

Δ - 46-17 -EQD.



Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio I Lima

Lima, 21 de mayo de 2018

Señores

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jirón Zorritos N° 1203, Edificio Circular, Primer Piso
Cercado de Lima.-



Atte.: A la Procuraduría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Ref.: Caso Arbitral N° 0129-2017-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral el 17 mayo de 2018 y depositado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima el 18 de mayo del mismo año.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


PAOLA DASSO ZUMARÁN
Secretaria 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 MAY 18 PM 4 55

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

Caso Arbitral N° 0129-2017

AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ S.A.
vs.
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral

Enrique Palacios Pareja (Presidente)
Gerson Gleiser Boiko
Nilo Vizcarra Ruiz

Secretaría Arbitral
Paola Dasso Zumarán

Lima, 17 de mayo de 2018

I. INDICE	
1. Marco Introductorio	p. 4
1.1. Identificación de las Partes	p. 4
1.2. Antecedentes previos a la controversia: Relación Contractual de las partes	p. 4
1.3. Petición Arbitral, Cláusula Arbitral y Conformación del Tribunal Arbitral	p. 5
1.4. Instalación del Tribunal Arbitral	p. 7
1.5. Actos Postulatorios de las Partes	p. 8
1.5.1. Interposición de la demanda	p. 8
1.5.2. Contestación de la demanda	p. 10
1.5.3. Determinación de materias de pronunciamiento del Laudo Arbitral y Admisión de Medios Probatorios	p. 12
1.5.4. Intervención de OSITRAN como tercero coadyuvante	p. 15
1.6. Audiencia de Ilustración e Informes Orales	p. 16
1.7. Cierre de Instrucción	p. 17
2. Análisis y Motivación	p. 17
2.1. Respecto de la Primera Pretensión Principal	p. 17
2.1.1. La funcionalidad de la cláusula penal según la Normatividad	p. 18
2.1.2. La cláusula penal interpretando el Contrato	p. 19
2.2. Respecto a la Segunda Pretensión Principal	p. 22
2.3. Respecto a la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal	p. 22
2.3.1. ¿El artículo 1346° del Código Civil es aplicable al caso concreto?	p. 23
2.3.1.1. Sobre la pena manifiestamente excesiva	p. 24
2.3.1.2. Sobre el cumplimiento parcial o defectuoso	p. 28
2.3.2. ¿A cuánto se puede reducir la penalidad de noventa	

y dos (92) U.I.T. impuesta por OSITRAN?	p. 29
2.4. Respecto a la Tercera Pretensión Principal	p. 31
2.4.1. Sobre los supuestos incumplimientos de AAP	p. 32
2.4.2. ¿OSITRAN puede determinar el incumplimiento de normas ambientales sin contar con la intervención de la DGASA?	p. 34
2.5. Respecto a la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal	p. 37
2.5.1. ¿El artículo 1346° del Código Civil es aplicable al caso concreto?	p. 38
2.5.2. ¿A cuánto se puede reducir la penalidad de US\$ 1'250,000.00 impuesta por OSITRAN?	p. 40
2.6. Respecto a la Cuarta Pretensión Principal	p. 42
3. Parte resolutive.	p. 42

1. MARCO INTRODUCTORIO

1.1 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 Abad
- Abogados: Dr. Arturo Aza Riva
Dr. Alejandro Manayalle

✦ Parte Demandada:

- Razón Social: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- Abogados: Alfonso Roberto Carbajal Sánchez
Kerstin Portillo Portilla
Claudia Tatiana Sotomayor Torres
Asisclo Esteban Quispe Ricaldi
Karin Jeanette Guevara Rodriguez
Richard Basualdo
David Anibal Ortiz Gaspar
Dra. Karen María Anzualdo Ríos

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

- 1.2.1 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.

- 1.2.2 Finalizado el concurso, se otorgó la buena pro de la concesión de infraestructura de transporte aéreo a 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").

1.3 PETICIÓN ARBITRAL, CLAÚSULA ARBITRAL Y CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 1.3.1 Mediante Escrito de fecha 29 de marzo 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.

- 1.3.2 AAP amparó su solicitud de inicio de arbitraje en lo estipulado en el literal b) de la cláusula 16.5.1 y el numeral (ii) de la cláusula 16.5.1 del Contrato de Concesión:

"16.5 Arbitraje

16.5.1 Modalidades de procedimientos arbitrales:

b) *Arbitraje de Derecho.- Las controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que normal el Arbitraje, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable.*

(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 N° 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"

1.3.3 Además de ello, AAP hizo mención a que si bien la Cláusula 16.4 del Contrato recoge las disposiciones relativas a la etapa de Trato Directo, como procedimiento previo al inicio del arbitraje, esta etapa habría concluido con la negativa expresa del MTC de iniciarla, tal como lo manifestara en el Oficio N° 1160-2017-MTC/25.

1.3.4 Señala AAP que, en ejecución del contrato de Concesión, el Estado determinó que AAP incumplió obligaciones contractuales a su cargo, por lo que se le impuso las siguientes penalidades contractuales:

✚ Oficio N° 501-2017-GSF-OSITRAN

Se impuso a AAP una penalidad equivalente a 92.67 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por el incumplimiento de lo establecido en el numeral 3.2 Anexo 23 y en el numeral 7.1.4 de la Cláusula Séptima, concordante con el numeral 1.3 del Apéndice 2 del Anexo 8 del Contrato de Concesión, así como lo establecido en el literal f) del punto 1.03 del numeral 1; ii) literal b) del acápite II del numeral 2, y III literal b) del acápite VII del numeral 2 del Estudio Definitivo de Ingeniería de la Obra Obligatoria "Rehabilitación del Pavimentos del Aeropuerto de Ayacucho".

✚ Oficio N° 0367-2014-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0571-2017-GSF-OSITRAN

Se impuso una penalidad equivalente a US\$ 1'250,000.00 Dólares, por el incumplimiento del numeral 12.1.5.1, concordado con el numeral 12.1.1.1 de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión, referido al incumplimiento de las normas de manejo de residuos sólidos, al verificarse el incumplimiento del artículo 18° del Reglamento de la Ley N° 27314 "Ley General de Residuos Sólidos".

1.3.5 Asimismo, AAP nombró como árbitro al abogado Gerson Gleiser Boiko.

1.3.6 A través de su Escrito presentado con fecha 19 de abril de 2017, el MTC absolvió la petición arbitral de AAP, señalando su discrepancia y oposición con la solicitud presentada por AAP y reservándose el derecho de sustentar su posición en el proceso arbitral. Además, el MTC nombró como árbitro al abogado Nilo Adriel Vizcarra Ruiz.

1.3.7 Finalmente, el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima designó como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Enrique Palacios Pareja.

1.4 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.4.1 Constituido el Tribunal Arbitral, el 21 de agosto de 2017 se emitió la Orden Procesal N° 1.

1.4.2 En la referida 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, así como las decisiones del Tribunal Arbitral; y la ley aplicable al fondo de la controversia sería la peruana.

- 1.4.3 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 N° 396, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

1.5 ACTOS POSTULATORIOS DE LAS PARTES

1.5.1 INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

- 1.5.1.1 Mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2017, AAP interpone demanda arbitral en contra del MTC, formulando el siguiente petitorio:

"II. PETITORIO

2.1 PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral declare que, conforme a lo pactado en la Cláusula 18.8 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, las penalidades contractuales a las que se refiere dicha cláusula únicamente podrán ser impuestas por el Concesionario en la medida que se verifique que el incumplimiento contractual imputado ha causado un daño efectivo.

2.2 SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral declare inválida la penalidad de 92.67 UIT impuesta por OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 0501-2017-GSF-OSITRAN de fecha 18 de enero de 2017, confirmada a través del Oficio N° 083-17-OSITRAN de fecha 15 de febrero del mismo año, al no haberse verificado daño alguno ni a la operación del Aeropuerto de Ayacucho ni al objetivo de la concesión relacionado al incumplimiento que se nos imputa ni al Concedente.

2.3 PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que en el negado caso que el Tribunal Arbitral desestime nuestra Segunda Pretensión principal, solicitamos se sirva disponer la reducción equitativa de la penalidad impuesta a AAP, al amparo del artículo 1346° del Código Civil.

