11
ONCE

CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE

Caso Arbitral N° 0201-2020-CCL

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

LAUDO

Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón Moreyra
Edgardo Mercado Neumann
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Secretaría Arbitral

Paola Dasso Zumarán

Lima, 7 de diciembre de 2021

LAUDO

ORDEN PROCESAL Nº 8

Lima, 7 de diciembre de 2021

I. PREÁMBULO. -

1.1. Las Partes. -

1. La parte demandante de este proceso es Aeropuertos Andinos del Perú S.A., identificada con R.U.C. Nº 20538593053; siendo denominada en lo sucesivo "Demandante", "AAP" o "Concesionaria". El domicilio procesal del Demandante durante el proceso fue el siguiente: Av. General Córdova 313, Miraflores (Dentons Gallo Barrios Pickmann).

2. La Parte Demandada del proceso es el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en adelante, "Demandada", "Concedente" o "MTC", quien señaló como domicilio procesal la siguiente dirección: Jirón Zorritos 1203, Cercado de Lima.

3. En el proceso participó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, en lo sucesivo, "OSITRAN", en condición de "tercero coadyuvante" del MTC, quien fijó como domicilio procesal la siguiente dirección: Calle Los Negocios Nº 182, 2º piso, Surquillo.

4. En el expediente arbitral quedaron consignadas las direcciones electrónicas de cada parte, de la secretaría arbitral y de los árbitros, para efectos de la presentación de escritos y notificaciones.

1.2. El Tribunal Arbitral. -

5. La Demandante designó como árbitro al abogado Edgardo Mercado Neumann. Por su parte, la Demandada designó al abogado César Augusto Guzmán-Barrón Sobrevilla. Seguidamente, ambos designaron presidente del Tribunal Arbitral al abogado Gonzalo García Calderón Moreyra, conformándose de esta manera el Tribunal Arbitral.

6. Cabe indicarse que todos los árbitros cumplieron con su deber de revelación y no han sido recusados.

1.3. El Acuerdo Arbitral. -

7. Con fecha 5 de enero de 2011, las partes suscribieron el Contrato de Concesión del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, por el cual, se otorga en concesión al Concesionario el diseño, la construcción, mejoramiento, mantenimiento y explotación de los aeropuertos que conforman el Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, detallados en su Anexo 1, en lo sucesivo el "Contrato de Concesión".

8. Habiendo surgido una controversia entre las partes, se dio inicio al presente proceso al amparo del convenio arbitral contenido en la cláusula 16.5.1(b)(ii) del Contrato de Concesión, del cual se desprende que el arbitraje es nacional, institucional y de Derecho. La institución asignada por las partes para la administración del arbitraje es el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en adelante, el "Centro de Arbitraje".

9. En efecto, el referido convenio arbitral indica lo siguiente:

> **16.5 Arbitraje**
>
> **16.5.1 Modalidades de procedimientos arbitrales:**
>
> b) Arbitraje de Derecho.- Las Controversias No-Técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, 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 Diez millones y 00/100 de Dólares (US$ 10 000000.00), 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 el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje y después el Código Procesal Civil del Perú. Las Partes podrán acordar expresamente otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima.

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú, y será conducido en idioma castellano.

Cabe precisar que, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1012, no podrán ser materia de arbitraje, las decisiones de los organismos reguladores, u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

10. Habiéndose identificado el convenio arbitral, el Tribunal Arbitral está facultado para determinar su propia competencia, de oficio o a propósito del cuestionamiento de una o ambas partes, según sea el caso; y, en el supuesto de no haber conflicto al respecto o superado el mismo, a resolver la controversia sometida a su juicio.

1.4. La Normativa Aplicable. -

11. Conforme a la cláusula 1.74 del Contrato de Concesión, las partes especificaron que por "Leyes Aplicables" se comprende el conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato de Concesión en caso de vacío o fines complementarios; estando incluidas la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los decretos supremos, los reglamentos, 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.

