a la luz de lo dispuesto en el Contrato de Concesión y las leyes aplicables, más aún si el error no puede generar derecho, ni ser concebido como un acto que pueda modificar los alcances del Contrato de Concesión ni el marco legal aplicable"*.
- 4.2.31 De acuerdo a lo manifestado por AAP, el Tribunal Arbitral puede concluir que las Bases tenían previsto un plazo y que la ejecución de la licitación pública internacional se llevó a cabo teniendo en consideración dicho plazo, no siendo este objeto de impugnación ni cuestionamiento por parte del MTC, sino hasta que fuera de conocimiento la imposición de penalidades contractuales por parte del OSITRAN. Por lo que no habría sido objeto de modificación alguna por las partes.
- 4.2.32 En segundo lugar, hay que identificar que los flujogramas que se incluyen en los Planes de Equipamiento ofrecidos como medio probatorio por el MTC tienen una fecha posterior al proceso de licitación internacional objeto de controversia.


⁹ Anexo A - 7 de la Demanda Arbitral de AAP.

- 4.2.33 En efecto, según se advierte del Cronograma de la Convocatoria al Proceso de Contratación de la Licitación Pública Internacional¹⁰, todo el procedimiento previsto en él, desde la publicación del primer aviso en diarios hasta la adjudicación de la Buena Pro, se habría llevado a cabo entre el 18 de diciembre de 2014 y el 27 de febrero de 2015. Por su parte, los Planes de Equipamiento ofrecidos por el MTC tienen, como fechas de entrega, fechas entre abril y septiembre de 2015.
- 4.2.34 El aspecto temporal, en ese extremo, si resulta relevante para el análisis de la conducta de las partes. El MTC consintió que la Licitación Pública Internacional se lleve a cabo con el plazo de 45 días calendario (61 días calendario según el calculado efectuado por AAP) y pretende demostrar con los Planes de Equipamiento que el entendimiento de las partes siempre fue en sentido contrario.
- 4.2.35 Dicha posición, a juicio del Tribunal, no resulta amparable a la luz de los hechos expuestos en el desarrollo del arbitraje. Por el contrario, confirman la conclusión a la que arriba el Tribunal respecto de la contravención a los actos propios del MTC en fechas posteriores a la consumación del consentimiento respecto del plazo de 45 días calendario acordado por ambas partes.
- 4.2.36 En la línea de lo expresado previamente por el Tribunal, la conclusión a la que arriba es clara: el MTC no cuestionó el plazo de 45 días calendario previsto en las Bases y en la ejecución de la Licitación Pública Internacional. Su posición se mantuvo hasta el pronunciamiento del OSITRAN con la imposición de las penalidades contractuales impugnadas en este arbitraje.
- 4.2.37 Como el Tribunal ha desarrollado previamente, cabe recordar que *“el principio del acto propio se funda en la razón de que la conducta anterior ha generado confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad de una conducta emanada de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido, pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen”*¹¹.
- 4.2.38 En el mismo orden de ideas, y a modo de conclusión de lo manifestado en los considerandos anteriores, el Tribunal concluye que las partes, con la conducta desplegada en la ejecución del Contrato, convinieron y consintieron el plazo de 45 días calendario. Que el MTC contravenga su posición primigenia en base al pronunciamiento del OSITRAN no hace sino generar un menoscabo en la confianza que su contraparte en el Contrato depositó en este al momento de otorgársele la calidad de concesionario en virtud del referido Contrato.

(ii)

La razonabilidad del plazo y la finalidad del contrato

¹⁰ Anexo A - 4 de la Demanda Arbitral de AAP.

¹¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Teoría General del Contrato. Instituto Pacífico. Lima, 2012. P. 85.

4.2.39 El plazo a que se refiere el acápite c) del numeral G.2 del Anexo 25 del Contrato de Concesión (plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas) que fue establecido en el Proceso de Contratación de la Licitación Pública Internacional para el Mejoramiento de la Capacidad del Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios en el Aeropuerto de Ayacucho, fue de sesenta y un (61) días calendario (que transcurrieron entre el 18 de diciembre 2014 y el 16 de febrero de 2015¹²). De haberse establecido el plazo respetando el mínimo de cuarenta y cinco (45) días hábiles - que según la posición del MTC es el que establece el Anexo 25 - el plazo hubiera sido equivalente a 69 días calendarios.

