



Centro
de Arbitraje
Cámara de Comercio I Lima

A-32-16 ACS.

Lima, 28 de agosto de 2017

Señores

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

Jirón Zorritos N° 1203

Lima.-

Atte: Mesa de Partes de la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Ref.: Caso Arbitral N° 0064-2016-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, les remito la Resolución N° 11 que contiene el Laudo, emitido el 28 de agosto de 2017 por el Tribunal Arbitral.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


DANIELA PANDURO CORONADO
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

CASO ARBITRAL No. 0064-2016-CCL

LAUDO ARBITRAL DE DERCHO

ARBITRAJE SEGUIDO POR AEROPUERTOS DEL PERÚ S.A. CONTRA
MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL ABOGADO ROLANDO
EYZAGUIRRE MACCAN E INTEGRADO POR EL ABOGADO HUGO
SOLOGUREN CALMET PONTE Y EL ABOGADO JUAN FRANCISCO
ROJAS LEO

RESOLUCIÓN N° 11.

Lima, 28 de agosto del dos mil diecisiete. -

VISTOS:

ANTECEDENTES

1. AEROPUERTOS DEL PERÚ S.A. (en adelante, ADP o el Concesionario) y el Estado Peruano, representado por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante, MTC o el Concedente) celebraron el 11 de diciembre de 2006, el Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú (en adelante, el Contrato de Concesión).
2. En la ejecución de dicho Contrato de Concesión surgieron controversias no técnicas entre las partes que se han sometido al presente arbitraje relativo a la reclamación de ADP de un reembolso de los pagos correspondientes al Aporte por Regulación respecto de los ingresos por concepto de PAO, así como de parte de los ingresos por cofinanciamiento para completar el pago del PAMO.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Inicio del Proceso Arbitral, Designación de los Árbitros e Instalación del Tribunal Arbitral

3. Surgida la controversia entre las partes, ADP designó como árbitro al abogado Hugo Ernesto Sologuren Calmet Ponte. A su turno y dentro del



plazo de ley, MTC designó al abogado Juan Francisco Rojas Leo como árbitro.

4. Los árbitros designados por las partes se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el abogado Rolando Eyzaguirre Maccan.
5. Con fecha 22 de julio de 2016, con presencia de las partes, se instaló el Tribunal Arbitral. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de los árbitros y de la secretaria arbitral.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

6. En la cláusula décimo sexta del Contrato de Concesión referida a la Solución de Controversias, en el inciso b) literal (ii) del numeral 16.5.2, se dispuso que las controversias no técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho:

"b) Arbitraje de Derecho. – Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con el artículo 3° de la Ley General de Arbitraje peruana, procedimiento en el cual los árbitros deberán resolver de conformidad con la legislación peruana aplicable. El arbitraje de derecho podrá ser local o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

(...)

(ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Cinco millones con 00/100 de Dólares (US\$ 5'000,000.00), o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con los Reglamentos de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas Normas las Partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria primero la Ley General de Arbitraje peruana y después el Código Procesal Civil del Perú.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano, debiendo emitirse el laudo arbitral correspondiente de acuerdo a los plazos establecidos en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

(Último párrafo introducido por la Adenda 7 al Contrato de Concesión)"

7. En el punto VI del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que en virtud del convenio arbitral, el presente arbitraje fuera un Arbitraje Nacional y de Derecho.



2

Procedimiento arbitral aplicable

8. Según lo establecido en el punto III del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes ratificaron su sometimiento incondicional a los Reglamentos del Centro y de común acuerdo reconocieron la intervención del Centro como la institución encargada de la organización y administración del presente arbitraje.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

9. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
10. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

II.3 LA DEMANDA

11. Mediante escrito presentado el 19 de agosto de 2016, ADP interpone su demanda.

PETITORIO

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, el Tribunal declare que al Concesionario no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto del Pago por Obras (PAO).



PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente está obligado a reembolsar al Concesionario los montos que este último ha pagado desde el inicio de la Concesión al OSITRAN como Aporte por Regulación respecto de los ingresos por concepto del PAO ascendentes a S/. 2'190,076.16 (Dos millones ciento noventa mil setenta y seis con 16/100 Nuevos Soles), más los intereses, costos y gastos correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente, de cara a las futuras inversiones asociadas al PAO, esté obligado a reembolsar el pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación por parte del Concesionario por todo concepto PAO, de tal modo que el Concesionario no asuma la carga económica del pago del Aporte por Regulación.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare que al Concesionario no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación de los ingresos por concepto del Cofinanciamiento asociado al concepto PAMO.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente está obligado a reembolsar al Concesionario los montos que este último ha pagado desde el inicio de la Concesión al OSITRAN, como Aporte por Regulación, respecto de los ingresos por concepto de Cofinanciamiento necesario para completar el PAMO ascendentes a S/. 1'544,493.23 (Un millón quinientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y tres con 23/100 Nuevos Soles), más los intereses, costos y gastos correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente está obligado a reembolsar el pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación por parte del Concesionario por concepto de Cofinanciamiento asociado al PAMO, de tal modo que el Concesionario no asuma la carga económica del pago del Aporte por Regulación, debiendo únicamente asumir el correspondiente al Aporte por Regulación sobre los Ingresos Regulados y los Ingresos No Regulados.



4

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare que el Concedente está obligado al pago de las costas y costos del presente arbitraje.

II.4 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

12.MTC, con escrito presentado el 28 de septiembre de 2016, contestó a la demanda solicitando que sea desestimada en todos sus extremos.

13.Asimismo, en su primer otrosí de dicho escrito, MTC formula su excepción de incompetencia. Adicionalmente, en su segundo otrosí de dicho escrito, solicitó se extienda el convenio arbitral y se incorpore al proceso arbitral el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público -OSITRAN. También, en su tercer otrosí, en caso se desestime la extensión, la Entidad solicitó se incorpore a OSITRAN como litisconsorte necesario del MTC.

II.5 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DEL ADP

14.El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta, todos y cada uno de los escritos presentados por ADP a lo largo del presente proceso.

II.6 ARGUMENTACION ADICIONAL A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA QUE SE DEBE TENER EN CUENTA EN LO QUE CONVenga AL DERECHO DE MTC

15.El Tribunal Arbitral deja constancia que al realizar el análisis del presente laudo está teniendo en cuenta todos y cada uno de los escritos presentados por MTC a lo largo del presente proceso.

II.7 CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

16.En Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamento del Tribunal Arbitral, con fecha 10 de mayo de 2017, en virtud del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Colegiado fijó las materias que serán objeto de pronunciamiento en el Laudo Arbitral.



5

17. Así, teniendo en cuenta la demanda de fecha 19 de agosto de 2016, el Tribunal estableció que resolverá sobre las siguientes materias:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no declarar que a ADP no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto del Pago por Obras (PAO).

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Como consecuencia de declararse fundada la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no declarar que el MTC está obligado a reembolsar a ADP los montos que este último ha pagado desde el inicio de la Concesión al OSITRAN como Aporte por Regulación respecto de los ingresos por concepto del PAO ascendentes a S/. 2'190,076.16, más los intereses, costos y gastos correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Como consecuencia de declararse fundada la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no declarar que el MTC, de cara a las futuras inversiones asociadas al PAO, esté obligado a reembolsar el pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación por parte de ADP por todo concepto PAO, de tal modo que ADP no asuma la carga económica del pago del Aporte por Regulación.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no declarar que a ADP no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación de los ingresos por concepto del Cofinanciamiento asociado al concepto PAMO.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Como consecuencia de declararse fundada la segunda pretensión principal, determinar si corresponde o no declarar que el MTC está obligado a reembolsar a ADP los montos que este último ha pagado desde el inicio de la Concesión al OSITRAN, como Aporte por Regulación, respecto de los ingresos por concepto de Cofinanciamiento necesario para completar el PAMO ascendentes a S/. 1'544,493.23, más los intereses, costos y gastos correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Como consecuencia de declararse fundada la segunda pretensión principal, determinar si corresponde o no declarar que el MTC está obligado a reembolsar el pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación por parte de ADP por concepto de Cofinanciamiento asociado al PAMO, de tal modo que ADP no asuma la carga económica del pago del Aporte por Regulación, debiendo únicamente asumir el correspondiente al Aporte por Regulación sobre los Ingresos Regulados y los Ingresos No Regulados.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no declarar que el MTC está obligado al pago de las costas y costos del presente arbitraje.

II. 8 MEDIOS PROBATORIOS

18. De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42° del Reglamento de Arbitraje del Centro, mediante la Resolución No. 1, el Tribunal Arbitral admitió las siguientes pruebas:

- Las ofrecidas en el acápite "PRIMER OTROSÍ DECIMOS" del escrito de demanda presentado por ADP.
- Las ofrecidas por MTC en el acápite VI "MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de contestación de demanda.

19. En relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral, que se han actuado todos los medios probatorios presentados, incluidos los presentados con posterioridad a la fijación de las materias de pronunciamiento de fecha 10 de mayo de 2017, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

II.9 ALEGATOS

20. Con fecha 24 de mayo de 2017, dentro del plazo conferido, ADP cumplió con presentar sus alegaciones y conclusiones finales.

21. Mediante Escrito presentado con fecha 24 de mayo de 2017, MTC presentó sus alegaciones y conclusiones finales.

22. En la Audiencia de Informes Orales, que se llevó a cabo el 13 de junio de 2017, las partes sustentaron sus conclusiones respecto de la presente controversia, y absolvieron las preguntas formuladas por el Tribunal, según consta en el audio y/o video de registro de la audiencia.

23. Mediante Resolución No. 9, el Tribunal Arbitral dispuso cerrar la instrucción del presente caso y fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, los cuales vencían el 7 de agosto de 2017.

24. Mediante Resolución No. 10, se amplió el plazo para laudar por quince (15) días hábiles adicionales, computados a partir del día hábil siguiente del vencimiento del plazo inicial, por lo que el plazo para laudar vence el 28 de agosto de 2017.



7

III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

25. A continuación, corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada una de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento fijadas en la Audiencia de fecha 1 de diciembre de 2016.

DECLARACIÓN PREVIA

26. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que ADP presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción; (iv) que MTC fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y de reconvención; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

27. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

28. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje. Estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

29. Se reitera que, en lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión,

pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.