2.4 TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral declare inválidas las penalidades impuestas por OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de enero de 2017 y confirmadas mediante Oficio N° 085-2017-GG-OSITRAN de fecha 16 de febrero del mismo año, las cuales ascienden en conjunto al monto total de US\$ 1'250,000.00 (Un Millón Doscientos Cincuenta Mil y 00/100 Dólares Americanos), por no haberse verificado los supuestos incumplimientos de los numeral 12.1.5.1 y 12.1.1.1 de la cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión por parte de nuestra empresa

2.5 PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, en el negado caso que el Tribunal Arbitral desestime nuestra Tercera Pretensión Principal, solicitamos se sirva disponer la reducción equitativa de la penalidad impuesta a AAP, al amparo de artículo 1346° del Código Civil.

2.6 CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se condene a la demandad al pago de los gastos del arbitraje".

1.5.1.2 Respecto a la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0501-2017-GSF-OSITRAN -confirmada a través del Oficio N° 083-17-OSITRAN-, AAP afirma que la Cláusula 18.8 del Contrato de Concesión impone los requisitos para aplicar penalidades que no se encuentren contenidas en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, por lo que a efectos de imponer penalidades, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, OSITRAN) debe de comprobar obligatoriamente (i) la magnitud del incumplimiento, (ii) los efectos y consecuencias del incumplimiento; y (iii) tener como tope máximo 100 UIT.

1.5.1.3 Para AAP, las penalidades tienen por objeto resarcir un daño; sin embargo, en el presente caso no se habría acreditado el daño por parte de OSITRAN. Por el contrario, AAP afirma que el Concedente no ha sufrido perjuicio económico alguno, ni que mucho menos se ha visto afectado el objeto de la Concesión.

1.5.1.4 En lo referido a la penalidad impuesta por Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN -confirmada mediante Oficio N° 085-2017-GG-OSITRAN- afirma AAP que, para imponerse la penalidad, debió primero verificarse el incumplimiento de normas ambientales, los cuales solo podrían ser verificados por la autoridad competente para ello. Sin embargo, OSITRAN no se encuentra facultado ni contractual ni legalmente para determinar el incumplimiento de la normativa ambiental.

1.5.1.5 Por último, señala AAP que un incumplimiento normativo debería ser constatado mediante un procedimiento previo de inspección, y del resultado de la inspección debería determinarse el inicio o no de un procedimiento sancionador. Estas etapas del procedimiento no pueden ser evitadas pues, según afirma AAP, *"al incumplimiento contractual le precede un incumplimiento normativo"*.

1.5.2 CONSTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.2.1 A través de su escrito presentado el 8 de noviembre de 2017, el MTC contestó la demanda solicitando que las pretensiones propuestas por AAP sean declaradas infundadas:

"I. PETITORIO"

Que habiendo sido notificados el martes 10 de octubre de 2017 con la demanda presentada por Aeropuertos Andinos del Perú S.A.C, y dentro del plazo de 20 días hábiles, otorgado en la Orden Procesal 1, acudimos a su despacho a fin de presentar nuestro escrito de CONTESTACIÓN DE DEMANDA, manifestando al tribunal Arbitral que negamos los argumentos expuestos por el demandante, conforme a los fundamentos fácticos y jurídicos que desarrollamos a continuación, en virtud de los cuales solicitamos que, en forma oportuna, la DEMANDA interpuesta será declarada INFUNDADA en todos sus extremos (...)"

1.5.2.2 Respecto a la penalidad impuesta ascendente a 92.67 UIT, el MTC señala que lo que AAP cuestiona no es la aplicación de la penalidad, sino el monto de la penalidad. Ello debido que para AAP, el regulador, al fijar la penalidad, no

habría cumplido con los criterios prescritos en la Cláusula 18.8 del Contrato de Concesión, Para el MTC, la determinación de la penalidad, contiene dos componentes:

- (i) el componente de magnitud, que cuantifica la distancia entre la obligación establecida en el Contrato de Concesión y las acciones realizadas u omitidas por la empresa concesionaria en relación con la misma; y
- (ii) el componente de los efectos y consecuencias, sobre las operaciones de los Aeropuertos y el objeto de la Concesión, que es estimado en función del daño o perjuicios causados sobre las operaciones de los Aeropuertos y objeto de la concesión.

1.5.2.3 Sobre la penalidad ascendente a US\$ 1'250,000.00, señala el MTC que esta ha sido impuesta debido a que AAP dispuso de residuos pétreos y excedentes de los aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado y Tacna, en lugares no autorizados por la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales (en adelante, DGASA). La Gerencia de Supervisión y Fiscalización del regulador verificó el incumplimiento del artículo 18° del Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos, al haberse confirmado que el Concesionario realizó la eliminación y disposición del material de demolición y material excedente en áreas que no tenían calidad de Depósitos de Material Excedente (en adelante, DMEs) autorizadas por DGASA.

1.5.2.4 Afirma además el MTC, que DGASA no tiene marco legal para verificar el incumplimiento del Contrato de Concesión, señalando que esta función legal la tiene OSITRAN y la misma se ejerce de conformidad con lo señalado en el Contrato de Concesión. En ese sentido, la decisión que adopta OSITRAN al imponer la penalidad al Concesionario por incumplimiento de sus obligaciones contractuales se deriva del ejercicio de la función de supervisión atribuida legalmente (Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte - Ley N° 26917, y Reglamento General de OSITRAN - Decreto Supremo N° 044-2006-PCM).

1.5.2.5 Mediante escrito presentado el 22 de noviembre de 2017, el MTC presenta al Tribunal Arbitral medios probatorios relacionados con el objeto de la controversia, ya que en su escrito de contestación de demanda se reservó tal derecho.

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

1.5.3.1 Mediante Orden Procesal N° 3 del 28 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral determino las materias de pronunciamiento del laudo arbitral, las cuales fueron las siguientes:

"5. Pretensiones de la demanda y puntos controvertidos

En la demanda se han planteado las siguientes pretensiones:

4.1. *"Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare que, conforme a lo pactado en la Cláusula 18.8 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República de Perú, las penalidades contractuales a las que se refiere dicha cláusula únicamente podrán ser impuestas por el Concesionarios en la medida se verifique que el incumplimiento contractual imputado ha causado un daño efectivo."*

4.2. *"Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare inválida la penalidad de 92.67 UIT impuesta por OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 0501-2017-GSF-OSITRAN de fecha 18 de enero de 2017, confirmada a través del Oficio N° 083-17-OSITRAN de fecha 15 de febrero del mismo año, al no haberse verificado daño alguno ni a la operación del Aeropuerto de Ayacucho ni al objetivo de la concesión relacionado al incumplimiento que se nos imputa ni al Concedente."*

4.3. *"Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en el negado caso que el Tribunal Arbitral desestime nuestra Segunda Pretensión principal, solicitamos se sirva disponer la reducción equitativa*

de la penalidad impuesta a AAP, al amparo del artículo 1346° del Código Civil."

Para resolver sobre las mencionadas pretensiones el Tribunal deberá determinar, interpretando el Contrato que vincula a las partes, la normatividad aplicable y los antecedentes relevantes, si las penalidades contractuales a que se refiere la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, pueden ser impuestas únicamente cuando se verifique que el incumplimiento contractual imputado ha causado un daño efectivo, o si por el contrario, debe considerarse que el incumplimiento haya podido afectar las operaciones o la seguridad de las mismas y que deba considerarse también la magnitud del incumplimiento; con el contenido de este segundo factor y con la aplicación de las fórmulas que se proponen en el escrito de contestación a la demanda.

4.4. "Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare inválidas las penalidades impuestas por el OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de enero de 2017 y confirmadas mediante Oficio N° 085-2017-GG-OSITRAN, de fecha 16 de enero del mismo año, las cuales ascienden en conjunto al monto total de US\$ 1'250,000.00 (Un Millón Doscientos Cincuenta Mil y 00/100 Dólares Americanos), por no haberse verificado los supuestos incumplimientos de los numerales 12.1.5.1 y 12.1.1.1 de la cláusula décimo Segunda del Contrato de Concesión por parte de nuestra empresa.

A fin de resolver esta pretensión, el Tribunal Arbitral deberá, a la luz del Contrato de Concesión, la normativa aplicable, los antecedentes y las pruebas aportadas, determinar la validez de las penalidades impuestas a AAP.

Para ello, el Tribunal Arbitral deberá previamente determinar, en el marco del Contrato de Concesión, lo siguiente:

(i) si se ha verificado que AAP ha incumplido con la Cláusula 12.1.1.1 del Contrato de Concesión; y

(ii) si se ha verificado que AAP ha incumplido con la Clausula 12.1.5.1 del Contrato de Concesión.

