



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

Al momento de emitir pronunciamiento respecto a la solicitada reducción de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN a la Contratista, si bien se ha señalado los fundamentos fácticos y jurídicos que, a su criterio, permiten amparar dicha pretensión, no se ha señalado cómo es que se ha obtenido la cuantía de la penalidad reducida. En tal sentido, se advierte que la motivación respecto a dicho extremo resulta ser aparente, por lo que corresponde declarar fundada en parte la demanda, debiendo declararse la nulidad del quinto extremo resolutivo del laudo, en lo que se refiere a la cuantía establecida.

EXPEDIENTE N° 443-2018-0-1817-SP-CO-02

Demandante : MINISTERIO DE TRANSPORTES Y
COMUNICACIONES
Demandado : AEROPUERTOS ANDINOS DEL PERÚ
Materia : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE

Miraflores, diecisiete de setiembre de dos mil veinte

VISTOS:

1.- OBJETO DEL RECURSO

Es materia de pronunciamiento la demanda de Anulación Parcial del Laudo Arbitral interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, representado por el Procurador Público (e) Henmer Alva Neyra (en adelante, la Entidad) contra el tercer y el quinto extremo resolutivo del Laudo Arbitral de fecha 17 de mayo de 2018, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Enrique Palacios Pareja (en calidad de Presidente), Gerson Gleiser Boiko y Nilo Vizcarra Ruiz, en el proceso arbitral seguido contra Aeropuertos Andinos del Perú S.A. (en adelante, AAP).

Interviene como magistrado ponente el **Sr. Calle Taguche**.

2.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Causales de anulación de laudo arbitral invocadas:

CAUSAL B



La Entidad invoca como causal de anulación aquella prevista en el artículo 63, numeral 1, literal **b)** del Decreto Legislativo N.º 1071, según la cual el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe **“que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”**. (Énfasis agregado)

Respecto a esta causal, la Entidad denuncia que el laudo arbitral contiene una motivación defectuosa, vulnerando de ese modo su derecho a la motivación de las resoluciones, derecho que a su vez forma parte del derecho al debido proceso. Al respecto, señala los siguientes argumentos:

Primer vicio o defecto de motivación (con relación al tercer extremo resolutivo que se pronunció sobre la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda): Motivación insuficiente.

(i) Que, si bien el Tribunal Arbitral ha explicado las razones por las cuales resultaría aplicable las normas del Código Civil, no ha fundamentado por qué razón ha privilegiado la aplicación de dicho Código sobre la voluntad de las partes plasmadas contractualmente, teniendo en consideración que el Código Civil se aplica supletoriamente sólo en aquellos casos en que las partes no han pactado un procedimiento con reglas específicas para el cálculo de penalidades; lo que no ocurre en el presente caso, ya que OSITRAN aplicó el procedimiento y la metodología para cuantificar la penalidad en base a lo establecido en la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión.

Segundo vicio o defecto de motivación (con relación al quinto extremo resolutivo que se pronunció sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda): Motivación aparente.

(ii) El Tribunal Arbitral no ha explicado las razones del porqué privilegia la aplicación del Código Civil sobre la voluntad de las partes plasmada en la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión, y arguye una interpretación sistemática del contrato, a efectos de reducir la penalidad impuesta por el incumplimiento de las normas de manejo de residuos sólidos, no encontrándose sujeto dicho tipo de penalidad a ninguna fórmula o metodología que deba ser previamente sustentada, siendo claro y directo el Contrato respecto a dichas penalidades (Cláusulas 12.1.1.1 y 12.1.5.1).

Tercer vicio o defecto de motivación (con relación al quinto extremo resolutivo que se pronunció sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda): motivación sustancialmente incongruente.

(iii) El Tribunal Arbitral ha utilizado argumentos que no han formado parte de la causa petendi de las pretensiones subordinadas formuladas por la Contratista y que han sido amparadas. Luego, si bien para establecer el monto de la



penalidad, en el caso de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, se tuvo en consideración el grado de incumplimiento y las consecuencias que éste haya generado o podido generar, porque en el contrato se estableció que dicho monto debía calcularse en base a tales elementos; empero, no ocurre lo mismo respecto a la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, donde el Tribunal Arbitral incorporó dicho análisis en base a una supuesta interpretación sistemática, lo cual evidentemente al haberlo hecho recién con la emisión del laudo, constituye una motivación sustancialmente incongruente (al desviar el objeto controvertido a una situación no discutida) y lesiona el derecho de defensa de la Entidad, pues dicho aspecto no fue sometido al contradictorio.