ANÁLISIS DE CADA PUNTO CONTROVERTIDO

30. Tal como se han formulado las pretensiones de la demanda, se aprecia que la controversia materia del presente arbitraje se centra en establecer, en primer lugar, (i) a qué parte le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto del Pago por Obras (PAO). Luego, corresponderá analizar, en segundo lugar, (ii) a qué parte le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación de los ingresos por concepto del Cofinanciamiento asociado al concepto PAMO.

PRIMERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE A ADP NO LE CORRESPONDE ASUMIR EL GASTO ASOCIADO AL PAGO DEL APORTE POR REGULACIÓN RESPECTO DE LA FACTURACIÓN DEL REEMBOLSO DE LOS INGRESOS POR CONCEPTO DEL PAGO POR OBRAS (PAO)”.

31. La primera materia de pronunciamiento corresponde a la:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Que, el Tribunal declare que al Concesionario no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto del Pago por Obras (PAO).

POSICIÓN DEL ADP

32. Precisa que la Primera Pretensión Principal no tiene por objeto el afectar o suprimir su obligación del pago del Aporte por Regulación frente al OSITRAN, obligación que se origina en lo dispuesto en la Ley 26917 – Ley de Creación del OSITRAN y en la Ley 27332 – Ley de Creación de los Organismos Reguladores.

33. Aclara que el objeto de la Primera Pretensión Principal es que, siendo el Concesionario el obligado legalmente al pago del Aporte por Regulación frente al OSITRAN, en virtud de lo previsto en el Contrato de Concesión y sus Circulares, sea el MTC el que asuma en última instancia, la carga económica del pago del Aporte por Regulación, reembolsando el pago por el Aporte por Regulación que efectúe ADP a favor del OSITRAN. Por ello,

la Primera Pretensión Principal no tiene por objeto, de manera alguna, el incumplimiento de lo dispuesto por la Ley 26917 y Ley 27332. En virtud de dichas leyes, el OSITRAN tiene derecho a cobrar el 1% de los ingresos de los Concesionarios bajo su ámbito.

34. Explica que, en ese sentido, el objeto de la Primera Pretensión Principal es que se declare que, más allá de que ADP está obligado legalmente a pagar el Aporte por Regulación al OSITRAN, a quien le debe corresponder asumir en última instancia la carga económica por dicho pago es al MTC. Para ello, el MTC le deberá reembolsar a ADP los pagos hechos por concepto de Aporte por Regulación correspondiente al PAO, tal y como ocurre con todos los demás gastos relacionados con la ejecución de inversiones.

35. Sostiene que, de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, le corresponde al MTC asumir, en última instancia, la carga económica del pago del Aporte por Regulación correspondiente al PAO.

36. Detalla que, conforme a lo indicado en la Cláusula 1.83 del Contrato de Concesión [Anexo 15 de la Demanda], el Pago por Obra (PAO) es el pago trimestral que el Concedente debe realizar a favor del Concesionario derivado de:

- a) La construcción de la infraestructura.
- b) La adquisición del equipamiento.
- c) El Mantenimiento Periódico.

37. Añade que el PAO es el pago asumido por el Estado peruano en favor del Concesionario, derivado de los costos y gastos incurridos para la ejecución de Inversiones, conforme al Contrato de Concesión y que forma parte del Cofinanciamiento.

38. Indica que la definición del PAO contenida en la Cláusula 1.83 del Contrato de Concesión fue modificada mediante la Adenda 3 al Contrato de Concesión. Dicha modificación fue solo con el objeto de precisar que el PAO podía ser realizado en Dólares o en Soles, según la moneda que se utilice en la Estructuración Financiera.

39. Enfatiza que, el Anexo 17 del Contrato de Concesión, en su Numeral 2.5, señala que para determinar el PAO se deben considerar -entre otros- los rubros previstos en las Circulares 025, 030 y 033.

40. Invoca que la Circular 030 señala expresamente lo siguiente:



10

"PAO: Para la determinación del PAO, se incluirán todos los gastos y desembolsos relacionados con las inversiones destinadas a operaciones aeroportuarias a realizarse, durante el período de la Concesión. Estos desembolsos serán constituidos por: Estudios requeridos para la elaboración de expedientes técnicos, estudios de ingeniería y de desarrollo aeroportuario del Plan Maestro, margen de rentabilidad para el concesionario, porcentajes para el supervisor de obra y gastos financieros relacionados con el financiamiento de las inversiones."

41. Argumenta que, en línea con la Circular 030 y con lo expresamente estipulado en el Contrato de Concesión, la determinación del PAO debe necesariamente considerar todos los gastos y desembolsos relacionados con las Inversiones.

42. Nota que, en este Contrato de Concesión, a diferencia de otros, ni el PAO ni el monto exacto de las Inversiones estaban determinados al momento de la firma del Contrato. En otros contratos de concesión, como, por ejemplo, el de los Tramos 1 y 5 de la Carretera Interoceánica (adjudicados a empresas de capitales peruanos y ecuatorianos, respectivamente), el monto de las Inversiones y el monto del PAO estaba perfectamente determinado al momento de la firma del contrato.

43. Refiere que, en el caso del Contrato de Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia, lo único que estaba determinado era el PAMO. Con relación a las Inversiones, el mecanismo era el siguiente:

- En primer lugar, el Concesionario elabora los Planes Maestros, cuando se trata de Obras del Período Remanente. En dichos planes se proyectaban las necesidades de inversión de cada uno de los aeropuertos en función de su demanda y el desarrollo de la región, así como considerando determinados los Niveles de Servicio Internacionales IATA y determinados Estándares de Seguridad establecidos por la OACI.
- En segundo lugar, acorde con el Plan Maestro, se iniciaban las acciones para elaborar los Estudios de Preinversión.
- En tercer lugar, luego de aprobados por los Estudios de Preinversión (hasta la fecha, bajo el marco del SNIP) se procedía a la elaboración de los Estudios Definitivos.
- En cuarto lugar, luego de aprobados los Estudios Definitivos, se procedía a la ejecución de las Obras.
- En quinto lugar, luego de culminadas y aceptadas las Obras, el Concedente pagaba el PAO determinado conforme a las fórmulas y metodologías contenidas en el Contrato de Concesión.

44. Aprecia que, recién con la elaboración y aprobación de los Estudios Definitivos se podía conocer el monto de las Inversiones, sin perjuicio de las variaciones que pudieran surgir durante la ejecución de las Obras.



11

45. Señala que, luego de culminadas las Obras, se procedía al pago del PAO. Es decir, en este Contrato de Concesión no se conocía de antemano ni el monto de las Inversiones ni el monto del PAO o la fecha exacta en que se iba a pagar el PAO, pues ello dependía de la oportunidad en que se ejecuten y se aprueben las Obras.
46. Puntualiza que, el monto del PAO no era determinado sino más bien determinable, debido a que corresponde al reembolso por inversiones que no estuvieron definidas de antemano en el Contrato de Concesión -así como tampoco las fechas de pago del PAO-, sino que el mismo se iría determinando y luego pagando, conforme se ejecutaran las Inversiones a lo largo de los 25 años de vigencia de la Concesión.
47. Explica, con relación al PAO, que este es el mecanismo contemplado en el Contrato de Concesión para repagar las Inversiones efectuadas por el Concesionario. El PAO consiste en una cuota periódica, trimestral, que se paga durante un período de diez (10) años. Es decir, cuarenta (40) cuotas trimestrales.
48. Considera que el PAO viene a ser lo que financieramente se conoce como una "Anualidad". Es decir, una cuota que viene a ser el equivalente financiero al monto o valor inicial. Lo mismo ocurre, por ejemplo, cuando se obtiene un préstamo bancario: se recibe un monto inicial (como podría ser el caso del desembolso para la compra de un vehículo o de un inmueble) y a cambio se tiene la obligación de pagar cuotas periódicas durante determinado plazo.
49. Expresa que, en el Contrato de Concesión el Concesionario efectuaba una Inversión y, a cambio de ello, tenía derecho a recibir un PAO. Si el monto total de las Inversiones ascendía a \$ 20 millones, luego el PAO correspondiente ascendía a, digamos, US\$ 780 mil (los números son arbitrarios). Luego, el Concesionario tenía derecho a percibir 40 cuotas de US\$ 780 mil como consecuencia de la ejecución de las Inversiones. Si luego, al momento de recibir cada anualidad del PAO, ésta sufre una deducción del 1% por el pago del Aporte por Regulación, el Concesionario no está percibiendo, efectivamente, el monto a que tenía derecho conforme al Contrato de Concesión. Es decir, el PAO no estaría cumpliendo con la finalidad prevista en el Contrato de Concesión, puesto que el Concesionario no estaría percibiendo el 100% del PAO a que tenía derecho, lo cual va directamente en contra del Acuerdo de Voluntades plasmado en el Contrato de Concesión.
50. Alega que, con esta Primera Pretensión Principal, lo que se persigue, es que se respete, estrictamente, el Acuerdo de Voluntades consagrado en el Contrato de Concesión. Si el Concesionario invierte "100", lo que debe recuperar a través del pago del PAO debe ser equivalente exactamente a

"100". Ni más, ni menos. No se pretende obtener un ingreso adicional, sino el ingreso que corresponde de acuerdo al Contrato de Concesión.

51. Menciona que, de acuerdo al desarrollo realizado por PROINVERSION respecto del concepto PAO, no se tomó en consideración que se iba a efectuar un descuento o deducción a dicho concepto asociado a la "tasa de regulación" o "contribución a OSITRAN", siendo por el contrario el compromiso del Estado el de reembolsar la totalidad (100%) de los costos y gastos incurridos para la ejecución de las inversiones.

52. Resalta que, en el Numeral 2.5.1, Literal b), Anexo 17, Página 375 del Contrato de Concesión, se indica cómo se calcula el pago trimestral (PAO) a favor del Concesionario, de donde, a su juicio, se desprende claramente que el PAO es una Anualidad cuyo único propósito es la recuperación de la Inversión efectuada, cuando se señala lo siguiente:

Para determinar el importe trimestral a pagar por estas obras se aplicará la siguiente fórmula:

$$IPI = ITA * fa_2$$

(17.10)

Donde:

IPI Importe trimestral a pagar por las inversiones en Obras de seguridad y Actividades de Mantenimiento Periódico en el Período Inicial.