12. En lo que respecta a las reglas del proceso, estas son las establecidas en la Orden Procesal Nº 2, la cual incluye las reglas contenidas en el Reglamento de Arbitraje 2017 del Centro de Arbitraje ("Reglamento de Arbitraje") y, supletoriamente, lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje ("DL 1071").

II. ANTECEDENTES AL LAUDO. -

13. Por Orden Procesal Nº 1 del 29 de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral resolvió poner en conocimiento la propuesta de reglas del proceso y conceder a las partes un plazo para que se pronuncien sobre estas.

14. Por Orden Procesal Nº 2 del 3 de diciembre de 2020, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener presente los escritos de las partes; segundo, aprobar las reglas definitivas aplicables al presente caso arbitral y otorgar a AAP un plazo para la presentación de la demanda; tercero, dejar constancia que OSITRAN participará en el arbitraje en calidad de coadyuvante.

15. Por Orden Procesal Nº 3 del 26 de marzo de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, fijar la materia controvertida que será objeto de pronunciamiento en el presente arbitraje, dejándose expresa constancia de que el Tribunal Arbitral se reserva el derecho a modificar, ajustar o reformular la misma a su entera discreción, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o con el fin de facilitar la resolución de la controversia; segundo, admitir los medios probatorios indicados en la orden procesal, reservándose el Tribunal Arbitral el derecho de disponer la actuación de oficio de cualquier otra prueba que considere conveniente; tercero, declarar infundada la oposición planteada por el MTC referida a la exhibición solicitada por su contraparte, por lo que se le otorga un plazo para su presentación. Cabe decirse que el punto controvertido que será materia de análisis por el Tribunal Arbitral es el siguiente:

> **Pretensión Única:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que de conformidad con lo establecido en el artículo 1346°9 del Código Civil, el Tribunal Arbitral reduzca la Penalidad impuesta a través del Oficio 1358-2020-OSITRAN por una o varias de las siguientes razones: (i) se trata de una penalidad desproporcionada y excesiva en sí misma; (ii) se trata de una penalidad desproporcionada en razón que el incumplimiento imputado a AAP no ha causado ningún daño al MTC, ningún daño ambiental ni daños a terceros; o en todo caso, de existir daños probados, fueron mínimos; o, (iii) que la penalidad es desproporcionada en razón que la obligación fue parcialmente cumplida.

16. Por Orden Procesal Nº 4 del 27 de abril de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener presente el escrito del MTC y por consiguiente tener por no cumplida la exhibición requerida por los motivos expuestos; segundo, citar a las partes a una Audiencia de Ilustración a fin de que puedan exponer sobre los hechos relacionados a la controversia.

17. Con fecha 17 de junio de 2021, se llevó a cabo por medios virtuales la Audiencia de Ilustración, con la presencia de los árbitros y representantes de las partes, quienes tuvieron oportunidad para expresar sus argumentos y responder las preguntas del Tribunal Arbitral. El desarrollo de la audiencia quedó registrado en video que fue compartido a las partes.

18. Por Orden Procesal Nº 5 del 5 de julio de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió otorgar a las partes un plazo a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones por escrito.

19. Por Orden Procesal Nº 6 del 21 de setiembre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener por incorporado al proceso el laudo arbitral ofrecido por el MTC, dejando a salvo el derecho de la Demandante de remitir los alegatos y documentos que considere pertinentes; segundo, declarar que el Colegiado carece de competencia para pronunciarse sobre una infracción o no al deber de confidencialidad ya que ello deberá ser resuelto en el expediente correspondiente e incluso ante el propio Centro de Arbitraje.

20. Con fecha 26 de octubre de 2021, se llevó a cabo por medios virtuales la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de los árbitros y representantes de las partes, quienes tuvieron oportunidad para expresar sus argumentos y responder las preguntas del Tribunal Arbitral. El desarrollo de la audiencia quedó registrado en video que fue compartido a las partes.

21. Por Orden Procesal Nº 7 del 9 de noviembre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener presente los escritos presentados por ambas partes; segundo, tener por incorporado al proceso la resolución ofrecida por el MTC y que resuelve los pedidos contra el laudo; tercero, declarar el cierre de la instrucción y fijar el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje.