Cuarto vicio o defecto de motivación (con relación al quinto extremo resolutivo que se pronunció sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda): motivación aparente.

(iv) Que, luego de haber aplicado el Código Civil, y señalado que para el establecimiento del monto de la penalidad, debía tomarse en consideración el grado de incumplimiento y las consecuencias que éste haya generado o podido generar, el Tribunal Arbitral no explica bajo qué criterio o cuál ha sido la fórmula o el razonamiento para establecer el quantum de la penalidad reducida.

3.- TRÁMITE DEL PROCESO

3.1. Por resolución N° 2 de fecha 06 de mayo de 2019, se admitió a trámite la demanda por la causal contemplada en el literal b) del numeral 1 del artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

3.2. Mediante resolución N° 4 de fecha 20 de enero de 2020, se tuvo por no absuelto el traslado del recurso de anulación de laudo arbitral, respecto de la emplazada Aeropuertos Andinos del Perú S.A.; y, se dispuso tener por apersonado al proceso al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, en calidad de tercero coadyuvante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, teniéndose presente lo expuesto en su escrito de apersonamiento en lo que fuere de ley.

CONSIDERANDO:

FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPERIOR

PRIMERO: Cabe resaltar que nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, delimita ex presamente la intervención de la justicia ordinaria estatal (Poder Judicial), sólo a través de los recursos de anulación de laudo arbitral, tal como lo dispone el numeral 1) del artículo 64° de la anotada Ley, que a la letra señala que ***“El recurso de anulación se interpone***



ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo...”.

SEGUNDO: A su vez como correlato de la coexistencia de la impartición de justicia alternativa pactada, el legislador le ha otorgado a este recurso, un carácter excepcional y sumarísimo, el cual se desprende de la Ley de Arbitraje en mención, razón por la cual el numeral 1) de su artículo 62° prescribe que ***“Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63”.*** Estas causales que justificarían someter la decisión de los árbitros a un juicio de validez por parte del órgano jurisdiccional competente y por consiguiente, permitirían la anulación de la actuación arbitral, están referidas a la tutela del derecho al debido proceso arbitral, a la tutela del orden público y a la reserva judicial de los asuntos extraídos de la libre disposición de los particulares o no pronunciamiento sobre materias no arbitrables.

TERCERO: Asimismo el numeral 2) del artículo 62 de la referida ley establece imperativamente que ***“El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.*** Al respecto, cabe resaltar que el recurso de anulación constituye una pretensión impugnativa que activa el sistema de revisión judicial del arbitraje, donde la ley especial establece los límites de la labor del órgano jurisdiccional competente, el cual ve restringida su función a las causales taxativamente contempladas en la norma e invocadas por la parte recurrente, encontrándose impedido de someter a evaluación el criterio adoptado por los árbitros al decidir el fondo de la controversia, tal como lo precisa la norma acotada, puesto que si se permitiera que en sede judicial analizar el fondo de la controversia, se contravendría la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, donde expresamente renunciaron a la jurisdicción estatal y se sometieron a la competencia de los árbitros para la solución de sus conflictos.

4.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

CUARTO.- En el caso que nos ocupa, la controversia planteada deriva del “Contrato de Concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación y explotación del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú”, suscrito por las partes con fecha 5 de enero de 2011.

Fluye de las actuaciones arbitrales que la demanda arbitral fue interpuesta por la ahora demandada Aeropuertos Andinos del Perú S.A.