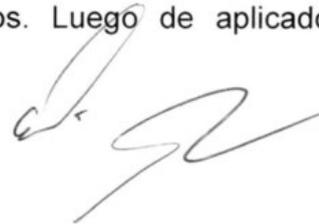
ITA Valor de la inversión total en Obras, equipamiento y Actividades de Mantenimiento Periódico del Período Inicial, ajustada al final del Período Inicial. (ver punto 2.5.1 a y b).

fa₂ Factor de conversión a cuotas trimestrales, correspondiente a 40 trimestres. La tasa de interés anual para efectuar este cálculo será equivalente a 3% más la menor tasa que resulte entre el Costo Efectivo de la Deuda del CONCESIONARIO y el Costo de Endeudamiento Máximo. Para el cálculo de *fa₂* se considerará la siguiente fórmula:



53. Indica que, el importe trimestral a pagar denominado IPI se halla utilizando un factor "fa₂". En la definición de este factor se señala: "Factor de conversión a cuotas trimestrales, correspondiente a 40 trimestres...". Para hallar el pago trimestral al Concesionario, lo único que se hace es convertir (financieramente) el monto de la Inversión en 40 cuotas trimestrales.

54. Sostiene que, queda de esta manera demostrado que, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el PAO no es más que la conversión del monto de Inversión en cuotas trimestrales. En ese sentido, el Concesionario debería recibir un PAO que le permita recuperar el 100% de la Inversión efectuada. Ni más, ni menos. Luego de aplicado el



13

descuento del 1% por el Aporte por Regulación, el PAO no cumple con su finalidad de retribuir el 100% de la Inversión efectuada.

55. Agrega que, en el Numeral 2.5.1, Literal b), Anexo 17, Página 375 del Contrato de Concesión también se precisa la fórmula para hallar el factor de conversión a cuotas trimestrales, conforme a lo siguiente:

$$fa_2 = \frac{i * (1+i)^{40}}{(1+i)^{40} - 1}$$

56. Resalta que, la fórmula que se presente en el Anexo 17 del Contrato de Concesión es la fórmula universalmente utilizada en los textos de finanzas para hallar el valor de una anualidad. Esta fórmula es señalada también en el Anexo 17 del Contrato de Concesión para el cálculo de las cuotas de repago por las Obras del Período Remanente (Página 377 del Contrato de Concesión).

57. Entiende que, cuando se señala que el PAO es calculado como una anualidad se está indicando que el PAO será una cuota uniforme periódica, que tiene como objeto reintegrar al Concesionario el monto total de la inversión efectuada. Para que una anualidad cumpla con su finalidad esencial, que consiste en repagar una inversión o préstamo, dicha anualidad no debe estar sujeta a descuentos o cargas, salvo las estrictamente acordadas por las Partes. Por tanto, al verse reducido el PAO por el pago del Aporte por Regulación, el Concesionario se ve perjudicado, puesto que no logra recuperar el 100% de sus Inversiones. En consecuencia, lo que corresponde es que el Concedente le reembolse un monto equivalente al pago del Aporte por Regulación efectuado, de tal modo que el PAO logra su finalidad de recuperar el 100% de las Inversiones.

58. Refiere que la empresa INTERINVEST fue contratada por PROINVERSIÓN para elaborar el modelo económico financiero de la concesión. Lo importante del Informe elaborado por INTERINVEST es que se señala expresamente que el PAO es calculado como una anualidad. Asimismo, tanto INTERINVEST como PROINVERSION asumieron, como supuesto de sus modelos financieros, que el PAO iba a estar afecto al Impuesto a la Renta y al IGV, pero en ningún momento se consideró el pago del Aporte por Regulación. Este hecho se puede comprobar revisando los informes presentados por INTERINVEST, aprobados por PROINVERSION. Con ello se da mayor sustento a todo lo que se ha venido afirmando hasta el momento: (i) el PAO es calculado como una anualidad que tiene por objeto retribuir el 100% de las Inversiones efectuadas, ni más, ni menos; (ii)



14

cuando se estimó el PAO no se consideró el descuento por el pago del Aporte por Regulación.

59. Reitera que, la única forma en que el PAO cumpla a cabalidad con su finalidad es que el Concesionario no se vea afectado por el descuento derivado del pago del Aporte por Regulación sobre dicho ingreso. Por tanto, el MTC debe asumir, en última instancia, la carga económica del pago del Aporte por Regulación efectuado por el Concesionario, respecto del PAO. Ello tan solo con la finalidad de lograr que el PAO retribuya el 100% de las Inversiones.

60. Insiste que su posición, y el objeto de la demanda, es no verse perjudicado con la carga económica que significa el pago del Aporte por Regulación respecto del PAO. Ello debido a que: (i) de aplicarse el Aporte por Regulación el PAO ya no cumplirá con su finalidad principal que es cubrir el 100% de las Inversiones y (ii) las actividades de Supervisión del OSITRAN durante la ejecución de las Inversiones ya fueron pagadas y financiadas por el Concesionario, por lo que no correspondería pagar nuevamente un Aporte por Regulación por dicho concepto.

61. Considera que, la Circular 030 es bastante clara al señalar que para la determinación del PAO se deben incluir "todos" los gastos y desembolsos relacionados con las Inversiones. Asimismo, una lectura integral y sistemática del Contrato de Concesión, y de sus antecedentes, lleva inevitablemente a concluir que el PAO tiene por finalidad la recuperación del 100% de las Inversiones. En consecuencia, postula que el Concesionario no debe verse afectado, económicamente, por el descuento adicional que significa el pago del Aporte por Regulación, ya que ello conllevaría a que no se esté cumpliendo con la finalidad del PAO, tal cual fue prevista en el Contrato de Concesión, y especialmente en la Circular 030.

62. Recalca que, no hace falta que la Circular 030 señale de manera expresa que el Concesionario no debe verse afectado por el gasto que significa el pago el Aporte por Regulación. Es suficiente con el hecho de que la Circular 030 señale que para la determinación del PAO se incluirán "todos" los gastos relacionados con las Inversiones. Al ser el pago del Aporte por Regulación un gasto relacionado con el pago de las Inversiones, debió ser tomado en consideración, para que el Concesionario no se vea afectado económicamente con dicho aporte.

63. Cita, a manera de ejemplo, el caso de la Adenda 3 del Contrato de Concesión del Tramo 5 del Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil. Repara en que en la Adenda 3, se puede apreciar en su Cláusula Segunda, se encarga al Concesionario la ejecución de una nueva obra no prevista en el contrato original: la Obra Segunda Calzada de la carretera Puno – Juliaca. Dado que mediante la Adenda se perseguía encargar al

Concesionario la ejecución de una Obra adicional, se especificaron los acuerdos necesarios para que el Concesionario perciba una compensación por el monto de Inversión efectuado, descontando el pago del Aporte por Regulación. Es decir, la compensación "neta" que percibiría el Concesionario, luego de efectuado el pago del Aporte por Regulación, sería suficiente para recuperar el 100% de la inversión efectuada. Ni más, ni menos. En ese sentido, en el Anexo XIV, incorporado al Contrato de Concesión mediante la Adenda 3, se regula el mecanismo de pago por la ejecución de la obra adicional indicada. En el Apéndice I, Numeral 3.2, se puede apreciar cómo se ha determinado el valor referencial de la Obra:

3.2 Valor Referencial de la Segunda calzada de la carretera Puno-Juliaca -

El Valor Referencial Total de la Segunda calzada de la carretera Puno-Juliaca, es el siguiente:

• Costos Directos	:	US\$ 65 687 691,93
○ Gastos Generales (21,05287516 %)	:	US\$ 13 829 147,78
○ Utilidad (10 %)	:	US\$ 6 568 769,19
○ Aporte por Regulación (1 %)	:	US\$ 869 551,61
• Valor Referencial Total	:	US\$ 86 995 160,51

Al costo directo de los metrados realmente ejecutados de la Segunda calzada de la carretera Puno-Juliaca, según lo contemplado en el EDI, se le agregarán los importes de gastos generales y utilidad correspondientes al 21,05287516 % y 10 % respectivamente del costo directo señalado en el numeral 3.1, así como el aporte por regulación de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26917.

64. Aprecia que, para determinar el Valor Referencial, que es lo que finalmente se le va a pagar al Concesionario, el mismo MTC ha considerado no sólo los gastos generales y la utilidad, conceptos que tradicionalmente van a asociados a toda obra (sea contrato de concesión o no), sino que además, explícitamente, se ha agregado el concepto del aporte por regulación, de tal modo que, cuando el Concesionario perciba el pago por la ejecución de la Obra, el importe neto, luego de pagado el aporte por regulación, sea equivalente al 100% de su inversión.

65. Advierte que, respecto de la Adenda 3 anteriormente señalada y del contrato de concesión del Tramo 5 de la Carretera Interoceánica: en dicho contrato de concesión, originalmente, las obras estaban perfectamente delimitadas, se conocía el monto de inversión y se conocía el monto del PAO a recibir a cambio. Por tanto, desde un principio el Concesionario era capaz de "interiorizar" el pago del aporte por regulación y cualquier otro gasto o costo y, de esa manera, el Concesionario hizo su cálculo respectivo para verificar que con el PAO recuperaba el 100% de la inversión. Sin embargo, cuando el MTC le solicitó la ejecución de una nueva obra no prevista en el contrato original, el Concesionario determinó el monto de inversión, pero además, exigió que se tome en consideración el efecto del aporte por regulación, para que, luego de deducido dicho aporte, perciba el equivalente al 100% de la inversión efectuada.