Asimismo, el Tribunal Arbitral evaluará si es que OSITRAN está facultado, sin intervención de DGASA, en el marco del Contrato de Concesión y de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, para fiscalizar el incumplimiento de una norma ambiental, en específico, el incumplimiento del artículo 18° del Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos - Ley N°27314

4.5 "Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: Que, en el negado caso que el Tribunal Arbitral desestime nuestra Tercera Pretensión principal, solicitamos se sirva disponer la reducción equitativa de la penalidad impuesta a AAP, al amaro del artículo 1346° del Código Civil."

Para resolver esta pretensión, el Tribunal Arbitral deberá determinar cuál es -de acuerdo al Contrato de Concesión y la normativa aplicable- el objeto de las penalidades establecidas. Una vez determinado ello, el Tribunal Arbitral evaluará si es que de acuerdo al artículo 1346° del Código Civil se debe reducir equitativamente las penalidades impuestas a AAP.

Cuarta Pretensión Principal: Que se condene a la demandada al pago de los gastos del arbitraje".

1.5.3.2 Asimismo, respecto a la admisión de medios probatorios, el Tribunal Arbitral resolvió admitir:

"PRUEBAS OFRECIDAS POR LAS PARTES

9. Del demandante: Se admiten todos los medios probatorios ofrecidos en el numeral V. "Medios Probatorios" de su escrito de demanda, los cuales van numerados del A1 al A25.

10. De demandado: En su primer otrosí digo el MTC se reservó el derecho de ofrecer posteriormente medios probatorios que se encuentren relacionados con la

controversia. El Tribunal, sobre esta pretendida reserva, la declara improcedente en razón de que en aplicación del artículo 39.2 del Decreto Legislativo 1071 “[l]as partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”. En tal sentido, esta disposición es aplicable y exigible al demandante y al demandado, sin que ninguna de las partes pueda tener un derecho de reserva a ofrecer medios probatorios en el momento en que le pueda parecer oportuno. Ello vulneraría el derecho a un trato igualitario de las partes y al normal desarrollo del proceso arbitral. Sin embargo, el MTC ha ofrecido sus medios probatorios mediante escrito en una oportunidad que el Tribunal considera razonable y que no afecta el derecho al debido proceso de la parte contraria, por lo que se admiten los medios probatorios ofrecidos por MTC en su escrito del 22 de noviembre de 2017.”

1.5.4 INTERVENCIÓN DE OSITRAN COMO TERCERO COADYUVANTE

1.5.4.1 A través de la Orden Procesal N° 3 de fecha 28 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral programó fecha de Audiencia de Ilustración de Hechos para el día miércoles 17 de enero de 2018.

1.5.4.2 Sin embargo, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2018, MTC solicitó la intervención coadyuvante de OSITRAN para ejercer el patrocinio del Estado en el presente caso. Así mismo, MTC solicitó la reprogramación de la Audiencia de Ilustración inicialmente fijada para el miércoles 17 de enero de 2018, a fin que la fecha sea posterior a que OSITRAN sea notificada válidamente con los principales actuados.

1.5.4.3 Mediante escrito de fecha 16 de enero de 2018 OSITRAN presenta un escrito al Tribunal Arbitral solicitando su incorporación al arbitraje, en calidad de coadyuvante de MTC.

1.5.4.4 A través de la Orden Procesal N° 4 de fecha 15 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) declarar improcedente el pedido de intervención de tercer coadyuvante formulado por el MTC, sin perjuicio que OSITRAN

pueda solicitar su intervención; y (ii) declarar improcedente la suspensión de la audiencia, continuándose este proceso arbitral en el estado en que se encuentre.

1.5.4.5 El 17 de enero de 2018, se llevó a cabo la audiencia de ilustración de hechos, con asistencia de los abogados de las partes. En dicha audiencia las partes solicitaron la suspensión de la Audiencia a fin que OSITRAN intervenga como tercero coadyuvante. El Tribunal Arbitral accedió al pedido de las partes, señalando que la audiencia sería reprogramada mediante una resolución posterior.

1.5.4.6 En atención a la suspensión de la audiencia y a la intervención de OSITRAN como coadyuvante, MTC a través de su escrito de fecha 17 de enero de 2018 presentó al Tribunal Arbitral copia de los principales actuados del presente arbitraje a fin que con ellos se notifique al OSITRAN y de esta manera puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

1.6 AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN E INFORMES ORALES

1.6.1 A través de la Orden Procesal N° 5 de fecha 24 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral, en atención a lo prescrito en el artículo 23.1 del Decreto Legislativo N° 1224, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81.2° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, resolvió incorporar a OSITRAN como Tercero Coadyuvante de MTC en este proceso arbitral, disponiendo que se ponga en conocimiento de OSITRAN el escrito de demanda y contestación a efectos que participe como tercero coadyuvante colaborando en la defensa de los intereses de la parte demandada en la forma en que considere pertinente conforme a la calidad que se le ha dado.

Se estableció, además, que OSITRAN podrá acompañar a MTC a las audiencias que se programen, a efectos que pueda ser escuchada su posición.

En atención a ello, se reprogramó la audiencia de ilustración para el día 6 de febrero de 2018 a las 11:30 horas. Dicha audiencia se llevó a cabo con la participación de los representantes de AAP, MTC y OSITRAN.

- 1.6.2 Por último, mediante Orden Procesal N° 6 de fecha 27 de febrero de 2018, se programó fecha de informe oral para el día 9 de marzo de 2018. A dicha audiencia asistieron los representantes de AAP, MTC y OSITRAN

1.7 CIERRE DE INSTRUCCIÓN

- 1.7.1 No habiendo más actuaciones pendientes, el Tribunal Arbitral emitió la Orden Procesal N° 8, de fecha 3 de mayo de 2018, declarando el cierre de instrucción y el inicio del plazo para emitir laudo arbitral.

2. ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN

2.1. RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Conforme ha sido indicado anteriormente, la primera pretensión principal de la demanda persigue que el Tribunal Arbitral declare que las penalidades contenidas en el numeral 18.8 del Contrato sólo podrán ser impuestas en la medida que se verifique que el incumplimiento imputado haya generado un daño efectivo.

En cuanto a esta primera pretensión, AAP solicitó al Tribunal Arbitral que ampare su pretensión, invocando el siguiente argumento: en tanto el numeral 18.8 del Contrato supone una excepción al régimen de las penalidades establecidas en el Anexo 9 del Contrato, las partes determinaron los parámetros -entre ellos, el daño- que el OSITRAN debía respetar para determinar el importe de la penalidad aplicable, de modo tal que dicha penalidad tiene una naturaleza resarcitoria.

Sobre el particular, señala MTC que AAP no ha cuestionado las imputaciones realizadas por el incumplimiento de las obligaciones señaladas en el Contrato.

En atención a ello, y como se señaló al fijarse los puntos controvertidos por este Tribunal, sin observaciones de las partes, se debe analizar, interpretando el Contrato que vincula a las partes, la normatividad aplicable y los antecedentes relevantes, si las penalidades contractuales a que se refiere la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, pueden ser impuestas únicamente cuando se verifique que el incumplimiento contractual imputado ha causado un daño efectivo o si, por el contrario, debe considerarse que el incumplimiento haya podido afectar las operaciones o la seguridad de las mismas y la magnitud del incumplimiento; con el contenido de este segundo factor y con la aplicación de las fórmulas que se proponen en el escrito de contestación a la demanda.

2.1.1. LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL SEGÚN LA NORMATIVIDAD

De acuerdo con el artículo 1341° del Código Civil, *"El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación (...)".*

De ese modo, la función indemnizatoria de la cláusula penal resulta evidente en el texto de la norma citada, por cuanto está prevista de forma expresa en ella, de manera que los sujetos de la relación obligatoria puedan pactar que, en caso uno de los contratantes incumpla, este quedará obligado al pago de una penalidad. El efecto de este pacto es limitar el resarcimiento a esta prestación pactada.

Sin embargo, según Osterling y Castillo Freyre, la funcionalidad de la cláusula penal no es estática, puesto que existen distintas funciones que

pueden ser atribuidas a dicho pacto¹. En efecto, si bien el dispositivo legal antes mencionado prescribe de forma expresa la función indemnizatoria de la cláusula penal, también es cierto que la pena contenida en dicha cláusula puede tener una función compulsiva, esto es, compeler al deudor a que cumpla con la prestación a su cargo.