QUINTO.- Que, mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2017, AAP interpuso demanda arbitral en contra del MTC, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

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

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

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

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

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

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que el Tribunal Arbitral declare inválidas las penalidades impuestas por OSITRAN a AAP mediante Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de enero de 2017 y confirmadas mediante Oficio N° 085-2017-GG-OSITRAN de fecha 116 de febrero del mismo año, los cuales ascienden en conjunto al monto total de US\$ 1'250,000.00 (Un Millón Doscientos Cincuenta Mil y 00/100 Dólares Americanos), por no haberse verificado los supuestos incumplimientos de los numerales 12.1.5.1 y 12.1.1.1 de la cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión por parte de nuestra empresa.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

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

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

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

Constituyendo los extremos resolutivos del laudo materia de cuestionamiento en el recurso formulado, los siguientes:

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

(...)

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

(...)

CAUSAL B “QUE EL LAUDO ARBITRAL CONTIENE UNA MOTIVACIÓN DEFECTUOSA”

SÉXTO.- Como se señaló en el exordio de la presente resolución, la entidad demandante invoca la causal b) del numeral 1) del Artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, para denunciar que en el Laudo materia de cuestionamiento



se ha vulnerado su derecho a la debida motivación. En ese sentido, como ha quedado reiteradamente establecido por la casuística y jurisprudencia de las Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima, el derecho a la motivación se encuentra dentro de la cobertura del control judicial de validez del laudo por vía del recurso de anulación previsto por la Ley de Arbitraje.

SÉTIMO.- Debe anotarse que en muchas ocasiones los cuestionamientos al laudo arbitral se presentan bajos subterfugios concernientes a una indebida motivación, cuando lo que en realidad cuestiona la parte es el fondo de lo decidido por el Tribunal Arbitral. Así, bajo el argumento de una presunta indebida motivación se plantea, en realidad, la posibilidad de revisión, por el órgano jurisdiccional, del laudo arbitral. Al respecto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

“Consideramos que el deber de motivar implica incluir una motivación y no darle una calidad determinada a la misma, salvo, claro está, un acuerdo distinto entre las partes, sea de manera directa o a través del sometimiento a un Reglamento Arbitral que así lo exija. El artículo 62° de la Ley Arbitral claramente indica que los jueces no pueden revisar la calidad de la motivación ni calificar la misma por la vía de anulación. Pero como está redactada la norma no cierra el camino a que el Juez defina la existencia de una motivación, sin entrar a calificar las bondades o defectos de la misma. Dicho de otra manera, el juez puede ver de fuera si la motivación existe, pero no puede ver la motivación desde dentro y calificar si es adecuada. De esa manera se da pleno sentido a una norma como el artículo 56° que obliga a motivar y a otra norma como el artículo 62° que prohíbe al juez revisar la motivación. Como dijimos el artículo 62° preserva que las anulaciones no se conviertan en apelaciones. La interpretación que sostenemos cuida que eso sea así.”¹

Por consiguiente, cuando del recurso de anulación se advierta un cuestionamiento al razonamiento intrínseco del Tribunal Arbitral respecto del fondo de la controversia analizada, dicho recurso (demanda) será declarado infundado, pues no existe espacio en este proceso judicial de anulación de laudo para pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, así como para revisar los criterios o motivaciones del árbitro expuestos en el laudo arbitral, conforme a lo prescrito por el artículo 62, inciso 2, del Decreto Legislativo N° 1071.

OCTAVO.- Que, antes de emitir pronunciamiento sobre la segunda y tercera pretensión principal, así como de las pretensiones subordinadas a las mismas, el Tribunal Arbitral se pronunció respecto a la funcionalidad de la Cláusula Penal según la normatividad (acápito 2.1.1. del laudo) y la cláusula penal contenida en el numeral 18.8 del Contrato (acápito 2.1.2. del laudo) [ver páginas 18 a 21 del laudo].

Así, el Tribunal Arbitral interpretó que de acuerdo a lo establecido en el referido numeral 18.8, el solo incumplimiento de obligaciones era suficiente para activar la cláusula penal, y que los elementos referidos al daño no están dirigidos a generar la aplicación de la penalidad, sino a ser considerados para la cuantificación de la misma.

¹ SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALES, Alfredo. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Tomo II, p. 629 y 630.