66. Entiende que, una situación similar al de la Adenda 3 es la que ocurre en el Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos: las obras no estaban determinadas al momento de suscribir el contrato. Lo que sí está establecido es que el Concedente le pagará un monto (PAO) de tal magnitud al Concesionario, que le servirá para recuperar el 100% de las Inversiones.
67. Reafirma que, no ha sido el objeto de la Demanda, ni de la Primera Pretensión Principal, el obtener una "exoneración" del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Lo único que se persigue es que la contraparte, el MTC, reconozca que el Concesionario tiene derecho a recuperar el 100% de sus Inversiones a través del PAO y que, como consecuencia de ello, el Concesionario no debe verse afectado, en última instancia, con el perjuicio económico que le ocasiona el pago (es decir, el gasto) del Aporte por Regulación, debiendo ser reembolsado por el MTC.
68. Aclara que, el hecho de que el Cofinanciamiento esté sujeto al régimen tributario aplicable, conforme a lo dispuesto en la Cláusula 9.11 del Contrato de Concesión, no está en discusión en el presente proceso arbitral y no constituye el objetivo de la Demanda presentada por el Concesionario. Se reafirma en su posición respecto del cumplimiento de las normas tributarias vigentes. El régimen tributario no puede -ni podría- ser objeto del presente proceso arbitral dado que las obligaciones tributarias se establecen por ley. Lo que es materia del presente proceso arbitral es el alcance de los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Concesión. Y específicamente, dentro de dicho marco contractual, la obligación que tiene el MTC de reembolsar al Concesionario el 100% de sus Inversiones a través del pago del PAO. Ello, en atención a lo dispuesto por la Circular 030 y a la naturaleza del PAO.
69. Precisa que una interpretación sistemática del Contrato de Concesión conduce a concluir, indefectiblemente, que la finalidad del contrato es que el Concesionario perciba un monto que le permita recuperar el 100% de sus inversiones. En este sentido, de acuerdo a una lectura integral del contrato, el Concesionario no se debería ver afectado por el cumplimiento de sus obligaciones tributarias (sin que, en ningún momento, deje de cumplir con las mismas). De un lado, por ejemplo, el IGV de la facturación por las Inversiones se compensa o "netea" con la facturación del pago asociado a las Inversiones (p.e. al constructor). De otro lado, el gasto asociado a las Inversiones se compensa o "netea" con el ingreso que se tiene que reconocer, como cuenta por pagar, por el PAO que se percibirá a cambio de dichas Inversiones. Siguiendo con la misma lógica, el Concesionario no se debería ver perjudicado o afectado por el pago del Aporte por Regulación. Si bien el Concesionario debe cumplir con su obligación tributaria (cosa que ha venido haciendo oportunamente), es el Concedente el que debe reembolsar al Concesionario el pago de dicho

Aporte, para que, de ese modo, el Concesionario perciba el 100% del monto determinado en el PAO a que tiene derecho.

70. Manifiesta que, no pretende: (i) desconocer su obligación de pago del Aporte por Regulación frente al OSITRAN; ni tampoco, (ii) que se señale que a partir de la fecha el MTC ocupe su lugar de obligado frente al OSITRAN. Ninguno de estos dos objetos se persigue con la Demanda Arbitral. Lo que se plantea es que, siendo el Concesionario el obligado a pagar el Aporte por Regulación frente al OSITRAN en la relación contractual interna con el Concedente -representado por el MTC-, se reembolse al Concesionario dicho pago.
71. Reconoce que, los contratos de concesión de carreteras aludidos son distintos. Aclara que, en la demanda se han aludido dichos contratos (Amazonas Norte y Tramos 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica Sur) debido a que, por un lado, tiene una similitud en cuanto a la lógica de no afectar con el Aporte por Regulación al PAO; y a la vez tienen una diferencia, en cuanto el PAO era un monto definido previamente en dichos contratos.
72. Explica que, existe una similitud entre los contratos de concesión de carreteras y el Contrato de Concesión, porque, en el caso de las carreteras se pactó que el Concesionario sólo pagaba el Aporte por Regulación respecto del PAMO. Es decir, no lo pagaba respecto del PAO. Ante ello cabe preguntarse el porqué de esta distinción. La respuesta es lógica: es porque lo que buscaba el contrato de concesión era que el Concesionario recupere el 100% de su Inversión con el pago del PAO. Al no estar afectado el pago del PAO con el Aporte por Regulación se lograba esta finalidad: el Concesionario recuperaba el 100% de lo invertido.
73. Agrega que, en cuanto a la diferencia, es muy importante comprender que el diseño de los contratos de concesión de carreteras aludidos y el factor de competencia de sus procesos de selección fue distinto al de la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos. En las concesiones de carreteras, el PAO referencial fue pre establecido por PROINVERSIÓN y comunicado a todos los postores y, además de ello, el PAO definitivo era resultado de la Oferta Económica presentada por los postores durante el proceso de selección. Es decir, los postores habían hecho su estimación correspondiente respecto del monto de inversión y el PAO a recibir a cambio de ello, pudiendo interiorizar sus costos y gastos. En el caso de la Concesión del Primer Grupo de Aeropuertos la situación fue diametralmente distinta. En este caso, PROINVERSIÓN no definió un monto referencial de PAO en el Contrato de Concesión y el PAO no fue un Factor de Competencia durante el proceso de selección. Ello fue así debido a que no se conocían con exactitud el monto de las Inversiones a ejecutar. Por el contrario, las inversiones a ser ejecutadas son el resultado

del planeamiento a ser realizado por el Concesionario y aprobado por el Estado peruano, como Concedente.

74. Considera que, ante dicha situación, no se puede exigir al Concesionario que hubiera interiorizado todos los costos y gastos correspondientes a las Inversiones al momento de presentar su oferta (el Factor de Competencia fue el PAMO). Más bien, el diseño que adoptó PROINVERSIÓN fue el de no fijar la retribución por las Inversiones, pero sí garantizó al futuro Concesionario que todos sus costos y gastos relacionados con las Inversiones iban a ser retribuidos a través del PAO, tal como se estableció en la Circular 030.
75. Destaca que, es bajo dicho contexto que se suscribió el Contrato de Concesión, con la promesa del Concedente de reconocer "todos" los costos y gastos al Concesionario por las Inversiones que realice. Por ello, el Concesionario no debe verse perjudicado luego cuando, al momento de efectuar sus Inversiones, se le repaga la inversión con un PAO que sufre una deducción del 1% por el pago del Aporte por Regulación.
76. Indica que, cuando PROINVERSIÓN efectuó el Modelo Económico Financiero de la Concesión, asumió que el PAO no iba a estar afecto al pago del Aporte por Regulación. En el flujo de caja proyectado el PAO no sufría ningún descuento por pago del Aporte por Regulación. Bajo dicha premisa, el Modelo Económico Financiero resultaba sostenible y viable. En ese sentido, entiende que, corresponde que ese Aporte por Regulación sea también reembolsado al Concesionario.
77. Precisa que el pago del 5% es una obligación contractual. Por ello es que, durante los más de 10 años de vigencia del Contrato de Concesión, ha cumplido oportunamente con pagar el referido porcentaje para la Supervisión de las Obras. Asimismo, la obligación del pago del 5% para la Supervisión de las Obras no ha sido objeto de discusión en el presente proceso, más aún cuando el mismo sí es materia de re-pago por parte del Estado peruano con cargo al PAO. En ese sentido, expresa que no es pretensión el dejar de pagar dicho porcentaje.
78. Resaltar que los gastos necesarios para la Supervisión de las Obras ya fueron cubiertos en su oportunidad. Sin perjuicio de ello, al ser el Aporte por Regulación un gasto que va a afectar al Concesionario, este concepto debió ser considerado al momento de calcular el PAO para efectos de lograr la finalidad del Contrato, que es permitir que el Concesionario recupere el 100% de sus Inversiones. Al haber cumplido ADP con pagar el Aporte por Regulación que afectó al PAO, dado que era una obligación legal, corresponde ahora que el MTC reembolse a ADP dicho pago, porque sólo de esa manera se logrará el cumplimiento de lo dispuesto en la Circular 030: que el Concesionario recupere el 100% de su Inversión, considerando "todos" los gastos correspondientes.



19

POSICIÓN DEL MTC

79. Refiere que, la concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia del Perú es una de tipo cofinanciada, lo que significa que existe financiamiento a cargo del Estado (a través del MTC) respecto a la ejecución del proyecto, lo que se materializa en las liquidaciones del PAO y del PAMO a favor del Concesionario. Sobre el PAO, el numeral 1.83 del Contrato de Concesión indica lo siguiente:

"Pago por Obras (PAO)", Es el pago trimestral en Dólares o en Nuevos Soles (según la moneda que se utilice en la Estructuración Financiera) que el CONCEDENTE realizará a favor del CONCESIONARIO por la construcción de infraestructura, adquisición de equipamiento y Mantenimiento Periódico, efectuadas tanto en el Período Inicial como en el Período Remanente. El mecanismo para determinar el PAO se encuentra explicado en el Acápito 2.5 del Anexo 17".

80. Agrega que, el Acápito 2.5 del Anexo 17 del Contrato de Concesión señala que el Concedente se compromete a pagar en cuotas trimestrales al Concesionario por las inversiones que éste realice en las Obras, equipamiento y Actividades de Mantenimiento Periódico durante el Periodo Inicial y el Periodo Remanente.

1.1. *"Determinación del Pago de Obras (PAO)*

El CONCEDENTE se compromete a pagar en cuotas trimestrales al CONCESIONARIO por las inversiones que éste realice en las Obras, equipamiento y Actividades de Mantenimiento Periódico durante el Periodo Inicial y el Periodo Remanente. Tanto en el Período Inicial como en el Período Remanente, es responsabilidad del CONCESIONARIO convocar las necesarias licitaciones a fin de seleccionar al constructor que ejecute las Obras o al proveedor de los equipos. OSITRAN verificará el procedimiento seguido por el CONCESIONARIO para la adjudicación de las Obras de tal manera que se cumpla con los requerimientos establecidos en el Anexo 27 del presente contrato. (...)"

81. Añade que, en relación al PAMO, la cláusula 1.81 lo define de la siguiente manera:

1.81. *"Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO)", es la suma de dinero expresada en Dólares Americanos requerido por el CONCESIONARIO para el Mantenimiento, con*



20

excepción del Mantenimiento Periódico, y operación de los Aeropuertos. Este importe ha sido consignado en la Propuesta Económica presentada por el CONCESIONARIO y será reajustado por inflación anualmente y revisado cada cinco (5) años".

82. Alega que, de la lectura de las citadas cláusulas, se aprecia que en el Contrato de Concesión no se indica que el pago del PAMO o el PAO deba ser realizado neto de cualquier retención o deducción por o a cuenta de cualquier impuesto, derecho, gravamen o cargo del gobierno.
83. Sostiene que, una conclusión similar puede extraerse de la lectura de la Circular 030, aludida por el Concesionario, la cual no determina la inmunidad de dichos conceptos frente al cumplimiento de obligaciones tributarias. Lo que estas cláusulas y documentos señalan es la forma cómo se calcula el PAO y el PAMO para efectos del pago a favor del Concesionario.
84. Precisa que, el cálculo del PAO y el PAMO no enerva la posibilidad que tales conceptos, en un segundo momento, se encuentren sujetos al pago de obligaciones tributarias dispuestas por mandato de la ley de configurar el supuesto gravado.
85. Señala que el Contrato de Concesión en el numeral 9.11 de su Cláusula Novena señala que los pagos de cofinanciamiento (sean PAO o PAMO) se encontrarán sujetos al régimen tributario aplicable, concepto que lógicamente abarca al Aporte por Regulación:

9.11 Los pagos del Cofinanciamiento se encontrarán sujetos al régimen tributario aplicable.

86. Puntualiza que, el Contrato de Concesión sí establece expresamente que el cofinanciamiento está sujeto al pago del aporte por regulación, sin hacer ninguna reserva o salvedad en relación a si será otro el agente que asumirá su carga económica.
87. Enfatiza que, la cláusula 14.6 del Contrato de Concesión, en cuanto al Aporte por Regulación, dispone que el Concesionario está obligado a pagar a OSITRAN el Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10° de la Ley No 27332 y que éste se calculará y cobrará en los términos y montos a que se refiere dicho dispositivo legal y las respectivas normas reglamentarias:

14.6 Tasa de Regulación

14.6.1 El CONCESIONARIO está obligado a pagar a OSITRAN la tasa de regulación a que se refiere el artículo 10° de la Ley N° 27332. Dicha tasa se calculará y cobrará en los

términos y montos a que se refiere dicho dispositivo legal y las respectivas Normas reglamentarias.