Sobre el particular, Borda señala:

*"(...) la cláusula penal es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción, normalmente, más gravosa que la obligación contraída, exponiendo al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento"*² (el subrayado es agregado).

De este modo, aun cuando la norma nacional señale que el principal efecto de la penalidad pactada es de naturaleza indemnizatoria, se reconoce en la Doctrina que la aplicación de la cláusula penal también se encuentra orientada a garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

Por ello, a criterio del Tribunal, para interpretar el alcance de la cláusula 18.8 del Contrato, este Colegiado debe remitirse fundamentalmente al texto de la referida cláusula y apreciarla en el marco de un Contrato de Concesión como el que nos ocupa. De esa manera se aplicará el Contrato respetando la voluntad de las partes.

2.1.2. LA CLÁUSULA PENAL INTERPRETANDO EL CONTRATO

Según el numeral 18.8 del Contrato:

"En caso de incumplimiento de obligaciones pactadas en el presente Contrato, cuyas penalidades no estén previstas en el Anexo 9 del mismo, el OSITRAN podrá aplicar penalidades, hasta por un monto equivalente a entre 1 y 100 Unidades Impositivas Tributarias, dependiendo de la magnitud del incumplimiento y los efectos y consecuencias que la misma pueda acarrear sobre la operación de los Aeropuertos y

¹ OSTERLING, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. La funcionalidad de la cláusula penal. *Ius et Praxis*.

² BORDA, G. (1986). Tratado de derecho civil. Obligaciones (tomo I, 8.a ed.). Buenos Aires, Argentina: Perrot.

el objetivo de la Concesión, objeto del presente Contrato. (...)" (el subrayado agregado).

De acuerdo con el referido numeral 18.8, el sólo incumplimiento de obligaciones será suficiente para activar la cláusula penal. El Tribunal entiende que los elementos referidos al daño no han sido establecidos por las partes como dirigidos a generar la aplicación de la penalidad, sino a ser considerados para la cuantificación de la misma.

En ese sentido, se aprecia que de los elementos "magnitud del incumplimiento" y "efectos y consecuencias que la misma pueda acarrear" no depende que se active la penalidad, como sí depende de ellos la fijación de su monto entre 1 y 100 Unidades Impositivas Tributarias (UITs). Es decir, para la aplicación de las penalidades contenidas en el Contrato basta que AAP haya incumplido con las prestaciones a su cargo, de modo tal que no es necesario que dicho incumplimiento haya producido un daño efectivo.

El Colegiado aprecia en este caso particular que la penalidad pactada, dados los términos en que ha sido redactada, en el marco de un contrato de concesión de un servicio público, tiene una naturaleza compulsiva en tanto estipula que el sólo incumplimiento la puede activar. Pero, sin perjuicio de lo expuesto, no renuncia a su componente resarcitorio en cuanto, para determinar el monto de la pena en un rango entre 1 y 100 UITs, incorpora el elemento daño, tal como lo explicamos más adelante.

En efecto, las partes convinieron en que la magnitud del incumplimiento, así como los efectos y consecuencias que dicha conducta puedan generar, influirán en la determinación de la cuantía de la penalidad, que no podrá ser menor de 1 UIT ni mayor de 100 UITs. Estos elementos no se configuran como requisitos para la aplicación de la cláusula penal. La presencia de ambos elementos en el Contrato se encuentra dirigida única y exclusivamente a cuantificar la penalidad dentro del rango previsto, esto es, a determinar cuál será el monto a imponer como pena.

Ahora bien, el hecho que, a criterio del Tribunal, las partes hayan acordado que las penalidades puedan ser aplicadas ante el solo incumplimiento (de manera de compeler al Concesionario al cumplimiento), y que el monto sea determinado en función a la magnitud y a los efectos y consecuencias que este incumplimiento pudiera acarrear, no significa que el monto de la penalidad esté sujeta al arbitrio exclusivo de OSITRAN, o a “daños imaginarios” como ha se ha señalado por la demandante en su escrito de alegatos.

Para la aplicación de la cláusula penal debe verificarse un incumplimiento, y ese incumplimiento se ha verificado en este caso con las manifestaciones de todas las partes en el curso de este proceso arbitral y, puntualmente, con la Carta N° 651-2016-AAP emitida por el Concesionario, recibida por OSITRAN el 31 de agosto de 2016, por la que el Concesionario señala que “luego de las pruebas realizadas y los resultados obtenidos se ha decidido retirar y reponer la carpeta asfáltica en caliente en un espesor de 10 cm”.

Ahora bien, para la fijación de la cuantía de la penalidad debió identificarse, invocarse y sustentarse la magnitud del incumplimiento y los efectos y consecuencias que la magnitud del incumplimiento “pueda acarrear”. Es de la mayor importancia dejar claramente establecido que este término “pueda acarrear” no es sinónimo de arbitrariedad, ni de otorgar a OSITRAN la potestad de especular con consecuencias que sean producto de su imaginación y bajo su exclusivo criterio, sino que deben responder a un juicio o evaluación de probabilidad a través del cual se estima esa certeza en el plano causal, y que ese juicio o evaluación pueda ser explicado y sustentado bajo el criterio de razonabilidad en el plano de un contrato de concesión de un servicio público, como es el servicio aeroportuario.

En tal sentido, este Tribunal concluye que corresponde declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal.

2.2. RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

La DEMANDANTE solicitó que el Tribunal Arbitral declare inválida la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) UITs impuesta por OSITRAN mediante Oficio N° 0501-2017-GSF-OSITRAN, puesto que no se ha verificado daño alguno.

Aunque esta pretensión declarativa de invalidez se ha propuesto en la demanda como una principal, fluye con claridad que la relación que esta pretensión tiene con la anterior es de accesoriedad, dado que el pedido de declaración de invalidez de la penalidad tiene como presupuesto la inexistencia del daño efectivo invocado como elemento imprescindible para la aplicación de la penalidad. En tal sentido, al haberse declarado infundada la primera pretensión principal, señalando que para la aplicación de la cláusula penal no es necesario que se haya producido un daño efectivo, en esa misma línea corresponde a este Tribunal declarar INFUNDADA esta segunda pretensión declarativa.

2.3. RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

AAP solicita que, en el negado supuesto que se desestime la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral disponga la reducción equitativa de la penalidad impuesta por OSITRAN, al amparo del artículo 1346° del Código Civil.

En relación a esta pretensión subordinada, MTC manifiesta que el Código Civil se aplica de forma supletoria, de forma tal, que solo se aplicaría en caso que no se hayan previsto reglas específicas en el Contrato.

Ante ello, este Tribunal debe analizar (i) si corresponde reducir equitativamente el monto de la penalidad impuesto por OSITRAN a la luz del artículo 1346° del Código Civil y, de corresponder, (ii) a cuanto se puede reducir dicha penalidad, atendiendo a la fórmula utilizada por OSITRAN para imponer la penalidad de noventa y dos (92) UITs.

2.3.1. ¿EL ARTÍCULO 1346° DEL CÓDIGO CIVIL ES APLICABLE AL CASO CONCRETO?

En su escrito de demanda, AAP sostiene que corresponde aplicar el artículo en cuestión por cuanto el acreedor - MTC- no ha sufrido perjuicio alguno. Esto es, la DEMANDANTE señala que, si el MTC no ha sufrido ningún perjuicio, carece de sentido mantener la penalidad.

Por su parte, el MTC indica que el Código Civil solo se aplica en caso el Contrato no haya asignado reglas para determinados supuestos. De ese modo, para la DEMANDADA no corresponde aplicar el artículo 1346° del Código Civil en tanto el Contrato señala reglas aplicables para la determinación del monto de la penalidad.

En atención al vínculo contractual que existe entre AAP y el MTC, este Tribunal considera que las disposiciones del Código Civil resultan aplicables al caso concreto. Y pasamos a explicar por qué. Si bien las relaciones derivadas de las contrataciones con el Estado tienen un vínculo con el derecho administrativo y se aplican los principios contenidos en él, no debe perderse de vista que -en definitiva- se trata de una relación contractual en la que las partes hacen uso de instituciones civiles sobre las que el Código Civil tiene regulaciones no previstas en otras fuentes normativas o contractuales (como por ejemplo la posibilidad de reducción de la penalidad) y, por tanto, son de aplicación las normas del Código Civil.

Por lo demás, el numeral 1.74 del Contrato señala lo siguiente:

"Leyes Aplicables", es el conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato en caso de vacío o con fines complementarios. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los decretos supremos, los reglamentos, las directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las Partes".