22. De lo expuesto, se colige que el proceso se ha seguido en respeto estricto de los derechos de las partes. Así, con excepción de la oposición mencionada, oportunamente resuelta, las partes no han cuestionado ninguna otra decisión del Tribunal Arbitral.

23. Por tanto, se procede a analizar las posiciones expuestas en el proceso sobre la controversia desde los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios aportados al expediente; sobre esto último, especialmente, se prestará atención a los principios de la carga de la prueba, la cual consiste en que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, y al principio de adquisición procesal, el cual consiste en que las pruebas de una de las partes pueden resultar beneficiosas a los intereses de la contraria y, más aún, el juzgador ha de examinar y valorar las pruebas que obran en autos, a fin de obtener con esos medios de prueba y por medio de un balance de probabilidades la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable.

III. ANÁLISIS. -

CONSIDERANDO:

3.1. Pretensión demandada

24. La pretensión que se procede a analizar es la siguiente:

> **III. PETITORIO.-**
>
> **5. Pretensión Única.-** Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1346°9 del Código Civil, el Tribunal Arbitral reduzca la Penalidad impuesta a través del Oficio 1358-2020-OSITRAN por una o varias de las siguientes razones: (i) se trata de una penalidad desproporcionada y excesiva en sí misma; (ii) se trata de una penalidad desproporcionada en razón que el incumplimiento imputado a AAP no ha causado ningún daño al MTC, ningún daño ambiental ni daños a terceros; o en todo caso, de existir daños probados, fueron mínimos; o, (iii) que la penalidad es desproporcionada en razón que la obligación fue parcialmente cumplida.

Posición de la Demandante

25. En lo que se refiere a los hechos del caso, AAP indica que, por el Contrato de Concesión, se obligó a ejecutar un conjunto de obras en el aeropuerto de Tacna, entre las cuales se encuentran aquellas que las partes denominaron «Obras Obligatorias», debiendo cumplir con normas de carácter ambiental durante la ejecución de estas.

26. Precisamente, en el marco de lo anterior, AAP debía obtener una certificación ambiental previa por parte del MTC, específicamente, una Declaración de Impacto Ambiental (en adelante, "DIA"), de acuerdo con la cláusula 12.1.3.3 del Contrato de Concesión, y cumplir con la misma tras su aprobación:

> 12.1.3.3 **EL CONCESIONARIO deberá presentar, para cada una de las Obras Obligatorias, una declaración de impacto ambiental que señale los efectos de la construcción de las indicadas Obras.**
>
> **DGASA, tendrá un plazo de treinta (30) Días Calendario, contados a partir de su presentación, para evaluar y aprobar la correspondiente declaración. Vencido dicho plazo, sin que la DGASA se haya pronunciado, se tendrá por denegada.**

27. AAP refiere que la DIA del aeropuerto de Tacna fue aprobada por R.D. Nº 37-2012-MTC y en ella se establecía la periodicidad de monitoreos ambientales de tres (3) aspectos ambientales: aire, suelo y ruido.

28. Así, AAP asevera que, en el aeropuerto de Tacna, debía cumplir con diez (10) monitoreos ambientales sobre cada aspecto ambiental, empero, solo realizó tres (3).

29. AAP ha dejado en claro que no es objeto de este proceso justificar su incumplimiento, en cambio, su pretensión consiste en la reducción de la penalidad aplicada por dicho proceder, en tanto que, a su parecer, es desproporcionada. Sin perjuicio de ello, AAP manifiesta que tampoco el MTC u OSITRAN han señalado que el cumplimiento parcial se haya debido a una negligencia grave o dolo de parte del Concesionario, por lo que, AAP considera que, cuando se evalúe la desproporción de la penalidad aplicada, no se puede asumir que ha existido una conducta dolosa o de culpa inexcusable de AAP.