88. Explica que, a diferencia de lo ocurrido en el Contrato de Concesión, en los contratos de carreteras sí se establecían un acuerdo interno entre el MTC y el Concesionario para dividir la carga económica del Aporte por Regulación. Conforme a lo pactado expresamente en ellos, el Concesionario asumiría únicamente la carga económica del Aporte por Regulación referida al PAMO, habiendo las partes omitido precisar quién asumiría la parte correspondiente calculada sobre la base del PAO y otros ingresos de la Concesión. Ante esta omisión, y atendiendo que existía una voluntad manifiesta de las partes de compartir la carga del tributo pues ello se infería de lo pactado expresamente en el contrato, los laudos reconocen la obligación del MTC de devolver lo pagado por concepto de Aporte por Regulación respecto del PAO y otros ingresos distintos al PAMO. Sin embargo, dicha situación no se presenta en este caso pues, a diferencia de las concesiones de carreteras, el Contrato de Concesión sí establece expresamente que el cofinanciamiento está sujeto al pago del aporte por regulación, sin hacer ninguna reserva o salvedad en relación a si será otro el agente que asumirá su carga económica.

89. Considera que, de acuerdo con los términos establecidos en el Contrato de Concesión, vale decir, de acuerdo con los términos pactados de común acuerdo por las Partes, no cabe la posibilidad de que el Concesionario pretenda que el Concedente (Estado Peruano) asuma el Aporte por Regulación pagado a OSITRAN en la parte correspondiente a los ingresos derivados por PAO y PAMO, en tanto el Aporte por Regulación constituye un tributo (encontrándose, por tanto, el Concesionario legalmente obligado a asumir su pago) y del tenor de lo pactado expresamente en el Contrato de Concesión no se desprende ningún acuerdo ni voluntad de las partes de compartir la carga económica del mismo o de trasladar la carga tributaria al MTC como Concedente.

90. Enfatiza que, no existe base contractual para que el Concesionario pretenda que el Concedente asuma este pago y lo devuelva al Concesionario por la vía del reembolso.

91. Entiende que, de aceptarse la posición de ADP, significaría trasladar el pago de la contribución (Aporte por Regulación) previsto en el artículo 10° de la Ley No 27332 y el Contrato de Concesión, al Concedente (Estado Peruano), importando una modificación legal y contractual que no es de competencia del Colegiado Arbitral, pretendiendo de manera indirecta este traslado de la carga tributaria a la que se obligó el Concesionario ADP al suscribir el Contrato de Concesión.

 22

92. Advierte que, el Contrato de Concesión fue suscrito el 11 de diciembre de 2006, es decir, cuando se encontraban vigentes las Leyes No 26917 y 27332, el Decreto Supremo No 104-2003-PCM y el Decreto Supremo No 044-2006-PCM, en los que se establece que el pago del Aporte por Regulación será del 1% (uno por ciento) de la facturación anual de las empresas y entidades bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.
93. Resalta que, ADP tenía pleno conocimiento cuando firmó el Contrato de Concesión que el Aporte por Regulación se cobraría respecto a todos aquellos ingresos que fuesen facturados por él -incluyendo PAO y PAMO-, que fue recogido expresamente en la cláusula 14.6 del Contrato de Concesión.
94. Expresa que, el Aporte por Regulación se aplica a los ingresos que perciba ADP, sean éstos producto del cobro de tarifas, cargos o precios, o de los montos del cofinanciamiento efectuado por el Estado Peruano, es decir, por todos los servicios prestados por el Concesionario, los cuales son facturados por él mismo.
95. Argumenta que, los ingresos percibidos por el cofinanciamiento forman parte de la base de cálculo para determinar el monto a pagarse por concepto de Aporte de Regulación, pero de ningún modo están destinados a reembolsar el pago de los tributos, pues la norma ha establecido de manera expresa que este cubre únicamente las inversiones en obras (PAO) y los gastos operativos y de mantenimiento (PAMO). Esto se verifica en la fórmula de cofinanciamiento del Contrato de Concesión, numeral 9.1 del Contrato de Concesión, en donde se reduce el monto del cofinanciamiento por concepto PAMO en la medida que crecen los ingresos regulados y en la estimación de las cuotas PAO en donde se reconoce la inversión realizada por el Concesionario una vez esta es efectuada.
96. Asume que, existe de parte de ADP una confusión respecto de la naturaleza del pago del Aporte por Regulación, que constituye el pago de una contribución a favor del Regulador, y el porcentaje del 5% que se entrega para financiar el costo vinculado a la Supervisión de Obra. El Aporte por Regulación constituye una contribución y, como tal, su fuente es una disposición legal. Por el contrario, la obligación referida al pago del porcentaje del 5% tiene su origen en un acuerdo de voluntades, que se materializa con la suscripción del Contrato de Concesión.
97. Aclara que, el porcentaje de hasta 5% aludido por ADP, destinado a la Supervisión de Obras, tiene una finalidad única, en tanto sólo puede ser destinado a la supervisión de la obra en específico para el cual ha sido autorizada su entrega, no siendo de libre disponibilidad para el

Regulador; mientras que el Aporte por Regulación, si bien vinculado a las actividades que realiza la entidad, constituye una contribución y, en consecuencia, un recurso propio de OSITRAN, siendo, por tanto, de libre disponibilidad. En consecuencia, es claro que no estamos frente a obligaciones equiparables entre ellas, ni mucho menos ante prestaciones alternativas, en las que la ejecución de una de ellas (por ejemplo, el pago del porcentaje destinado a la Supervisión de Obra) exonera al Concesionario de ejecutar la otra (en este caso, el pago del Aporte por Regulación).

98. Concluye que, queda evidenciado que corresponde al Concesionario asumir el gasto asociado al Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto de Pago por Obras (PAO).

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

99. En atención a los hechos expuestos, así como a las particularidades del caso, conviene advertir que el tema a ser abordado en el presente proceso arbitral consiste en determinar si existe o no fundamento legal o contractual que autorice trasladar al MTC, la incidencia económica del Aporte por Regulación a cargo de ADP y pagado por éste.

100. En efecto, tal como lo ha reconocido ADP, la presente controversia no tiene por objeto determinar qué parte está obligada al pago de la Contribución (Tributo) "Aporte por Regulación", pues legalmente es el Concesionario el obligado al pago, sino determinar si en virtud de lo previsto en el Contrato de Concesión y sus Circulares, el MTC tiene o no que asumir en última instancia la carga económica del pago del Aporte por Regulación, mediante su reembolso al Concesionario.

101. Por ello, corresponde analizar las previsiones contractuales contenidas en el Contrato de Concesión.

102. A este efecto, en primer lugar, cabe tener en cuenta que, conforme a la cláusula segunda del Contrato de Concesión, la modalidad bajo la cual ésta se otorgó, es la cofinanciada por el Estado, bajo la figura de ingreso mínimo garantizado. Esto importa que el MTC como Concedente está obligado al pago del Cofinanciamiento, consistente en obligaciones de pago firmes que asume el Estado mediante el PAO y el PAMO, como contraprestación por la realización de los actos previstos en el Contrato de Concesión a cargo del Concesionario.

103. Conforme a la cláusula 9.11 del Contrato de Concesión resulta incuestionable que "los pagos del Cofinanciamiento se encuentran sujetos al régimen tributario aplicable". Es decir, es evidente que dichos pagos no están libres de los tributos que los gravan.

104. Por esa razón, en concordancia con esa estipulación contractual, en la cláusula 9.12 se deja claramente establecido que *“el Cofinanciamiento incluye todos los pagos que deberá realizar el CONCEDENTE estipulados en las Bases y en el Contrato, más el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro tipo de impuesto que pueda surgir en el futuro”*.
105. Esto quiere decir que claramente el Contrato asignó como obligación del Concedente, esto es del MTC, la asunción de la incidencia económica de los pagos por IGV y cualquier otro tipo de impuesto que pueda surgir en el futuro respecto de los conceptos estipulados en las Bases y en el Contrato.
106. De otro lado, respecto del Aporte por Regulación, el Contrato de Concesión lo prevé en la cláusula 14.6 denominada “Tasa de Regulación”, estableciendo en la cláusula 14.6.1 que *“el CONCESIONARIO está obligado a pagar a OSITRAN la tasa de regulación a que se refiere el artículo 10° de la Ley N° 27332. Dicha tasa se calculará y cobrará en los términos y montos a que se refiere dicho dispositivo legal y las respectivas Normas reglamentarias”*.
107. Como puede apreciarse, en el diseño de las responsabilidades que asume cada parte en el texto del Contrato de Concesión, no existe ninguna disposición que traslade la asunción del costo derivado del pago de la contribución por Aporte de Regulación al MTC.
108. En efecto, no existe una previsión contractual que establezca el reembolso a cargo del Concedente, como mecanismo de compensación de la incidencia económica generada por el pago de tal contribución como consecuencia de la facturación de ADP por el pago del Cofinanciamiento recibido del MTC. No existe una previsión contractual para mantener indemne al Concesionario de la incidencia económica derivada del pago por ese concepto.
109. Por esa razón, el Tribunal comparte la posición del MTC, en el sentido que en el Contrato de Concesión no existe pacto que lo obligue a realizar el pago del PAO y el PAMO de manera neta, libre de cualquier retención, deducción o incidencia económica, por o a cuenta de cualquier tributo, derecho, gravamen, que no sean únicamente los contemplados en la cláusula 9.12.
110. Debe advertirse que, al momento de celebrarse el Contrato de Concesión, esto es, al 11 de diciembre de 2006, ya estaba vigente el régimen de la Contribución del Aporte por Regulación, por lo tanto, las partes eran conscientes del Riesgo Tributario (incidencia económica) que comporta la aplicación del 1% a la facturación del Concesionario por concepto de ese tributo. De manera tal que, para asignar dicho riesgo o trasladarlo al Concedente, se debió contemplar un acuerdo de voluntades de las

partes, para repartir la carga económica del aporte o bien para trasladarla al MTC como Concedente, como sí se establece de manera expresa en otros contratos de Concesión que han sido materia de prueba en el proceso.