Además, refiere que dados los términos de la penalidad pactada, en el marco del contrato de concesión de un servicio público, su naturaleza es compulsiva, en tanto se estipuló que el sólo incumplimiento podía activar la penalidad; pero, sin perjuicio de ello, no se renunciaba a su componente resarcitorio en cuanto, para determinar el monto de la pena en un rango entre 1 y 100 UITs, incorporó el elemento daño. En efecto, indica que las partes convinieron en que la magnitud del incumplimiento, así como los efectos y consecuencias que dicha conducta pueda generar, influirían en la determinación de la cuantía de la penalidad, la que no podría ser menor de 1 UIT ni mayor de 100 UITs.

Sin embargo, también señala el Tribunal Arbitral que el hecho que el referido monto sea determinado en función a la magnitud, y a los efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera acarrear, no significa que el monto de la penalidad esté sujeta al arbitrio exclusivo de OSITRAN.

NOVENO.- Luego, absolviendo el agravio reseñado por la entidad demandante como ítem *i*) en la presente resolución, este Colegiado aprecia que dicha parte sostiene que aun cuando el Tribunal Arbitral ha explicado las razones por las cuales resultaría aplicable las normas del Código Civil, no ha fundamentado por qué razón ha privilegiado la aplicación de dicho Código sobre la voluntad de las partes plasmadas contractualmente, teniendo en consideración que el Código Civil se aplica supletoriamente sólo en aquellos casos en que las partes no han pactado un procedimiento con reglas específicas para el cálculo de penalidades; lo que –según dicha parte- no ocurre en el presente caso, ya que OSITRAN aplicó el procedimiento y la metodología para cuantificar la penalidad en base a lo establecido en la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión.

9.1. Al pronunciarse respecto a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, se advierte que el Tribunal Arbitral consideró que debía analizar si correspondía reducir equitativamente el monto de la penalidad impuesta por OSITRAN, mediante Oficio N° 0501-2017- GSF-OSITRAN, a la luz del artículo 1346° del Código Civil, y, de corresponder, a cuánto se podía reducir dicha penalidad, atendiendo a la fórmula utilizada por OSITRAN.

9.2. Dentro del análisis referido a si el artículo 1346° del Código Civil resultaba aplicable al caso concreto (acápito 2.3.1 del laudo), el Tribunal señaló lo siguiente:

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



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

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

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

[Resaltado agregado por esta Sala Superior]

De lo antes citado, se advierte que el Tribunal Arbitral no sólo hace una remisión a la aplicación del Código Civil, en tanto es una norma con rango de ley, y que no existe limitación alguna a su aplicación según lo establecido expresamente en el contrato, sino que dicho Colegiado considera que dentro de las relaciones derivadas de las Contrataciones con el Estado, además de mantener un vínculo con el Derecho Administrativo y sus principios, las partes hacen uso de instituciones civiles previstas en el Código Civil, y que no se encuentran necesariamente reguladas en otras fuentes normativas o contractuales, tal como es el caso de la reducción de la penalidad.

9.3. Seguidamente, el Tribunal Arbitral consideró que correspondía analizar si, a la luz del artículo 1346° del Código Civil, cabía reducir equitativamente el monto de la penalidad impuesta por OSITRAN, por lo que debía apreciar si se presentaba alguno de los siguientes elementos: 1) que dicha cláusula contenga una pena manifiestamente excesiva, o, 2) que se haya producido un cumplimiento parcial o defectuoso.

Así, luego de tener presente la fórmula empleada para la imposición de la penalidad, conforme a lo establecido en la cláusula 18.8 del Contrato, dentro de la cual se consideraban como factores la magnitud del incumplimiento (m), y los efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera acarrear (e), el Tribunal Arbitral señaló que durante la Audiencia de Informes Orales OSITRAN solo había aclarado que aplicó el 70.69% del 25% correspondiente a la magnitud del incumplimiento (por cuyo concepto podía asignarse una suma menor o igual a veinticinco UITs), dado que no fue posible establecer un ratio de incumplimiento que cuantifique la brecha entre la obligación establecida en el contrato y el incumplimiento; y, luego concluyó que no correspondía ser reconocido el valor impuesto en la penalidad por los efectos y consecuencias que el incumplimiento podía acarrear (por cuyo concepto podía asignarse una suma menor o igual a setenta y cinco UITs), toda vez que dicha variable no pudo ser expresada numéricamente en tanto en el proceso no se probó cuáles pudieron haber sido los daños que se podrían haber producido como consecuencia del incumplimiento [ver páginas 24 a 27 del laudo].