A criterio del Tribunal la cláusula transcrita revela con claridad que las partes no han impuesto limitación alguna sobre la aplicación del Código Civil. Por el contrario, se aprecia una remisión indirecta a él en cuanto se hace referencia a la aplicación de normas con rango de ley, como evidentemente lo es el Código Civil.

En ese orden de ideas, corresponde analizar si, a la luz del artículo 1346° del Código Civil cabe reducir equitativamente el monto de la penalidad impuesta por el OSITRAN. Según el mencionado artículo *"El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida"*.

De este texto normativo se infiere que, para aplicar el artículo 1346° del Código Civil, deben presentarse uno de los siguientes elementos: (i) que dicha cláusula contenga una pena manifiestamente excesiva o (ii) que se haya producido un cumplimiento parcial o defectuoso.

2.3.1.1. SOBRE LA PENA MANIFIESTAMENTE EXCESIVA

Según han señalado MTC y OSITRAN, la imposición de la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) UITs responde a la aplicación de la siguiente fórmula:

$$0.25(m) + 0.75(e) = \text{Penalidad}$$

Donde:

m = magnitud del incumplimiento

e = efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera
acarrear

Asimismo, OSITRAN dejó constancia de que (i) la magnitud del incumplimiento podía ser menor o igual a veinticinco (25) UITs y (ii) los

efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera acarrear podría ser menor o igual a setenta y cinco (75) UITs.

En ambos casos, OSITRAN aplicó el máximo valor posible, pues a criterio del OSITRAN tanto la magnitud como los efectos y consecuencias del incumplimiento clasifican como graves.

Al respecto, en la Audiencia de Informes Orales, OSITRAN aclaró que sólo aplicó el 70.69% del 25% correspondiente a la magnitud del incumplimiento. Este ajuste fue realizado debido a que no fue posible establecer un ratio de incumplimiento que cuantifique la brecha entre la obligación establecida en el Contrato y el incumplimiento, por lo que se tuvo que calificar el grado del incumplimiento en función de criterios cualitativos progresivos.

Dicha brecha fue calculada del modo siguiente:

$$\text{Ratio} = X/Y$$

Donde:

$X = \text{Inversión de la obra sin atender a los EDI} - \text{S/ } 8'988,735.43$

$Y = \text{Inversión requerida para el 100\% de la obra} - \text{S/ } 12'714,824.38$

Entonces:

$$\text{Ratio} = \frac{8'988,735.43}{12'714,824.38}$$

$$\text{Ratio} = 70.69$$

De ese modo, la fórmula aplicada al caso concreto fue la siguiente:

$$70.69\%[25\%(m)] + 75\%(e) = \text{Penalidad}$$

Pues bien, teniendo en cuenta la fórmula utilizada para calcular la penalidad impuesta por el OSITRAN, corresponde aplicarla en función a lo dispuesto por el numeral 18.8 del Contrato.

Según dicho numeral:

“En caso de incumplimiento de obligaciones pactadas en el presente Contrato, cuyas penalidades no estén previstas en el Anexo 9 del mismo, el OSITRAN podrá aplicar penalidades, hasta por un monto equivalente a entre 1 y 100 Unidades Impositivas Tributarias, dependiendo de la magnitud del incumplimiento y los efectos y consecuencias que la misma pueda acarrear sobre la operación de los Aeropuertos y el objetivo de la Concesión, objeto del presente Contrato. (...)”

Interpretando el numeral 18.8 del Contrato, este Tribunal concluye que, para poder cuantificar la penalidad, se debe fundamentar la magnitud y los efectos y consecuencias que el incumplimiento pueda acarrear.

Sobre lo primero, el Tribunal aprecia que OSITRAN ha cumplido con explicar cómo ha arribado al monto correspondiente, tal y como se ha desarrollado al inicio del presente acápite. No obstante, dicha entidad no ha presentado fundamentos que demuestren por qué corresponde asignar el valor de 75 U.I.T. a los efectos y consecuencias.

En efecto, en la Audiencia de Informes Orales, el OSITRAN manifestó que los efectos y consecuencias *“no se pudieron expresar numéricamente. Se recurrió a una valoración cualitativa sustentada en un informe de la Jefatura de Contratos aeroportuarios (Informe 501-2016-JCA-GSF-OSITRAN) que estableció que dicho incumplimiento podía acarrear efectos graves, por lo que, de acuerdo a la metodología se le asignó el valor de 75 U.I.T.”*³ (el subrayado es agregado).

A criterio del Tribunal, el hecho de que los efectos y consecuencias *“no se pudieron expresar numéricamente”* responde a que no se ha probado en este proceso cuáles pudieran haber sido los daños que podrían haberse producido

³ Ver diapositiva 12 de la presentación de Audiencia de Informes Orales, realizada el 9 de marzo de 2018.

como consecuencia del incumplimiento. En efecto, tanto MTC como OSITRAN han manifestado que el incumplimiento de AAP pudo haber generado explosiones en los motores de los aviones con la consecuente pérdida de vidas humanas y que ha afectado el objeto del Contrato de Concesión.

Sin embargo, no han aportado medio probatorio alguno que técnicamente pruebe o que permita inferir razonablemente esa posibilidad. Al no existir dicha prueba, no se ha probado tampoco el impacto económico, que pueda ser expresado numéricamente.

A mayor abundamiento, de la lectura del numeral 83 del rubro "V. DE LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS QUE EL INCUMPLIMIENTO PUEDE ACARREAR SOBRE LAS OPERACIONES DEL AEROPUERTO Y EL OBJETIVO DE LA CONCESIÓN, OBJETO DEL CONTRATO" que forma parte Informe N° 501-2016-JCA-GSF-OSITRAN de fecha 6 de julio de 2016⁴, se aprecia que en él se hace referencia, como posibles efectos y consecuencias derivados del incumplimiento de AAP a⁵:

- (i) *"Que la superficie del área pavimentada se encuentra a nivel de sellado asfáltico y no a nivel de carpeta asfáltica en caliente (...)"*.
- (ii) *"Que (...) se evidenciarían fallas (...) en la superficie del área de movimiento, las cuales conllevarían a que se realicen con mayor frecuencia actividades de mantenimiento preventivo o mantenimiento correctivo (...) a fin de garantizar la continuidad de las operaciones aéreas ..."*
- (iii) *"Que se adelanten los trabajos (...) al no haberse cumplido con la vida útil del pavimento, conllevando a que se restrinjan los horarios de las operaciones aéreas a fin de efectuar dichos trabajos de rehabilitación"*.
- (iv) *"Que, al no restablecerse las condiciones del pavimento (...) la resistencia de los pavimentos se reducirá y por lo tanto con el tiempo se limitaría las operaciones de las aeronaves que actualmente hacen uso de dicho aeropuerto"*.

⁴ Anexo "Prueba B-27" del escrito del MTC presentado con fecha 22 de noviembre de 2017.

⁵ Ver página 23 del referido Informe.

Como puede apreciarse, los “efectos y consecuencias” que sustentan la aplicación de la penalidad por MTC ⁶ en realidad están referidos al incumplimiento de obligaciones propias del Contrato de Concesión (la superficie no es la pactada, la vida útil no será la esperada, la resistencia se reducirá) o a supuestas consecuencias que no han sido acreditadas por el MTC o que han sido desacreditas por AAP (continuidad de operaciones aéreas, restricción de horarios de operaciones, limitación de operaciones aéreas).

En consecuencia, este Tribunal considera que se presenta una pena manifiestamente excesiva, por cuanto ni el MTC ni el OSITRAN han cumplido con fundamentar la imposición de 75 U.I.T. derivada de los “efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera acarrear”.

2.3.1.2. SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O DEFECTUOSO

Si bien en su escrito de demanda AAP señala que las imputaciones realizadas por el MTC consisten en supuestos incumplimientos, este Tribunal advierte que AAP incumplió con la prestación a su cargo.

Según consta en la demanda, antes que demostrar el cumplimiento de su prestación, AAP centra su argumentación en negar la existencia de un daño efectivo que permita a MTC imponer la penalidad establecida en el Contrato. Resultaría ilógico centrar la discusión sobre el elemento “daño” si es que previamente no se ha producido un incumplimiento, toda vez que el daño supone el desarrollo de una conducta que, en el caso de la relación obligatoria, es que el deudor no cumpla con la prestación a su cargo.

En ese sentido, para que se genere un daño indemnizable es necesario que previamente se haya producido una situación de incumplimiento.