111. Ahora bien, como se señaló, ADP sostiene que el Aporte por Regulación correspondiente a la facturación por el PAO debe considerarse como un "gasto relacionado con la ejecución de las inversiones", por lo que, en línea con la Circular 030, la determinación del PAO debe necesariamente considerar todos los gastos y desembolsos relacionados con las Inversiones.

"PAO: Para la determinación del PAO, se incluirán todos los gastos y desembolsos relacionados con las inversiones destinadas a operaciones aeroportuarias a realizarse, durante el período de la Concesión. Estos desembolsos serán constituidos por: Estudios requeridos para la elaboración de expedientes técnicos, estudios de ingeniería y de desarrollo aeroportuario del Plan Maestro, margen de rentabilidad para el concesionario, porcentajes para el supervisor de obra y gastos financieros relacionados con el financiamiento de las inversiones."

112. De acuerdo a lo anterior, ADP asume como posición que, la Circular 030 es bastante clara al señalar que para la determinación del PAO se deben incluir "todos" los gastos y desembolsos relacionados con las Inversiones. Considera que, no hace falta que la Circular 030 señale de manera expresa que el Concesionario no debe verse afectado por el gasto que significa el pago del Aporte por Regulación. Es suficiente con el hecho de que la Circular 030 señale que para la determinación del PAO se incluirán "todos" los gastos relacionados con las Inversiones. Al ser el pago del Aporte por Regulación un gasto relacionado con el pago de las Inversiones, debió ser tomado en consideración, para que el Concesionario no se vea afectado económicamente con dicho aporte.

113. El Tribunal no comparte esta interpretación. Como bien señala OSITRAN en su Informe N° 016-08-GAL-OSITRAN de fecha 14 de abril del 2008, no cabe considerar como una inversión el pago del Aporte por Regulación:

"37. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que el cumplimiento de una obligación legal, como es el caso del pago de un tributo denominado Tasa de Regulación, no puede en modo alguno, ser considerado como una "inversión" en infraestructura y servicios, puesto que se trata simplemente del cumplimiento de una obligación ex lege por parte de AdP, lo que no puede formar parte del cofinanciamiento a cargo del Estado.

38. En efecto, no puede pedirse que en el cofinanciamiento del Estado se incluya el Aporte por Regulación, porque, tal como señalan las normas citadas, el cofinanciamiento constituye un ingreso (una

forma de recuperación de inversiones por parte del Concesionario), conjuntamente con las tarifas, cargos o precios cobrados, destinados a cubrir los gastos en inversiones en obras, así como la operación y el mantenimiento de la infraestructura o servicio público. En contraposición a ello, el pago del Aporte por Regulación no constituye la ejecución de una "inversión" en infraestructura, sino el cumplimiento de una obligación legal tributaria.

(...)

40. Por tanto, el cofinanciamiento forma parte de la base de cálculo para determinar el monto a pagarse por concepto de Aporte de Regulación, pero de ningún modo está destinado a reembolsar el pago de los Tributos, puesto que la norma ha establecido de manera expresa, que cubre únicamente las inversiones en obras, los gastos operativos y de mantenimiento.

114. El Tribunal hace suya la opinión de OSITRAN, en el sentido que el pago por el Tributo de Aporte por Regulación no puede considerarse un gasto o desembolso relacionado con las inversiones. En efecto, el hecho imponible de la contribución es la obtención por el obligado tributario (Concesionario) de un beneficio como consecuencia de la realización de un servicio público prestado por el organismo regulador. La fuente legal para imponer esa obligación legal (tributo) es ese hecho imponible, la alícuota del tributo está configurada por el 1% de la facturación anual, pero esa forma de calcular el tributo no supone que el fundamento del pago esté relacionado con la fuente de los ingresos (el ingreso por cofinanciamiento), si bien el monto o cálculo sí lo está, la naturaleza del hecho imponible no, pues la obligación nace como consecuencia que el Concesionario está bajo el ámbito del regulador.

115. Cabe reparar además que el texto de la Circular 30 detalla los gastos y desembolsos relacionados con las Inversiones, haciendo mención expresa a los gastos financieros, omitiendo los gastos tributarios. En otras palabras, la lectura completa del texto de la Circular únicamente permite interpretar que está referida a gastos y de ninguna manera es la expresión de un traslado de la obligación de atender el pago de un tributo.

116. Bajo esa premisa, no cabe interpretar extensivamente la Circular 30 para crear una obligación a cargo del MTC, consistente en asumir en última instancia la carga económica por el pago de la contribución, debiendo reembolsar a ADP los pagos hechos por concepto de Aporte por Regulación correspondiente al PAO.

117. ADP ha invocado que como consecuencia del pago del Aporte por Regulación sobre la facturación del PAO se genera como consecuencia que no se le compense o recupere el 100% de la inversión.

118. Frente a dicha situación, el Tribunal Arbitral considera que, desde un punto de vista formal, la pretensión de ADP respecto del requerimiento de reembolso de lo pagado por Aporte de Regulación considerando los ingresos por PAO, no resulta amparable por este Colegiado, toda vez que no se trata de un problema de interpretación contractual, sino de las condiciones pactadas en el Contrato sobre el pago de esa contribución en cuestión, y la ausencia de un pacto expreso de las partes para reasignar al Concedente el riesgo contractual de la incidencia económica de ese egreso por ese concepto. La corrección de la distorsión que reclama ADP no es a través de una interpretación del Tribunal, sino que el Concesionario debió solicitar la modificación del Contrato de Concesión, conforme a la cláusula décimo séptima.

En efecto, los árbitros deben respetar la común intención de las partes, lo que conlleva el deber de resolver de acuerdo a los términos del contrato. En consecuencia, los árbitros no pueden desconocer lo pactado ni modificar lo que las partes establecieron en el contrato. En ese marco, los árbitros están autorizados a interpretar los términos del contrato a fin de lograr un resultado justo y equitativo, pero bajo la premisa de que no pueden modificar los términos contractuales vía interpretación

119. Atendiendo a todas las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye su análisis, llegando a la convicción racional en el presente caso, que al Concesionario le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto del Pago por Obras (PAO). En esa medida, corresponde declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

SEGUNDA Y TERCERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“COMO CONSECUENCIA DE DECLARARSE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL MTC ESTÁ OBLIGADO A REEMBOLSAR A ADP LOS MONTOS QUE ESTE ÚLTIMO HA PAGADO DESDE EL INICIO DE LA CONCESIÓN AL OSITRAN COMO APORTE POR REGULACIÓN RESPECTO DE LOS INGRESOS POR CONCEPTO DEL PAO ASCENDENTES A S/. 2'190,076.16, MÁS LOS INTERESES, COSTOS Y GASTOS CORRESPONDIENTES”

“COMO CONSECUENCIA DE DECLARARSE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL MTC, DE CARA A LAS FUTURAS INVERSIONES ASOCIADAS AL PAO, ESTÉ OBLIGADO A REEMBOLSAR EL PAGO DEL APORTE POR REGULACIÓN RESPECTO DE LA FACTURACIÓN POR PARTE DE ADP POR TODO CONCEPTO PAO, DE TAL MODO QUE ADP

NO ASUMA LA CARGA ECONÓMICA DEL PAGO DEL APORTE POR REGULACIÓN”

120. Estas materias de pronunciamiento corresponden a la primera y segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente está obligado a reembolsar al Concesionario los montos que este último ha pagado desde el inicio de la Concesión al OSITRAN como Aporte por Regulación respecto de los ingresos por concepto del PAO ascendentes a S/. 2'190,076.16 (Dos millones ciento noventa mil setenta y seis con 16/100 Nuevos Soles), más los intereses, costos y gastos correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente, de cara a las futuras inversiones asociadas al PAO, esté obligado a reembolsar el pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación por parte del Concesionario por todo concepto PAO, de tal modo que el Concesionario no asuma la carga económica del pago del Aporte por Regulación.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

121. En el presente caso, los supuestos de hecho bajo los cuales se formulan la primera y segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda, han sido formulados bajo el fundamento que son efectos derivados en caso se hubiera declarado que a ADP no le correspondía asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación del reembolso de los ingresos por concepto del Pago por Obras (PAO).

122. Por ende, siendo las pretensiones bajo análisis propiamente unas sujetas al resultado del pronunciamiento que recae respecto de la primera pretensión de la demanda, lo que se ha decidido respecto de esta, determina la decisión a recaer sobre las pretensiones accesorias a la primera principal.

123. Atendiendo el criterio lógico con que han sido propuestas las pretensiones, al haberse declarado infundada la Primera Pretensión

Principal de la Demanda, deviene también en INFUNDADAS sus pretensiones accesorias.

CUARTA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE A ADP NO LE CORRESPONDE ASUMIR EL GASTO ASOCIADO AL PAGO DEL APORTE POR REGULACIÓN RESPECTO DE LA FACTURACIÓN DE LOS INGRESOS POR CONCEPTO DEL COFINANCIAMIENTO ASOCIADO AL CONCEPTO PAMO”.

124.La cuarta materia de pronunciamiento corresponde a la:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare que al Concesionario no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación de los ingresos por concepto del Cofinanciamiento asociado al concepto PAMO.

POSICIÓN DE ADP

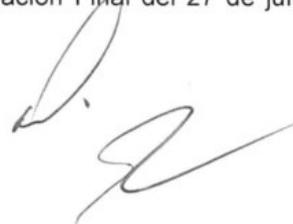
125.Considera que no corresponde que soporte, en última instancia, la carga económica del pago del Aporte por Regulación respecto de los ingresos por concepto de Cofinanciamiento, necesarios para completar el PAMO.

126.Señala que, en el Informe de Valuación Final, del 23 de junio de 2005, cuando se hicieron las proyecciones de ingresos y egresos de la Concesión, se asumió que la “Contribución a Ositran” iba a ser equivalente sólo al 1% de los Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios (luego denominados en el Contrato de Concesión Ingresos Regulados y No Regulados)¹. Es decir, se asumió que los ingresos por concepto de Cofinanciamiento, no iban a estar afectos a dicha Contribución.