Finalmente, atendiendo a la fórmula utilizada para el cálculo de las penalidades y a la metodología aplicada por OSITRAN para determinar los valores de los elementos contenidos en dicha fórmula, el Tribunal consideró que en este caso, el concepto referido a la magnitud del incumplimiento sería el único que debía ser tomado en cuenta para el cálculo de la penalidad; y, por dicha razón, una vez aplicada la fórmula con los valores que estimó probados, es que redujo la penalidad de noventa y dos punto sesenta y siete (92.67) U.I.T., impuesta por OSITRAN a diecisiete punto sesenta y siete (17.67) U.I.T., considerando que se había configurado el supuesto de la penalidad manifiestamente excesiva al no haber sido fundamentada la imposición de las 75 U.I.T. derivada de los “efectos y consecuencias que el incumplimiento pudiera acarrear”.

9.4. De ese modo, se aprecia que el Tribunal Arbitral expuso los fundamentos que consideró pertinentes para arribar a la conclusión que correspondía aplicar el artículo 1376° del Código Civil, aplicable en tanto considero que la reducción de penalidades es una institución civil que no se encontraba expresamente regulada dentro del contrato; razón por la cual, dicho Colegiado estimó que correspondía reducir la penalidad impuesta en mérito a la Cláusula 18.8 del Contrato, al considerar que era manifiestamente excesiva.

Por lo tanto, este Colegiado advierte que lo alegado por la demandante representa un cuestionamiento de fondo sobre el criterio adoptado y aquello que fue decidido por el Tribunal Arbitral, lo que no puede ser materia de revisión en sede de control judicial, conforme al principio de no revisabilidad del laudo que consagra el numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

DÉCIMO.- En lo que concierne al agravio reseñado por la entidad demandante como ítem *ii*) en la presente resolución, y que se encuentra vinculada a la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, se advierte que dicha parte sostiene que el Tribunal Arbitral no ha explicado las razones del porqué privilegia la aplicación del Código Civil sobre la voluntad de las partes plasmada en la cláusula 18.8 del Contrato de Concesión, y ha optado por argüir una interpretación sistemática del contrato, a efectos de reducir la penalidad impuesta por el incumplimiento de las normas de manejo de residuos sólidos, a través del Oficio N° 367-2017-GSF-OSITRAN, sin que ésta se encuentre sujeta a ninguna fórmula o metodología que deba ser previamente sustentada, siendo claro y directo el Contrato respecto a la penalidad impuesta por incumplir con las obligaciones contenidas en las cláusulas 12.1.1.1 y 12.1.5.1 del contrato.

10.1. De la revisión de los fundamentos expuestos sobre esta pretensión subordinada, se verifica que el Tribunal Arbitral hizo una remisión a lo expuesto en el acápite 2.3.1 del laudo, toda vez que al pronunciarse respecto a la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal ya había concluido que era posible aplicar el artículo 1346° del Código Civil, y que para ello debía



presentarse uno de los siguientes elementos: a) que dicha cláusula contenga una pena manifiestamente excesiva, o, b) que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular.

10.2. El Tribunal Arbitral reconoció que en virtud de los numerales 12.1.1 y 12.5.1 del Contrato era obligación de AAP cumplir con las normas legales referidas al manejo de los residuos sólidos.

Luego, estableció que del análisis de los medios probatorios ofrecidos, llegó a la convicción de que existieron incumplimientos formales advertidos en el período 2012-2014, y que éstos consistieron en depositar residuos sólidos en depósitos no autorizados al momento de verter los residuos, pero que fueron posteriormente autorizados por la DGASA. Empero, también consideró que la obtención extemporánea de las autorizaciones de los DME constituye un cumplimiento tardío de la obligación normativa a que se refería el artículo 18° del Reglamento de la Ley General de Residuos Sólidos.