4.2.23 Con este dato objetivo el Tribunal se ha preguntado si el plazo fijado por AAP en el Concurso que nos ocupa (61 días calendario) fue un plazo razonable conforme al Contrato. Para responder a esta pregunta se debe tener presente que de acuerdo al tercer párrafo del literal a) del numeral G.2 del Anexo 25 del Contrato de Concesión, “[l]os plazos fijados para la elaboración de las Bases, Términos de referencia presentación de ofertas tiene que ser lo suficientemente amplios para que los postores puedan tomar en cuenta las condiciones particulares en el cual se desarrollarán las obras, su magnitud y complejidad” (sic)

4.2.24 De acuerdo a la posición del MTC, mediante un razonamiento hipotético, podría entenderse que un plazo mayor en 6 días hábiles al que efectivamente se consignó en la licitación, podría haber permitido participar a otros postores. En efecto, en la Audiencia de Declaración Testimonial e Informes Orales, el representante del MTC, absolviendo la pregunta de un miembro del Tribunal Arbitral, señaló que posiblemente podrían haber conseguido una mejor oferta con el plazo de 45 días hábiles, en tanto el Estado promueve la mayor participación de postores para la contratación de servicios o bienes (1h47’ del video de la mencionada Audiencia).

4.2. Sin embargo no hay evidencia alguna sobre si esa hipótesis se dio o no en la realidad. En efecto, el MTC no ha introducido información probatoria que evidencie reclamo, consulta, observación o protesta de postor alguno en el marco de aquella licitación. Ello ha sido confirmado por el representante del MTC en la precitada Audiencia de Declaración Testimonial e Informes Orales (1h48’ del video de la mencionada Audiencia). Por el contrario, lo que ha quedado demostrado es que la licitación, con el plazo efectivamente otorgado, logró su finalidad, la contratación del equipo objeto de la licitación.

4.2.25 Si tomamos en consideración que el objeto del Concurso Internacional era la adquisición de un equipo básico para el Mejoramiento de la Capacidad del Servicio de Salvamento y

¹² Según cálculo señalado en el cuadro propuesto por AAP, no contradicho por MTC.

Extinción de Incendios en el Aeropuerto de Ayacucho¹³, se aprecia con claridad que las condiciones de desarrollo de las obras, bienes o servicios objeto del Contrato no eran de especial complejidad o magnitud. El plazo de 61 días calendario fijados en las Bases del Concurso resultan razonables, a criterio del Tribunal, para satisfacer las necesidades de los postores para conocer las condiciones del objeto de la licitación; y la diferencia con los 69 días calendario que resultaría de aplicar el mínimo de 45 días hábiles que interpreta el MTC no representa, a criterio del Tribunal, un factor relevante para la obtención de esta finalidad contractual.

4.2.26 En tal sentido, aun cuando, de acuerdo a las posiciones de las partes en este proceso arbitral, el término “días” tendría para cada una de ellas sentido o significado distintos, corresponde optar por el sentido más favorable a lograr la finalidad del Contrato que, repetimos, en este caso, era que los plazos fueran *“lo suficientemente amplios para que los postores puedan tomar en cuenta las condiciones particulares en el cual se desarrollarán las obras, su magnitud y complejidad”*.

4.2.27 En efecto, como escribe Francesco Messineo *“[c]uando se trata de expresiones, es decir, de palabras empleadas por los contratantes que involucren varios sentidos y no fuera posible establecer (“en caso de duda”) con certeza a cuál de ellos se han referido precisamente las partes, se preferirá el significado que más convenga a la naturaleza (función) y al objeto del contrato”*¹⁴

(iii) **El carácter resarcitorio de la penalidad y la consecuente evaluación de si existe un daño que reparar.**

4.2.28 Como se ha desarrollado anteriormente, de acuerdo a lo pactado en la cláusula 14.5 del Contrato, las partes han distinguido entre la aplicación de sanciones administrativas por OSITRAN y la aplicación de penalidades frente a incumplimiento de obligaciones contractuales. Es un hecho incontrovertible para el Tribunal que, en este caso, la controversia versa respecto de la aplicación de una penalidad pactada en el Contrato. Estamos entonces frente a una cláusula penal que tiene una naturaleza resarcitoria. Sin embargo, aun cuando no hay prueba, y ni siquiera apariencia de la producción de daños efectivos al MTC como consecuencia del supuesto alegado incumplimiento de fijar el plazo en días hábiles, lo cierto es que conforme al artículo 1343° del Código Civil, no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos.

4.2.29 Sin embargo, la misma norma señala que la penalidad sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor. En este punto resulta pertinente

¹³ Que según el Anexo 1 de las Bases del Concurso consistía en la adquisición un vehículo contra incendio, tres equipos de respiración y protección autónoma y seis trajes de aproximación y protección estructural, set de herramientas de salvamento y agentes extintores.

¹⁴ MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. .EJEA. Buenos Aires 1986, Tomo II. P. 118.

recordar que, como se ha señalado precedentemente, está probado y las partes convienen en que la fijación del plazo que debía mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas, fue fijado por el concedente y el concesionario en el Acta de Instalación del Comité de Concurso del 9 de diciembre de 2014, aprobado por el primero, publicado y nunca cuestionado por aquél. No se trata entonces de un incumplimiento imputable al deudor (concesionario) sino de un acuerdo de ambas partes en el Contrato. Por lo tanto, no existiendo un incumplimiento imputable al deudor, no procedía exigir el pago de la penalidad.