127.Expresa que en el “Informe de Valuación Final Ajustado” de Interinvest, del 27 de julio de 2005 se vuelve a señalar que la “Contribución a Ositran” iba a ser equivalente sólo al 1% de los Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios (luego denominados en el Contrato de Concesión Ingresos Regulados y No Regulados)². Es decir, se asumió que los ingresos por

¹ Numeral V.5.6 “Impuestos Directos”, Pág. 54 del Informe de Valuación Final del 23 de junio de 2005.

² Numeral V.5.6 “Impuestos Directos”, Pág. 53 del Informe de Valuación Final del 27 de julio de 2005.

 30

concepto de Cofinanciamiento, no iban a estar afectos a dicha Contribución.

128. Añade que, en el "Informe de Valuación Final Ajustado" de Interinvest, del 27 de julio de 2005 se puede comprobar fehacientemente que se asumió que la Contribución a OSITRAN se iba a pagar solamente respecto de los Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios; y no respecto al ingreso total, observando lo señalado en los Costos, Gastos y Estados Financieros proyectados.

129. Agrega que, en el Informe realizado por el Consultor Dante Blotte, se realizó una revisión de los supuestos base del Informe elaborado por Interinvest S.A. para determinar el PAMO Máximo del Primer Grupo de Aeropuertos.

130. Enfatiza que, en la revisión que se realizó sobre la base del sexto proyecto del Contrato de Concesión, el consultor únicamente recomendó que se realicen ajustes en los gastos de personal, gastos por servicios a terceros, gastos diversos, gastos de representación y gastos de oficina central.

131. Puntualiza que, con relación a la Contribución a OSITRAN, no se realizó ninguna modificación en el modelo económico financiero. Por ello, queda claro que la Contribución a OSITRAN fue estimada considerando que el Concesionario pagaría al Estado el 1% del total de ingresos percibidos por cada aeropuerto por los conceptos de cada ingreso aeroportuario y no aeroportuario. En efecto, en la Pág. 30 del Informe del Consultor Dante Blotte, el cual contiene los Costos y Gastos del Aeropuerto de Iquitos, se aprecia que en el Año 1 considera:

- a) El monto de US\$ 1'030,278 en los Ingresos Aeroportuarios.
- b) El monto de US\$ 365,309 en los Ingresos No Aeroportuarios.
- c) El monto de US\$ 13,956 en la Contribución a OSITRAN.
- d) Se puede apreciar que el monto de US\$ 13,956 es el 1% del total de la suma de los Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios ($1'030,278 + 365,309 = 1'395,587$).



	Año 1	Año 2	Año 3	...	Año 25
Ingresos Aeroportuarios	1'030,278	1'130,920	1'175,404		2'189,061
Ingresos No Aeroportuarios	365,309	420,557	476,304		936,031

Total	1'395,5 87	1'551,4 77	1'651,7 08		3'125,09 2
Contribución a OSITRAN (1% del Total)	13,956	15,515	16,517		31,251

132. Resalta que, la misma equivalencia de la Contribución a OSITRAN del 1% del total de la suma de los Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios acontece en los cuadros de ingresos y egresos proyectados de los demás Aeropuertos (Trujillo, Pucallpa, Piura, Tarapoto, Chiclayo, Cajamarca, Tumbes, Anta Huaraz, Chachapoyas, Talara, Pisco), contemplados en el Informe del Consultor Dante Blotte.

133. Aprecia que, en el modelo económico financiero elaborado por encargo de PROINVERSION para determinar el PAMO y la viabilidad económica de la Concesión, se asumió que solamente se pagaría el Aporte por Regulación (Contribución a OSITRAN) respecto de los Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios.

134. Alega que, PROINVERSIÓN no contempló que se pagaría el Aporte por Regulación a OSITRAN respecto de los Ingresos Percibidos por el Cofinanciamiento, es decir, los Ingresos Percibidos por PAO y los Ingresos Percibidos por Cofinanciamiento asociados al PAMO.

135. Prosigue indicando que, PROINVERSIÓN contrató un tercer consultor para la validación del PAMO Máximo del Concurso. Para ello, el Consultor Wolfgang Georg Plutniok realizó una revisión y actualización final del PAMO, sobre la base de informes y documentos recibidos por la entidad. El informe únicamente actualizó los costos de mantenimiento, en concordancia con los requerimientos técnicos mínimos señalados en el sexto proyecto del Contrato de Concesión, las normas de OACI y los nuevos montos validados por la DGAC.

136. Sostiene que, con relación a la Contribución a OSITRAN, no se realizó ninguna modificación en el modelo económico financiero. Por tanto, resulta claro que ésta fue estimada considerando que la Sociedad Concesionaria pagará al Estado el 1% del total de ingresos percibidos por cada aeropuerto por los conceptos de cada ingreso aeroportuario y no aeroportuario, de conformidad a lo señalado en los informes de Interinvest S.A. y Dante Blotte.

137. Entiende que, el Estado Peruano, a través de PROINVERSION, en todo momento asumió que sólo se pagaría el Aporte por Regulación a favor del OSITRAN por los ingresos generados directamente a través de la explotación de la concesión (Ingresos Regulados y No Regulados). Esto

resulta sumamente importante pues significa que para efectos del cálculo del PAO y del PAMO no se tomó en consideración la reducción que iban a sufrir los ingresos del Concesionario por el pago del Aporte por Regulación, al aplicarse sobre el 1% del total de la facturación.

138. Considera que, como se desprende de los Informes elaborados y presentados por los distintos consultores contratados por PROINVERSION para la determinación del PAMO, en todos ellos se consideró que la Contribución a OSITRAN iba a ser tan sólo del 1% de los ingresos generados por el propio Concesionario (Ingresos Aeroportuarios y No Aeroportuarios), no así respecto del Cofinanciamiento.
139. Manifiesta que, resulta claro que el mismo Estado Peruano, actuando a través de PROINVERSION, asumió que no se iba a deducir el 1% del total del PAMO para el pago del Aporte por Regulación y sobre la base de dicho supuesto, estimo cuál sería el PAMO necesario para cubrir los costos de operación y mantenimiento del Concesionario.
140. Argumenta que, atendiendo a la voluntad de las Partes al momento de la suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario no debería sufrir la carga económica del pago del Aporte por Regulación aplicado sobre los ingresos provenientes del Cofinanciamiento.
141. Precisa que, el objeto de la Segunda Pretensión no es, de ninguna manera, la inaplicación de las leyes que establecen el pago del Aporte por Regulación lo que se pretende. Lo único que se pretende es el pronunciamiento del Tribunal en el sentido que, conforme a la verdadera voluntad de las Partes, no debería ser el Concesionario el que sufriera la carga económica del pago del Aporte por Regulación respecto de los ingresos por concepto de Cofinanciamiento, necesario para completar el PAMO.
142. Concluye que, resulta entonces claro que el entendimiento de ambas Partes, Estado Peruano y Postor Adjudicatario (quien luego constituiría al Concesionario) era que no se aplicaría el Aporte por Regulación respecto del monto correspondiente al Cofinanciamiento. Bajo dicho entendimiento, las Partes suscribieron el Contrato de Concesión. En consecuencia, en estricto cumplimiento del Acuerdo de Voluntades, el Concesionario no se debe ver afectado, en última instancia, por la carga económica que significa el pago del Aporte por Regulación respecto del Cofinanciamiento asociado al PAMO.

POSICIÓN DEL MTC

143. Aclara que los informes de Valuación no reemplazan a la decisión final que tiene PROINVERSIÓN respecto del diseño de los Contratos

de Concesión y que se plasma en las disposiciones contractuales previstas en este último. En efecto, las proyecciones de ingresos y egresos son, como su nombre lo indica, proyecciones y, en consecuencia, pueden estar sujetas a sucesivas correcciones y modificaciones, siendo que, por prelación, prima sobre ellos lo pactado expresamente por las partes en el Contrato de Concesión, continuando en ese mismo orden descendente, lo señalado en las Bases del Concurso, las Circulares emitidas durante el proceso de licitación, las consultas y la documentación que haya podido generar PROINVERSION durante la etapa de diseño. Partiendo de esta premisa, es claro que en el presente caso la literalidad del Contrato de Concesión prima por encima de las proyecciones de ingresos y egresos que hayan podido realizarse en el marco de la etapa de diseño y si de él no se desprende ninguna disposición que obligue expresamente al Concedente a asumir el pago del Aporte por Regulación respecto del PAMO, no es viable que en el arbitraje se sostenga dicha pretensión.

144. Advierte que el Modelo Económico elaborado por PROINVERSION y utilizado por el Estado es confidencial durante el proceso de promoción, no habiendo existido posibilidad que el mismo haya sido de conocimiento de los postores, por cuanto este sirve para determinar las variables de competencia utilizadas en el diseño de los procesos de promoción de la inversión privada. Por ello, considerando que el modelo financiero no fue puesto en conocimiento de los postores, no resultaba razonable que los postores internalicen en sus ofertas los costos que hayan sido o no contemplados en dicho modelo, ya que no tuvieron acceso al mismo.

145. Sin perjuicio de ello, reitera que el pago del aporte por regulación se encontraba ya establecido en la normativa legal y en el proyecto de Contrato de Concesión, por lo que era de pleno conocimiento de los postores que debían internalizar dichos costos sobre todos los ingresos que fueran a facturar, incluyendo el PAO y el PAMO (por los que el Concesionario emite una factura), siendo responsabilidad de cada postor, internalizar dichos pagos en los modelos financieros que elaboraron y sobre los cuales, finalmente presentaron sus propuestas; en la medida que la fórmula de cofinanciamiento que incluye, entre otros, el concepto PAMO y PAO, era conocida por los postores, así como los rubros sobre los cuales el Concesionario obtendría sus ingresos.

146. Puntualiza que, al haberse dispuesto expresamente en la cláusula 14.6 del Contrato de Concesión, y por lo tanto fue aceptado por el Concesionario, que este está obligado a pagar a OSITRAN la tasa de regulación a que se refiere el artículo 10° de la Ley No 27332, norma que establece que la base imponible para el cálculo de dicho tributo lo

constituye el valor de facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal; corresponde que dicho cálculo se realice sobre dicha base, incluyendo el PAO y el PAMO.