Por lo demás, este Tribunal considera que sí hubo un incumplimiento por parte de AAP, al punto que en la Audiencia de Ilustración de Hechos, el

⁶ Dichos “efectos y consecuencias” son además citados en el Informe N° 004-2017-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 17 de enero de 2017.

propio AAP reconoció la existencia de incumplimiento, por lo que el conflicto versa sobre el carácter potencial del daño señalado en el numeral 18.8 del Contrato.

No siendo de aplicación el supuesto referido a un "cumplimiento parcial o defectuoso", pues ha existido un incumplimiento imputable a AAP, subsiste el supuesto referido a la "pena manifiestamente excesiva", a la que este colegiado se ha referido en el numeral 2.3.2 precedente. En esa medida, y atendiendo a que el artículo 1346° del Código Civil señala dichos supuestos como alternativos para la reducción de la penalidad, este Tribunal considera que, en tanto se ha cumplido con uno de ellos, corresponde reducir la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) UITs. impuesta por el OSITRAN.

2.3.2. ¿A CUÁNTO SE PUEDE REDUCIR LA PENALIDAD DE NOVENTA Y DOS PUNTO SESENTA Y SIETE (92.67) U.I.T. IMPUESTA POR OSITRAN?

Como se mencionó en el apartado precedente, interpretando el numeral 18.8 del Contrato, se concluye que, para efectos de la determinación del monto de penalidad a imponer, resulta indispensable fundamentar la magnitud del incumplimiento, así como los efectos y consecuencias que este pueda acarrear.

En ese sentido, una correcta aplicación de la penalidad contenida en el numeral 18.8 del Contrato supone que OSITRAN presente los criterios o métodos utilizados para asignarle un valor a los elementos que serán utilizados en la fórmula.

Según señaló el Tribunal, OSTIRAN señaló que el grado del incumplimiento se cuantificó en función de criterios cualitativos progresivos, debido a que no fue posible establecer un ratio de incumplimiento que cuantifique la brecha entre la obligación establecida en el Contrato y el incumplimiento mismo. De ese modo, dicha entidad aclaró que sólo aplicó el 70.69% del valor correspondiente a la magnitud del incumplimiento.

En consecuencia, el elemento denominado "magnitud del incumplimiento" fue cuantificado de la siguiente manera:

$$\text{Ratio} = 70.69 \quad m \leq 25 \text{ U.I.T.}$$

$$70.69\% (25 \text{ U.I.T.}) = \text{Penalidad por magnitud del incumplimiento}$$

$$17.67 \text{ U.I.T.} = \text{Penalidad por magnitud del incumplimiento}$$

No obstante, en cuanto a los efectos y consecuencias, OSITRAN no ha señalado los criterios utilizados para determinar qué elemento debe ser clasificado como grave. De ese modo, y como señaló el Tribunal, dicha entidad declaró no haber podido expresar numéricamente los efectos y consecuencias, por lo que se recurrió a una valoración cualitativa y se asignó el valor de 75 U.I.T.

Pues bien, atendiendo a la fórmula utilizada para el cálculo de las penalidades y a la metodología aplicada por OSITRAN para determinar los valores de los elementos contenidos en dicha fórmula, este Tribunal considera que, en este caso concreto, el concepto referido a la magnitud del incumplimiento es el único que cabe ser tomado en cuenta para el cálculo de la penalidad.

En efecto, el elemento magnitud del incumplimiento fue sustentado por OSITRAN en la aplicación de la penalidad, a través del ratio antes señalado. En cambio, respecto a los efectos y consecuencias, este Tribunal advierte que fue impuesto sin sustento alguno acerca de los daños que pudieran generarse ni su estimación patrimonial, por lo que no corresponde ser utilizado en la cuantificación de la penalidad.

En tal sentido, este Tribunal considera que la fórmula desarrollada por el OSITRAN debió ser aplicada del siguiente modo:

$$70.69\%(m) + (e) = \text{Penalidad}$$

Donde:

$$m = 25 \text{ U.I.T.}$$

$$e = 0 \text{ U.I.T.}$$

Entonces:

$$70.69\%(25 \text{ U.I.T.}) + (0) = \text{Penalidad}$$

$$17.67 \text{ U.I.T.} = \text{Penalidad}$$

En tal sentido, este Tribunal concluye que corresponde declarar FUNDADA la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal y, en consecuencia, corresponde reducir la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) U.I.T. impuesta por el OSITRAN a diecisiete punto sesenta y siete (17.67) U.I.T.

2.4. RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

La DEMANDANTE solicitó que el Tribunal Arbitral declare inválidas las penalidades ascendentes a la suma de US\$ 1'250,000.00 (Un Millón Doscientos Cincuenta Mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) impuestas por OSITRAN mediante Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN, por cuanto no se han verificado los supuestos incumplimientos de los numerales 12.1.5.1. y 12.1.1.1. del Contrato.

En cuanto a esta pretensión, AAP manifiesta que las imputaciones de incumplimiento fueron notificadas con posterioridad a la obtención de las aprobaciones de DME. Asimismo, dicha empresa señala que, no solo ha cumplido con obtener los DME correspondientes, sino que OSITRAN no es competente para determinar si se ha incumplido con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos.

Por su parte, MTC señala que, de conformidad con la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura, OSITRAN tiene como función velar

por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública.

En atención a ello, este Tribunal debe analizar si (i) AAP ha incumplido con los numerales 12.1.1.1 y 12.1.5.1 del Contrato y (ii) si OSITRAN está facultado, sin intervención de DGASA, para determinar el incumplimiento de una norma ambiental.

2.4.1. SOBRE LOS SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS DE AAP

Según consta en el Informe N° 003-2017-JFI-GSF-OSITRAN, contenido en el Oficio N° 0367-2017-GSF-OSITRAN, AAP habría incumplido con los numerales 12.1.1.1 y 12.1.5.1 del Contrato.

Dicho informe señala que, mediante Carta N° 016-2015-AAP de fecha 9 de enero de 2015, AAP remitió el Informe Mensual de Avance de Obra correspondiente al mes de diciembre de 2014, el cual fue observado por OSITRAN señalando que no se presentaron constancias de disposición final de los residuos pétreos y excedente hacia un DME debidamente autorizado.

Por su parte, a través de su escrito de fecha 2 de febrero de 2017, AAP indica que los DME de los aeropuertos de Arequipa, Ayacucho, Juliaca, Puerto Maldonado y Tacna se encontraban pendientes de aprobación.

El numeral 12.1.5.1 del Contrato de Concesión señala que:

“El CONCESIONARIO deberá cumplir, como parte de su gestión ambiental, con las normas legales referidas al manejo de residuos sólidos y residuos sólidos peligrosos, manejo de materiales peligrosos, uso de agua, vertimiento de agua y residuos líquidos, ruido, calidad de agua, calidad de aire, consumo de hidrocarburos, zonificación, entre otros aspectos ambientales regulados por legislación peruana” (el subrayado es agregado).

Nótese que la obligación contraída por AAP versa sobre el cumplimiento de normas legales –específicamente, normas ambientales– las cuales no sólo

imponen obligaciones de hacer, tales como obtener determinada autorización, sino también obligaciones de no hacer, como puede ser la prohibición de realizar determinada conducta. Esto es, en virtud del numeral citado en el párrafo precedente, AAP se obligó a cumplir con las normas ambientales, sea que estas impongan obligaciones de hacer o de no hacer.

Es el caso que el Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos, aprobado por Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, norma aplicable en el marco del Contrato, impone una obligación de no hacer a los administrados.

Literalmente, el artículo 18° del citado Reglamento señala lo siguiente:

*“Artículo 18.- Prohibición para la disposición final en lugares no autorizados
Está prohibido el abandono, vertido o disposición de residuos en lugares no autorizados por la autoridad competente o aquellos establecidos por ley. (...)” (el subrayado es agregado).*

Sobre el particular, este Tribunal advierte que existe un período en el que AAP desarrolló la construcción de los aeropuertos sin contar con un DME autorizado, puesto que el Contrato fue suscrito en el año 2012 y la autorización de los DME fue solicitada 3 años después, esto es, en el 2015.

A criterio del Tribunal, el hecho de que AAP haya señalado que las autorizaciones de los DME se encontraban pendientes de aprobación demuestra que hubo un incumplimiento por parte de dicha empresa, respecto de la obligación de no hacer contenida en el Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos. En efecto, si las autorizaciones fueron solicitadas en el año 2015 y aprobadas en el año 2016, es porque hasta antes de las fechas señaladas AAP no contaba un DME autorizado.