30. En esa línea, AAP informa que, luego de años, OSITRAN advierte el incumplimiento y aplica una penalidad de US$ 250,000.00 por incumplimiento de las cláusulas 12.1.1 y 12.1.5.1 del Contrato de Concesión, tomando el cuadro de penalidades establecido en la Tabla 8 del Anexo 9 del negocio jurídico en mención:

12.1.1.1 y 12.1.5.1	Incumplimiento de normativa ambiental vigente referido al manejo de residuos sólidos, manejo y almacenamiento de materiales y sustancias peligrosas, sistema de abastecimiento y manejo de hidrocarburos, manejo de aguas residuales, uso de agua, conservación de la calidad de aire y ruido, conservación de la calidad de suelo, zonificación, riesgos ambientales, seguridad y salud laboral, gestión ambiental.	250,000	Cada vez que se verifique el incumplimiento

31. AAP sostiene su pretensión en el artículo 1346º del Código Civil, el cual refiere que no afecta el acuerdo entre las partes ni el principio *pacta sunt servanda*, puesto que dicha norma se integra al Contrato de Concesión, como habría sido reconocido en el Informe Nº 065-2020-IC-OSITRAN (Anexo A-12) al hacer referencia al Código Civil sin hacer ninguna excepción:

> 3.12 De los artículos citados, se puede advertir que, de acuerdo con el Código Civil, los contratos pueden contener cláusulas penales, también llamadas penalidades, con la finalidad no solo de resarcir el daño (función indemnizatoria), sino que también, entre otras, la de compeler al deudor a que cumpla con la prestación a su cargo (función compulsiva de la penalidad).

32. AAP manifiesta que la pretensión se sustenta en que allí donde se evalúa si una penalidad debe o no ser reducida, se debe analizar el daño causado por el cumplimiento parcial del Contrato de Concesión, en tanto que el daño derivado del incumplimiento es la medida adecuada para determinar si una penalidad es proporcionada o no, como habría desarrollado Felipe Osterling: "*Para que los jueces estén en aptitud de acceder a la reducción de la pena manifiestamente excesiva, tendrá necesariamente que ventilarse en el juicio la eventual existencia de y cuantía de los daños y perjuicios...*". En ese marco, AAP refiere que el Tribunal Arbitral tendrá que analizar la existencia o no de los daños (ambientales, al MTC, a OSITRAN y/o a terceros), independientemente de si la penalidad tiene naturaleza punitiva – lo cual niega – o no.

33. En esa línea, AAP asevera que no existe prueba de ningún daño ocasionado al ambiente, al MTC o a terceros, razón por la cual la penalidad de US$ 250,000.00 resulta desproporcionada.

34. AAP refiere que existen cinco (5) premisas que demuestran que no haber podido completar los monitoreos ambientales establecidos en la DIA Tacna ha tenido resultados inocuos.

35. En primer lugar, el Contrato de Concesión establece que el instrumento de gestión ambiental idóneo para la ejecución de las Obras Obligatorias era la DIA, la cual, conforme al artículo 4.1 de la Ley Nº 27446, Ley del Sistema Nacional de Impacto Ambiental, corresponde a proyectos que solamente pueden producir daños leves o no significativos:

> *"Artículo 4º.- Categorización de proyectos de acuerdo al riesgo ambiental:*
> *4.1 Toda acción comprendida en el listado de inclusión que establezca el Reglamento, según lo previsto en el Artículo 2º de la presente Ley, respecto de la cual se solicite su certificación ambiental, deberá ser clasificada en una de las siguientes categorías:*
> *a) Categoría I – **Declaración de Impacto Ambiental – Incluye aquellos proyectos cuya ejecución no origina impactos ambientales negativos de carácter significativo.**"* (El énfasis es agregado).