147. Indica que en el Informe No 016-08-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 14 de abril de 2008 el Organismo Regulador emitió una opinión similar, en el marco de la solicitud de opinión presentada por el MTC mediante Oficio No 296-2008-MTC/25 del 31 de marzo de 2008, como consecuencia del requerimiento de ADP respecto a la devolución de pago por concepto de Aporte por Regulación calculado sobre la base de las liquidaciones de Obras de Rápido Impacto, Mantenimiento Correctivo y Pago de Obras, conceptos que también forman parte del cofinanciamiento y que fueron facturados por el Concesionario en su oportunidad, cuya copia fue remitida adjunta al Informe No 041-2015-GSF-GAJ-OSITRAN del 12 de agosto de 2015, enviado al MTC en respuesta a la consulta formulada por el MTC a través del Oficio No 2059-2015-MTC/25 del 30 de junio de 2015.

148. Concluye que lo solicitado por ADP en su demanda arbitral no se encuentra enmarcado en lo expresamente dispuesto por el Contrato de Concesión ni lo señalado en la normativa vigente, pues la cláusula 14.6 del Contrato de Concesión, en cuanto al Aporte por Regulación, dispone que el Concesionario está obligado a pagar a OSITRAN el Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10° de la Ley No 27332 y que éste se calculará y cobrará en los términos y montos a que se refiere dicho dispositivo legal y las respectivas normas reglamentarias.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

149. En este extremo, el Tribunal advierte que conforme a la cláusula 16.3.3 del Contrato de Concesión, en caso de discrepancia en la interpretación de ese contrato, prevalece lo dispuesto por el Contrato de Concesión, los Anexos del Contrato, las Circulares y finalmente las Bases.

150. Como se ha expuesto, respecto del Aporte por Regulación, el Contrato de Concesión claramente dispone en la cláusula 14.6.1 que el Concesionario está obligado a pagar a OSITRAN la tasa de regulación a que se refiere el artículo 10° de la Ley N° 27332. Dicha tasa se calculará y cobrará en los términos y montos a que se refiere dicho dispositivo legal y las respectivas Normas reglamentarias.

151. En el artículo 1 del Decreto Supremo N° 104-2003-PCM se establece que la alícuota del Aporte por Regulación a que hace referencia el artículo 10°

de la Ley N° 27332 para OSITRAN es de 1% de la facturación anual, deducido el IGV y el Impuesto de Promoción Municipal.

152.No cabe duda que la norma no hace distinción sobre los ingresos que son materia de facturación, por lo que la contribución afecta a todos los ingresos facturados por el Concesionario, lo que incluye también a aquellos percibidos por concepto de PAO y PAMO.

153.Conforme lo señala el OSITRAN en el Informe No 041-15-GSF-GAJ-OSITRAN, el Modelo Económico/Financiero elaborado por PROINVERSION, no fue puesto en conocimiento de los postores para que lo tuvieran en cuenta al formular sus ofertas, razón por la cual no tenían porqué asumir supuestos no conocidos o que no debieron conocer para estimar los costos que conllevaría la facturación de los ingresos por el Cofinanciamiento por concepto de PAMO.

154.En ese sentido, es evidente que las partes al suscribir el Contrato de Concesión estaban en plena capacidad de representarse que, como parte del equilibrio económico financiero de dicho Contrato, el riesgo de incidencia de la tributación importaba el costo derivado de la obligación del pago del Aporte por Regulación que afecta la facturación por concepto de PAMO.

155.El Tribunal identifica que en el Contrato de Concesión no existe estipulación que permita concluir que no se aplicaría el Aporte por Regulación respecto del monto correspondiente al Cofinanciamiento que resulte incluido en un proceso de facturación por ADP, ni que se haya pactado un mecanismo mediante el cual se traslada al Concedente, la carga económica que significa el pago efectuado por el Concesionario del Aporte por Regulación respecto del Cofinanciamiento asociado al PAMO.

156.En esa medida, no existe sustento legal ni contractual para declarar que a ADP no le corresponde asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación de los ingresos por concepto del Cofinanciamiento asociado al concepto PAMO.

157.Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal tiene la convicción racional que la segunda pretensión principal de la demanda debe declararse INFUNDADA.

QUINTA Y SEXTA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO:

“COMO CONSECUENCIA DE DECLARARSE FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL MTC ESTÁ OBLIGADO A REEMBOLSAR A ADP LOS MONTOS QUE ESTE ÚLTIMO HA PAGADO DESDE EL INICIO DE LA CONCESIÓN AL OSITRAN, COMO APORTE POR REGULACIÓN, RESPECTO DE LOS INGRESOS POR CONCEPTO DE

COFINANCIAMIENTO NECESARIO PARA COMPLETAR EL PAMO ASCENDENTES A S/. 1'544,493.23, MÁS LOS INTERESES, COSTOS Y GASTOS CORRESPONDIENTES"

"COMO CONSECUENCIA DE DECLARARSE FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE EL MTC ESTÁ OBLIGADO A REEMBOLSAR EL PAGO DEL APOORTE POR REGULACIÓN RESPECTO DE LA FACTURACIÓN POR PARTE DE ADP POR CONCEPTO DE COFINANCIAMIENTO ASOCIADO AL PAMO, DE TAL MODO QUE ADP NO ASUMA LA CARGA ECONÓMICA DEL PAGO DEL APOORTE POR REGULACIÓN, DEBIENDO ÚNICAMENTE ASUMIR EL CORRESPONDIENTE AL APOORTE POR REGULACIÓN SOBRE LOS INGRESOS REGULADOS Y LOS INGRESOS NO REGULADOS"

158. Estas materias de pronunciamiento corresponden a la primera y segunda pretensión principal de la demanda.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente está obligado a reembolsar al Concesionario los montos que este último ha pagado desde el inicio de la Concesión al OSITRAN, como Aporte por Regulación, respecto de los ingresos por concepto de Cofinanciamiento necesario para completar el PAMO ascendentes a S/. 1'544,493.23 (Un millón quinientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y tres con 23/100 Nuevos Soles), más los intereses, costos y gastos correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, habiéndose declarado Fundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal declare que el Concedente está obligado a reembolsar el pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación por parte del Concesionario por concepto de Cofinanciamiento asociado al PAMO, de tal modo que el Concesionario no asuma la carga económica del pago del Aporte por Regulación, debiendo únicamente asumir el correspondiente al Aporte por Regulación sobre los Ingresos Regulados y los Ingresos No Regulados..

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

159. En el presente caso, los supuestos de hecho bajo los cuales se formulan la primera y segunda pretensión accesorias a la segunda pretensión principal de la demanda, han sido formulados bajo el fundamento que son efectos derivados en caso se hubiera declarado que a ADP no le

correspondía asumir el gasto asociado al pago del Aporte por Regulación respecto de la facturación de los ingresos por concepto del Cofinanciamiento asociado al concepto PAMO.

160. Por ende, siendo las pretensiones bajo análisis propiamente unas sujetas al resultado del pronunciamiento que recae respecto de la segunda pretensión principal de la demanda, lo que se ha decidido respecto de esta, determina la decisión a recaer sobre las pretensiones accesorias a la segunda principal.

161. Atendiendo el criterio lógico con que han sido propuestas las pretensiones, al haberse declarado infundada la Segunda Pretensión Principal de la Demanda, deviene también en INFUNDADAS sus pretensiones accesorias.

PRONUNCIAMIENTO SOBRE COSTAS Y COSTOS

162. 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”.

163. Por su parte, el artículo 57° del REGLAMENTO al que se han sometido las partes en su convenio arbitral, establece lo siguiente:

Artículo 57°. - “Condena de costos

El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

El término costos comprende:

Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro.



38

Los gastos administrativos del Centro.

Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.

El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.

Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

(...)”.

164. En el presente caso, conforme a la cláusula 16.5.2.6 del Contrato de Concesión, “*todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia Técnica o No-Técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de una controversia, serán cubiertos por la Parte vencida*”.

165. Atendiendo al pacto, así como a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y el REGLAMENTO, y considerando el resultado de este arbitraje donde resulta vencida la demandante, este Tribunal Arbitral considera necesario disponer que ADP asuma los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, consistentes en lo que corresponde a los costos administrativos del CENTRO y a los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso. Debiendo asumir cada parte los gastos que por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido.

IV. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

166. 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 de 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.

V. DECISIÓN

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

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**. Primera Cláusula Adicional celebrada en el mes de mayo de 2007.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA** la **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

SÉPTIMO: Se fijan los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/ 90,000.00 (noventa mil con 00/100 Soles) más IGV y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en la suma de S/ 30,000.00 (treinta mil con 00/100 Nuevos Soles) más IGV, según liquidaciones practicadas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

OCTAVO: DISPÓNGASE que ADP asuma los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, consistentes en lo que corresponde a los costos administrativos del CENTRO y a los honorarios arbitrales establecidos como consecuencia del presente proceso. Debiendo asumir cada parte los gastos que por concepto de su defensa legal en los que hubiera incurrido.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



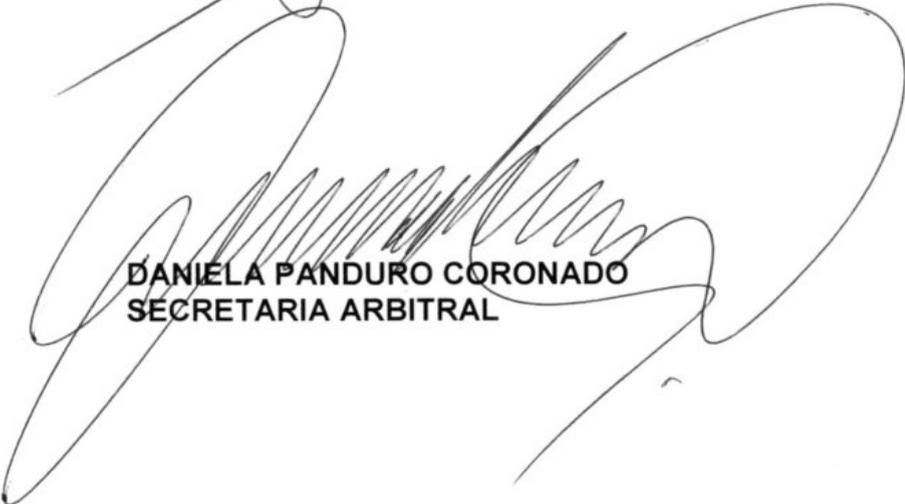
ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL



HUGO SOLOGUREN CALMET PONTE
ÁRBITRO



JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
ÁRBITRO



DANIELA PANDURO CORONADO
SECRETARIA ARBITRAL