- 4.2.30 El análisis practicado en los párrafos que anteceden permiten al Tribunal concluir que: (i) ambas partes en el Contrato establecieron conjuntamente que el plazo que debía mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas, no debía ser menor de 45 días calendario, (ii) AAP no ha incumplido lo dispuesto en el acápite c) del numeral G2 del literal G del anexo 25 del Contrato de concesión, (iii) la penalidad impuesta mediante Oficio N° 524-2006-GSF-OSITRAN debe quedar sin efecto.

V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS Y COSTOS

- 5.1 El convenio arbitral no contiene pacto que disponga que la parte vencida pagará los gastos del arbitraje.
- 5.2 Al respecto, los artículos 69 y 73 de la Ley de Arbitraje disponen lo siguiente:

“Artículo 69.- Libertad para determinar costos.

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

“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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

- 5.3 Por su parte, los numerales 1 y 5 del artículo 42° del Reglamento al que se han sometido las partes en su convenio arbitral, establecen lo siguiente:

1. Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

a) los honorarios y los gastos de los árbitros;

b) los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;

c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y

d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

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

5.4 Atendiendo al pacto, así como a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y el REGLAMENTO, que otorgan libertad a este Colegiado, a falta de pacto expreso, para determinar los costos del arbitraje, y considerando el resultado de este arbitraje y otros factores como las circunstancias del caso y la actitud procesal de las partes, este Tribunal Arbitral considera razonable disponer que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido y que en lo que corresponde a los costos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso, ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje.

5.5 Según información proporcionada por el Centro, AAP ha asumido los costos administrativos y honorarios del Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, por lo que corresponde que el MTC reembolse el 50% de los mismos a AAP, monto que asciende a S/. 9,995.06 (Nueve mil novecientos noventa y cinco con 06/100 Soles) más IGV por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral, y S/. 3,523.27 (Tres mil quinientos veintitrés con 27/100 Soles) más IGV por concepto de gastos administrativos, más los impuestos que por ley correspondan.

VI. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

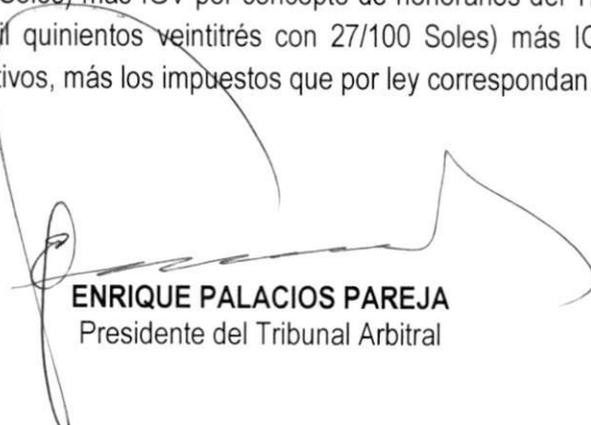
6.1 El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.



VII. DECISIÓN

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

1. INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA deducida por el MTC respecto de la Tercera Pretensión Principal de la demanda arbitral de AAP.
2. FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL declarando que para el Proceso de Contratación de la Licitación Pública Internacional para el Mejoramiento de la Capacidad del Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios en el Aeropuerto de Ayacucho, en el marco del Contrato, conforme a lo previsto en el acápite c) del numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, el plazo que debe mediar desde la fecha de publicación del primer aviso de convocatoria hasta el cierre del plazo para la presentación de ofertas, no deberá ser menor a 45 días calendario.
3. FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL declarando que AAP, en la convocatoria para la Licitación Pública Internacional llevada a cabo para la Ejecución de la Obra Nueva "Mejoramiento de la Capacidad Operativa del Servicio de Salvamento y Extinción de Incidencias SEI en el Aeropuerto de Ayacucho", no ha incumplido lo dispuesto en el acápite c) del numeral G2 del Literal G del Anexo 25 del Contrato de Concesión.
4. FUNDADA LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL ordenando: dejar sin efecto la penalidad contractual impuesta mediante Oficio N° 524-2016-GSF-OSITRAN por un monto de US\$ 132,319.21.
5. DISPONER que cada una de las partes asuma los costos de su defensa legal en el presente arbitraje, y que en lo referido a gastos administrativos y honorarios del Tribunal Arbitral, cada uno asuma el 50% de los costos en los que se ha incurrido y, por lo tanto, MTC debe reembolsar a AAP la suma de S/. 9,995.06 (Nueve mil novecientos noventa y cinco con 06/100 Soles) más IGV por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral, y S/. 3,523.27 (Tres mil quinientos veintitrés con 27/100 Soles) más IGV por concepto de gastos administrativos, más los impuestos que por ley correspondan.



ENRIQUE PALACIOS PAREJA
Presidente del Tribunal Arbitral



CARLOS SOTO COAGUILA
Árbitro



RICARDO LEÓN PASTOR
Árbitro



JAVIER ACEVEDO ARANA
Secretario Arbitral