36. AAP indica que, específicamente, la DIA Tacna señaló en sus matrices de calificación de posibles impactos ambientales que salvo un único impacto ambiental (derrame de lubricantes o combustibles), todos los demás impactos ambientales negativos serían temporales y reversibles:

DIA Tacna, página 141

11.6. MATRIZ DE CALIFICACIÓN DE IMPACTOS EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN

Aspecto	Factor afectado	Descripción del impacto	Naturaleza	I1 Importancia	I2 Magnitud	I3 Permanencia	I4 Reversibilidad	I5 Acumulación	Puntuación	Escala ambiental
Físico	Calidad de suelo	Alteración de la calidad del suelo por vertimiento de residuos sólidos	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	Acumulativo simple	-6	Cambio / impacto negativo
		Contaminación del suelo por derrames de combustibles o lubricantes	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Permanente	Irreversible	Acumulativo simple	-7	Cambio moderado / impacto negativo
	Calidad de aire	Alteración de la calidad del aire por partículas menores a PM10	Negativo	Área del entorno	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-5	Cambio / impacto negativo
		Alteración de la calidad del aire por emisión de gases (CO, NO2, SO2, COV)	Negativo	Área del entorno	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-5	Cambio / impacto negativo
		Alteración de la calidad del aire por emisiones atmosféricas indeseables	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-4	Cambio / impacto negativo
		Cambios micro climáticos de la temperatura normal del aire en la zona colindante	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-4	Cambio / impacto negativo
	Paisaje	Alteración en la percepción visual	Negativo	Área del entorno	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	Acumulativo simple	-6	Cambio moderado / impacto negativo
Biológico	Fauna del tipo edáfico	Desplazamiento de su área de desenvolvimiento	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-4	Cambio / impacto negativo
	Vegetación arbustiva herbácea	Pérdida de cobertura vegetal	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-4	Cambio / impacto negativo
Social	Usuarios internos y externos para casos de salud	Deterioro de la salud ocasionada por enfermedades ocupacionales por presencia de vectores	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Irreversible	No acumulativo simple	-8	Cambio / impacto negativo
		Deterioro de la salud ocasionada por enfermedades respiratorias	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Irreversible	No acumulativo simple	-8	Cambio / impacto negativo
	Salud población colindante	Deterioro de la salud ocasionada por enfermedades respiratorias	Negativo	Área del entorno	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Irreversible	No acumulativo simple	-6	Cambio moderado / impacto negativo
Económico	Economía usuarios que presentan servicios en el campamento	Disminución de ingresos económicos	Negativo	Nivel local	Cambio negativo significativo de la condición actual	Temporal	Reversible	Acumulativo simple	-6	Cambio moderado / impacto negativo
	Economía personal contratado	Adquisición de nuevos ingresos económicos	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	6	Cambio moderado / impacto positivo
	Economía local	Surgimiento de alternativas de negocio local	Positivo	Área del entorno	Mejora de la condición actual	Temporal	Irreversible	Acumulativo simple	9	Cambio significativo / impacto positivo
Educativo y cultural	Educación y cultura del usuario interno	Mejora de los conocimientos del personal en materia de medio ambiente, seguridad y salud ocupacional.	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Temporal	Irreversible	No acumulativo simple	8	Cambio / impacto positivo