En consecuencia, este Tribunal considera que AAP incumplió con los numerales 12.1.1.1 y 12.1.5.1 del Contrato, por cuanto desarrolló la construcción de los aeropuertos sin contar con un DME autorizado desde la fecha de suscripción del Contrato hasta la fecha de aprobación de los DME.

2.4.2. ¿OSITRAN PUEDE DETERMINAR EL INCUMPLIMIENTO DE NORMAS AMBIENTALES SIN CONTAR CON LA INTERVENCIÓN DE DGASA?

Teniendo en cuenta que la DEMANDANTE ha incumplido con la prestación contenida en los numerales 12.1.1.1 y 12.1.5.1 del Contrato, corresponde a este Tribunal determinar si OSITRAN puede determinar el incumplimiento de normas ambientales sin contar con la intervención de DGASA.

Para ello, en virtud del principio de legalidad, este Tribunal considera que es necesario tener en cuenta el marco legal de OSITRAN.

De acuerdo con el literal a) del artículo 5 de la Ley N° 26917, OSITRAN tiene como principal objetivo, *“velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte”*. En otras palabras, dicho artículo faculta a OSITRAN a vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión.

Adicionalmente, para efectos del cumplimiento del objetivo señalado en el párrafo precedente, la Ley N° 26917 confiere a OSITRAN distintas atribuciones, específicamente, la atribución fiscalizadora.

Según el numeral 3 del artículo 6 de la norma antes mencionada, *“la atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de importar sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes”*. Esto es, OSITRAN no solo podrá fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión, sino también imponer las sanciones correspondientes ante eventuales incumplimientos.

Ahora bien, atendiendo a las atribuciones legales de OSITRAN, las partes convinieron en facultar a este organismo regulador a imponer penalidades en

caso de incumplimiento. Es así, que a través del numeral 18.1 del Contrato las partes acordaron lo siguiente:

“OSITRAN, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. En ese sentido, en caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, OSITRAN comunicará al CONCESIONARIO con copia al CONCEDENTE del incumplimiento detectado y le indicará al mismo los mecanismos de subsanación correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 9” (el subrayado es agregado).

En consecuencia, el Contrato no es la única fuente de la facultad de OSITRAN de imponer penalidades en caso de incumplimiento. Es decir, dicha atribución no sólo se encuentra atribuida contractualmente, sino legalmente, por cuanto la Ley N° 26917 confiere al OSITRAN dichas atribuciones.

Cabe señalar que el marco legal de OSITRAN señala que la regulación de determinados aspectos se encuentra reservada a entidades ajenas a OSTIRAN. Es decir, aun cuando OSITRAN tenga competencia para velar por el cumplimiento de normas ambientales, la Ley N° 26917 establece excepciones a esta atribución.

Sin embargo, dichas excepciones cuentan con una reserva de ley, de forma tal que solo aquellas entidades que -en virtud de la ley- cuentan con facultades para regular el cumplimiento de disposiciones ambientales, podrán desplazar a OSITRAN como entidad competente.

Al respecto, la Ley N° 26917 señala lo siguiente:

“7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos

aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades"
(el subrayado es agregado).

Es el caso que AAP cuestiona la competencia de OSITRAN para imponer las penalidades vinculadas al cumplimiento de las normas ambientales, señalando que DGASA es la autoridad competente en materia ambiental

Sobre el particular, este Tribunal advierte que, si bien DGASA es un órgano del MTC, cuyo principal objetivo es velar por el cumplimiento de las normas socio ambientales⁷, no cuenta con facultades atribuidas mediante ley. La norma de creación de este órgano -que, además, desarrolla cuáles son sus atribuciones- es el Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2007-MTC.

En ese sentido, el Tribunal considera que la excepción señalada en artículo 7° de la Ley N° 26917 no contiene a DGASA, por cuanto este órgano no cumple con la reserva de ley antes mencionada.

Siendo ello así, este Tribunal advierte que (i) atendiendo a la atribución fiscalizadora del OSITRAN, la común intención de las partes fue otorgar al regulador la facultad de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato y, de ser el caso, imponer penalidades ante eventuales incumplimientos; y, (ii) no es necesario que DGASA determine el incumplimiento, por cuanto OSITRAN cuenta con las atribuciones legales para ello.

En tal sentido, el Tribunal concluye que corresponde declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la demanda.

7 De acuerdo con el artículo 73° del Reglamento de Organización y Funciones del MTC, "La Dirección General de Asuntos Socio- Ambientales es un órgano de línea de ámbito nacional que ejerce la Autoridad Ambiental Sectorial y se encarga de velar por el cumplimiento de las normas socio-ambientales, con el fin de asegurar la viabilidad socio ambiental de los proyectos de infraestructura y servicios de transporte".

2.5. RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

AAP solicita que, en el negado supuesto que el Tribunal no amparase su Tercera Pretensión Principal se proceda a la reducción equitativa de la penalidad impuesta a AAP, al amparo del artículo 1346 del Código Civil.

A criterio de AAP, OSITRAN ha impuesto cinco (5) penalidades idénticas, las cuales responden a una misma supuesta conducta infractora, tal y como consta en el Informe N° 003-2017-JFI-GF-OSITRAN⁸.

En ese sentido, AAP manifiesta que (i) debe valorarse que las autorizaciones fueron finalmente emitidas por la autoridad competente –esto es, DGASA– a favor de APP; y, (ii) la cifra impuesta por concepto de penalidad resulta excesiva y desproporcionada. Asimismo, AAP señala que DGASA no impuso sanción alguna por la supuesta infracción contractual imputada.

Por su parte, el MTC señala que el objeto de la penalidad es sancionar el incumplimiento de las obligaciones de APP, por lo que, aun cuando AAP haya obtenido en forma extemporánea las autorizaciones de DGASA, no subsana el incumplimiento ni anula las penalidades aplicadas por OSITRAN.

Para el MTC no corresponde reducir las penalidades, toda vez que fueron correctamente aplicadas por OSITRAN y según sus atribuciones contractuales. Asimismo, dicha entidad señala que el Código Civil es una norma que se aplicaría en forma supletoria y siempre que el Contrato no haya establecido reglas específicas, lo cual, a criterio de MTC no ocurre en el presente caso.

Para OSITRAN las penalidades contractuales no pueden ser reducidas, por cuanto estas fueron pactadas y, por tanto, aceptadas por las partes, debiendo ser respetadas por AAP, quien no las observó o comentó durante la Licitación Pública.

⁸ Ver Anexo 19 de la Demanda.

Según su posición, la finalidad de la cláusula penal es justamente reducir costos de transacción para no tener que recurrir a la vía jurisdiccional o arbitral para determinar el costo del incumplimiento, y para su aplicación basta que exista un incumplimiento como lo han demostrado durante el proceso.

2.5.1. ¿EL ARTÍCULO 1346° DEL CÓDIGO CIVIL ES APLICABLE AL CASO CONCRETO?

Tal como fue desarrollado para resolver la Segunda Pretensión Subordinada, numeral 2.3.1, a cuyo análisis nos remitimos, el Tribunal concluyó que es posible aplicar el artículo 1346° del Código Civil y que, para ello, deben presentarse uno de los siguientes elementos: (i) que dicha cláusula contenga una pena manifiestamente excesiva o (ii) que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular.

Según los numerales 12.1.1 y 12.5.1 del Contrato, era obligación de AAP cumplir con las normas legales referidas al manejo de residuos sólidos. El artículo 18° del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos (Decreto Supremo N° 057-2004-PCM), establece que está prohibido el abandono, vertido o disposición de residuos en lugares no autorizados por la autoridad competente o aquellos establecidos por ley.

Es un hecho probado que en el periodo 2012-2014 AAP depositó el material excedente en los DME sin contar en su oportunidad con la autorización de DGASA. Por lo tanto, incumplió con la normativa ambiental y correspondió aplicarle penalidad.

Sin embargo, tal como ha sido acreditado por AAP en el Anexo A16 de su demanda, a través de las Resoluciones Directorales 163-2016-MTC/16, 264-2016-MTC/16, 525-2016-MTC/16, 542-2016-MTC/16, 652-2016-MTC/16, DGASA autorizó los DME utilizados por AAP en los cinco aeropuertos, hecho que ha sido reconocido tanto por MTC como por OSITRAN. Es claro que las

autorizaciones obtenidas por AAP son posteriores al período señalado en el párrafo precedente.