Así, considerando que la penalidad de US\$ 1'250,000.00 fue impuesta como consecuencia de un cumplimiento irregular de la normativa medio ambiental, el cual no había producido daño alguno, es que dicho Colegiado consideró que se presentó uno de los elementos previstos en el artículo 1346° del Código Civil para la reducción de la pena, en tanto la obligación fue irregularmente cumplida.

10.3. Previo a establecer de qué manera se podía reducir la penalidad impuesta por OSITRAN, el Tribunal Arbitral indicó que no podía soslayar la existencia de una penalidad previa y expresamente tasada por las partes, así como tampoco la naturaleza compulsiva de dicha penalidad. Sin embargo, dicho Colegiado también consideró necesario que se tenga en cuenta que la omisión inicial de AAP –al no contar en su oportunidad con la aprobación de los DME por parte de DGASA- fue corregida posteriormente por dicha empresa, tal como consta en las resoluciones administrativas emitidas por la autoridad competente en materia ambiental (DGASA), no dejándose constancia de daño ambiental alguno.

Por ello, atendiendo a que la obligación fue cumplida irregularmente, y la autoridad ambiental no verificó daño alguno, el Tribunal Arbitral consideró que la imposición de una penalidad ascendente a US\$ 1'250,000.00 (US\$ 250,000.00 x 5 aeropuertos) resultaba manifiestamente excesivo; y, complementariamente a lo ya expuesto, y sin perjuicio que las penalidades tasadas tengan una función desincentivadora del incumplimiento, dicho Colegiado señaló que no podía dejar de considerarse que el monto de la penalidad para que sea razonable, debía tomar en cuenta el grado de incumplimiento y las consecuencias que éste haya generado o podido generar; lo cual es resultado de una interpretación sistemática del contrato de concesión, en el que se aprecia que cuando las partes regularon en la cláusula 18 las penalidades no tasadas en el Anexo 9, para determinar el monto de las mismas incorporaron dichos elementos: la magnitud del daño y sus posibles efectos y consecuencias, lo que fue desarrollado precedentemente en el



laudo. Por lo cual, el Tribunal consideró que no existían razones para inaplicar ese método interpretativo o razonamiento en la aplicación de la penalidad materia de análisis.

10.4. De lo antes relatado, se advierte que a criterio del Tribunal Arbitral, si bien se reconocían las penalidades tasadas y su quantum establecido, consideró que éstas también podían ser reducidas, en virtud de lo establecido en el artículo 1346° del Código Civil, conforme al criterio asumido o al momento de pronunciarse respecto a la pretensión subordinada de la segunda pretensión principal; y además, para que la reducción sea razonable, estimó prudente realizar una interpretación sistemática del Contrato de Concesión, recogiendo lo establecido en su cláusula 18.8, en los que se consideraba tanto la magnitud del daño, como sus posibles efectos y consecuencias.

DÉCIMO PRIMERO.- Que, respecto al agravio reseñado por la entidad demandante como ítem *iii*) en la presente resolución, se aprecia que dicha parte denuncia que el Tribunal Arbitral ha utilizado argumentos que no han formado parte de la causa petendi de las pretensiones subordinadas formuladas por la Contratista y que han sido amparadas. Luego, si bien para establecer el monto de la penalidad, en el caso de la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, se tuvo en consideración el grado de incumplimiento y las consecuencias que éste haya generado o podido generar, porque en el contrato se estableció que dicho monto debía calcularse en base a tales elementos; empero, no ocurre lo mismo respecto a la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, donde el Tribunal Arbitral incorporó dicho análisis en base a una supuesta interpretación sistemática, lo cual evidentemente al haberlo hecho recién con la emisión del laudo, constituye una motivación sustancialmente incongruente (al desviar el objeto controvertido a una situación no discutida) y lesiona el derecho de defensa de la Entidad, pues dicho aspecto no fue sometido al contradictorio.

Si bien se trata de una penalidad tasada, el Tribunal Arbitral resaltó el hecho de que no se había generado daño alguno, lo cual fue alegado por la contratista en su demanda arbitral al solicitar que, en el supuesto que le sean negadas tanto la segunda como la tercera pretensión principal, se reduzca equitativamente las penalidades impuestas en atención a lo previsto en el artículo 1346° del Código Civil; y es, por tal motivo, que dicho Colegiado consideró pertinente tomar en cuenta el grado de incumplimiento y los efectos y consecuencias que éste haya generado o que haya podido generar, elementos que se encuentran reconocidos en la cláusula 18.8 del Contrato.