Dichos medios probatorios causan convicción en este Tribunal de lo siguiente:

- (i) existieron los incumplimientos formales advertidos en el periodo 2012-2014
- (ii) los incumplimientos consistieron en depositar residuos sólidos en depósitos no autorizados al momento de verter los residuos
- (iii) los depósitos utilizados fueron posteriormente autorizados por DGASA.

Según las Actas de Supervisión Socio Ambiental suscritas por representantes de DGASA y AAP, contenidas en el Anexo A17 de la demanda, las observaciones sobre el incumplimiento señalado fueron atendidas.

A criterio del Tribunal, la obtención extemporánea de cada una de las autorizaciones de los DME constituye cumplimiento tardío de la obligación normativa a que se refiere el artículo 18º del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos. En efecto, la norma citada impuso a AAP la ejecución de un hecho (solicitar autorización para el uso de los DME) en una oportunidad determinada. De este modo, el tiempo (o la oportunidad) constituye un principio para la ejecución de un hecho que el obligado debe realizar; principio previsto en el artículo 1148º del Código Civil, según el cual “el obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados”.

Pero en este caso, AAP ha ejecutado el hecho de manera tardía, con posterioridad a la oportunidad que le impuso la normativa ambiental, transgrediendo así el principio previsto en el citado 1148º del Código Civil, según el cual el hecho debe cumplirse en el plazo y modo previstos. Estamos entonces ante un cumplimiento irregular de la prestación de hacer, en tanto y en cuanto “es contraria a regla, norma o principio”⁹.

⁹CABANELLAS Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. OMEBA. Argentina 1968. Tomo II. P 435

Así las cosas, la penalidad de US\$ 1'250,000.00 ha sido impuesta como consecuencia de un cumplimiento irregular de la normativa medio ambiental, el que por lo demás no ha producido daño alguno. Reiteramos, AAP no cumplió oportunamente con obtener las autorizaciones correspondientes a los DME, lo que obtuvo con posterioridad.

En consecuencia, este Tribunal considera que se presenta uno de los elementos previstos en el artículo 1346° del Código Civil para la reducción de la pena, en tanto la obligación ha sido irregularmente cumplida.

2.5.2 A CUÁNTO SE PUEDE REDUCIR LA PENALIDAD DE US\$ 1'250,000.00 IMPUESTA POR OSITRAN?

Este Tribunal considera que, de un lado, no puede soslayarse, conforme lo ha señalado este Colegiado de manera precedente, no sólo la existencia de una penalidad previa y expresamente tasada por las partes, sino sobre todo la naturaleza compulsiva de dicha penalidad. A través de dicho instrumento no sólo se busca evitar que las partes se vean en la necesidad de litigar para fijar la determinación de la cuantía de los montos derivados de los incumplimientos que puedan darse sino que también cumple una función desincentivadora del incumplimiento.

Asimismo, y aunque la decisión empresarial de obtener la aprobación de DGASA para los DME luego de culminados los trabajos fue una y se replicó en todos los aeropuertos, resulta cierto también que, no sólo requirió tramitar y obtener cinco diferentes autorizaciones, una para cada aeropuerto, sino que dicha única decisión se ejecutó en cinco localidades y oportunidades diferentes.

Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal señala que es necesario tener en cuenta que la omisión inicial de AAP -al no contar en su oportunidad con la aprobación de los DME por parte de DGASA - fue corregida posteriormente por dicha empresa, tal como consta en las resoluciones administrativas emitidas por la autoridad competente en materia ambiental, léase DGASA. En ellas no se dejó constancia de daño ambiental alguno.

En consecuencia, si la obligación fue cumplida irregularmente, y los materiales excedentes no constituían material tóxico, contagioso o particularmente dañino para la salud de las personas y la autoridad ambiental no verificó daño alguno, este Tribunal considera que la imposición de una penalidad ascendente a US\$ 1'250,000.00 (US\$ 250,000.00 x (5) por cada aeropuerto) resulta manifiestamente excesiva.

Ello se motiva, complementariamente, de la siguiente manera: Para el Tribunal, independientemente y sin perjuicio que estas penalidades tasadas tengan una función desincentivadora del incumplimiento, de manera de compeler al Concesionario a cumplir con las normas ambientales, no puede dejar de considerarse que el monto de la penalidad, para que sea razonable, debe tomar en consideración el grado del incumplimiento y las consecuencias que este haya generado o podido generar. Ello es resultado también de una interpretación sistemática del contrato de concesión, en el que se aprecia que cuando las partes regularon en la cláusula 18 las penalidades no tasadas en el Anexo 9, para determinar el monto de las mismas incorporaron dichos elementos: la magnitud del daño y sus posibles efectos y consecuencias, lo cual ha sido desarrollado precedentemente al resolver la segunda pretensión. El Tribunal no encuentra razones para inaplicar este método interpretativo o razonamiento en la aplicación de la penalidad que en este momento nos ocupa.

Así, considerando que los materiales de desecho no fueron materiales peligrosos, que no se produjeron daños, que el incumplimiento fue subsanado antes de la aplicación de la penalidad, resulta razonable que la penalidad sea reducida a US\$ 275,000.00, es decir US\$ 55,000.00 x (5), por cada aeropuerto .

En virtud de los puntos antes desarrollados, corresponde declarar fundada la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la demanda, reduciendo la penalidad a la suma total de US\$ 275,000.00 por los cinco aeropuertos por el incumplimiento de no contar con la autorización de los DME.

2.6. RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

El Tribunal considera que ambas partes han tenido razones suficientes para litigar y llevar adelante el presente arbitraje y que no se trata de una acción arbitraria, temeraria o maliciosa de ninguna de ellas. Además considera que la conducta de ambas en el desarrollo del mismo ha sido correcta, por lo que concluye que los costos y gastos arbitrales deben ser asumidos en partes iguales por ellas, con excepción de los costos y gastos de su propia defensa que deben ser asumidos por cada una de las partes.

Sobre los costos y gastos arbitrales el Tribunal los determina de la siguiente manera: (I) Honorarios del Tribunal, S/88,047.85, (II) costos y gastos administrativos S/28,372.48.

3. PARTE RESOLUTIVA

De acuerdo con lo expuesto el Tribunal resuelve la controversia surgida en la forma siguiente:

Primero: Declarar **INFUNDADA** la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por lo que el Tribunal Arbitral determina que para la aplicación de la cláusula penal no es necesario que se haya producido un daño efectivo.

Segundo: Declarar **INFUNDADA** la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por cuanto la relación que esta pretensión tiene con la anterior es de accesoriedad, dado que el pedido de declaración de invalidez de la penalidad tiene como presupuesto la inexistencia del daño efectivo invocado como elemento imprescindible para la aplicación de la cláusula penal, por lo que la penalidad de 92.67 UITs impuesta por OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 0501-2017-GSF-OSITRAN de fecha 18 de enero de 2017, confirmada a través del Oficio N° 083-17-OSITRAN de fecha 15 de febrero del mismo año es válida.

Tercero: Declarar **FUNDADA** la PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL; en consecuencia, el Tribunal Arbitral determina reducir la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) UITs. impuesta por el OSITRAN a diecisiete punto sesenta y siete (17.67) UITs.

Cuarto: Declarar **INFUNDADA** la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por lo que el Tribunal Arbitral determina que las penalidades impuestas por OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de enero de 2017 y confirmadas mediante Oficio N° 085-2017-GG-OSITRAN de fecha 16 de febrero del mismo año, las cuales ascienden en conjunto al monto total de US\$ 1'250,000.00 son válidas.

Quinto: Declarar **FUNDADA** la PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral determina reducir la penalidad a la suma total de US\$ 275,000.00 por los cinco aeropuertos por el incumplimiento de no contar con la autorización de los DME.

Sexto: Declarar **INFUNDADA** la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, referida al reembolso de costas y gastos arbitrales por parte de MTC a favor de AAP, por lo que este Tribunal Arbitral determina que cada una de las partes asumirá el 50% de las costas y demás gastos incurridos por cada una en el presente arbitraje y que cada parte debe asumir los costos y gastos de su propia defensa.



ENRIQUE PALACIOS PAREJA
Presidente del Tribunal Arbitral



GERSON GLEISER BOIKO
Árbitro



NILO VIZCARRA RUIZ
Árbitro



PAOLA DASSO ZUMARÁN
Secretaria Arbitral

Lima, 17 de mayo de 2018.