Por lo tanto, no se aprecia que el pronunciamiento del Colegiado verse sobre una situación que no haya sido materia de controversia, sino que en el fondo pretende cuestionarse una interpretación asumida por dicho Tribunal, y respecto de la cual



ya había justificado el porqué de su aplicación, tal como se ha hecho referencia en el considerando precedente de la presente resolución.

DECIMO SEGUNDO.- En cuanto al agravio reseñado por la Entidad demandante como ítem *iv*) en la presente resolución, se advierte que dicha parte denuncia que luego de haber aplicado el Código Civil, y señalado que para el establecimiento del monto de la penalidad, debía tomarse en consideración el grado de incumplimiento y las consecuencias que éste haya generado o podido generar, el Tribunal Arbitral no explica bajo qué criterio o cuál ha sido la fórmula o el razonamiento para establecer el quantum de la penalidad reducida

12.1. Luego de exponer los fundamentos por los que consideró pertinente la reducción de la penalidad impuesta, el Tribunal Arbitral señaló lo siguiente:

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

Así, si bien previamente se expusieron las razones que le permitieron al Tribunal Arbitral justificar la reducción de la penalidad, no se ha señalado cómo es que se ha obtenido o fijado dicha cuantía, a diferencia de la otra penalidad anteriormente analizada.

12.2. Cabe precisar que lo acotado no implica sostener que el derecho de defensa y la cabal motivación del laudo como manifestaciones del debido proceso, suponen que se tenga que acoger o amparar los argumentos de las partes, sino que debe darse una respuesta razonada, suficiente y explícita a lo que éstas sostengan en la defensa de sus posiciones, no satisfaciéndose el estándar constitucional de la motivación cuando si bien se han expresado las razones que justifican la reducción de la penalidad, empero no se ha señalado cuál es la fórmula o criterio que ha servido para determinar la nueva cuantía reducida (de US\$255,000.00 a US\$ 55,000.00). De ese modo, se permite colegir que este extremo del laudo adolece de defecto en su motivación, motivo por el cual merece ser anulado.

DÉCIMO TERCERO.- Importa precisar que este Colegiado no se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia, ni ha evaluado hechos, ni ha emitido opinión sobre el contenido de la decisión, ni ha calificado criterios, ni valoración de pruebas, ni interpretaciones del Tribunal Arbitral plasmados en el laudo. Lo que ha hecho este Colegiado es identificar defectos formales en la motivación del laudo a partir de su texto mismo, con lo cual se afecta la validez de dicho laudo, con las consecuencias previstas en el artículo 65 del Decreto Legislativo N° 1071.



Por tales razones y de conformidad con lo establecido además en la primera parte del Artículo 62.2 del Decreto Legislativo N° 1071, los integrantes de esta Sala Superior, resuelven:

1. **DECLARAR FUNDADA en parte** la demanda de Anulación de Laudo Arbitral interpuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, contra el Laudo Arbitral de fecha 17 de mayo de 2018, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Enrique Palacios Pareja (en calidad de Presidente), Gerson Gleiser Boiko y Nilo Vizcarra Ruiz, en el proceso arbitral seguido contra Aeropuertos Andinos del Perú S.A., de acuerdo al siguiente detalle: **NULO y CON REENVIO, el quinto extremo resolutivo del laudo**, conforme a lo señalado en el Fundamento Décimo Segundo de la presente resolución, de conformidad con el artículo 65 inciso b) de la Ley de Arbitraje; e,
2. **INFUNDADA** la demanda de Anulación de Laudo Arbitral en lo demás que contiene, en consecuencia, **VÁLIDO** el laudo antedicho, en su tercer extremo resolutivo.

En los seguidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra Aeropuertos Andinos del Perú S.A., sobre Anulación de Laudo Arbitral. **Notificándose.**

RM/mamm

NIÑO NEIRA RAMOS

CALLE TAGUCHE

ALFARO LANCHIPA