DIA Tacna, página 148

11.9. MATRIZ DE CALIFICACIÓN DE IMPACTO EN LA ETAPA DE OPERACIÓN

Aspecto	Factor afectado	Descripción del impacto	Naturaleza	I1 Importancia	I2 Magnitud	I3 Permanencia	I4 Reversibilidad	I5 Acumulación	Puntuación	Escala ambiental
Físico	Calidad de suelo	Alteración de la calidad del suelo por vertimiento de residuos sólidos	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la situación actual	Temporal	Reversible	Sin cambio	-4	Cambio moderado / impacto negativo
	Paisaje	Mejora de la percepción visual de la infraestructura del campamento	Positivo	Nivel local	Grandes beneficios	Permanente	Irreversible	Acumulativo simple	+8	Cambio significativo / impacto positivo
	Vegetación arbustiva herbácea	Pérdida de cobertura vegetal	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la situación actual	Temporal	Sin cambio	Acumulativo simple	-4	Cambio moderado / impacto negativo
Social	Usuarios internos	Incremento de los niveles de seguridad	Positivo	Nivel local	Grandes beneficios	Permanente	Irreversible	Sin cambio	+8	Cambio significativo / impacto positivo
		Mejora de los niveles de atención	Positivo	Nivel local	Mejora significativa en la condición actual	Permanente	Irreversible	Acumulativo simple	+6	Cambio moderado / impacto positivo
	Población colindante con el campamento	Incremento de los niveles de seguridad	Positivo	Área del entorno	Grandes beneficios	Permanente	Irreversible	Sin cambio	+8	Cambio significativo / impacto positivo
Económico	Economía usuarios que presentan servicios en el campamento	Incremento de ingresos económicos	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Permanente	Irreversible	Sin cambio	+6	Cambio moderado / impacto positivo
	Economía personal contratado	Adquisición de nuevos ingresos económicos	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Temporal	Reversible	Acumulativo simple	+6	Cambio moderado / impacto positivo
	Economía local	Surgimiento de alternativas de negocio local	Positivo	Área del entorno	Mejora de la condición actual	Permanente	Irreversible	Acumulativo simple	+8	Cambio moderado / impacto positivo
Educativo cultural	Educación y cultura del usuario interno	Mejora de los conocimientos del personal en materia de medio ambiente, seguridad y salud ocupacional.	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Temporal	Reversible	Acumulativo simple	+6	Cambio moderado / impacto positivo

DIA Tacna, página 149

11.12. MATRIZ DE CUANTIFICACIÓN DE IMPACTOS PARA EL CIERRE Y ABANDONO DE LA CONSTRUCCIÓN

Aspecto	Factor afectado	Descripción del impacto	Naturaleza	I1 Importancia	I2 Magnitud	I3 Permanencia	I4 Reversibilidad	I5 Acumulativo	Puntuación	Escala ambiental
Físico	Suelo	Contaminación del suelo por derrame de combustibles o lubricantes	Negativo	Nivel local	Cambio negativo de la condición actual	Permanente	Irreversible	Acumulativo simple	-7	Cambio moderado / impacto negativo
	Calidad de aire	Alteración de la calidad del aire por partículas menores a PM10	Negativo	Área del entorno	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-5	Cambio / impacto negativo
		Alteración de la calidad del aire por emisión de gases (CO, NO2, SO2, COV)	Negativo	Área del entorno	Cambio negativo de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	-5	Cambio / impacto negativo
	Paisaje	Mejoramiento de la percepción visual	Negativo	Área del entorno	Cambio positivo de la condición actual	Permanente	Irreversible	Acumulativo simple	9	Cambio significativo / impacto negativo
Económico	Economía personal contratado	Adquisición de nuevos ingresos económicos	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Temporal	Reversible	No acumulativo simple	6	Cambio moderado / impacto positivo
Educativo y cultural	Educación y cultura del usuario interno	Mejora de los conocimientos del personal en materia de medio ambiente, seguridad y salud ocupacional.	Positivo	Nivel local	Mejora de la condición actual	Temporal	Irreversible	No acumulativo simple	8	Cambio / impacto positivo

37. En segundo lugar, los instrumentos de gestión ambiental elaborados por AAP deben evaluarse en conjunto y no de manera aislada.

38. Así, AAP refiere que la DIA Tacna y la DIA Actualizada Tacna guardan una continuidad, en tanto que en el primero se refleja la forma como se delineó una metodología para identificar y evaluar los potenciales impactos ambientales negativos leves que podrían producirse durante la ejecución de las Obras Obligatorias, mientras que el segundo fue el que da cuenta de cómo se ejecutó aquella metodología y de la inexistencia de daños ambientales significativos.

39. AAP indica que la Ley General del Ambiente reconoce el carácter continuo de la gestión ambiental (artículo 13.1), no siendo declaraciones unilaterales de AAP, sino que constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen el país (artículo 16.2).

40. Para el Demandante, la importancia de ambos documentos solo puede ser entendida si se analizan en conjunto, donde, la DIA Tacna es la "foto" antes de la ejecución de las Obras Obligatorias y la DIA Actualizada Tacna es la "foto" después de dicha ejecución, siendo esencial esta última "foto" para concluir la inexistencia de daño ambiental significativo, con lo cual, la penalidad impuesta se torna en desproporcionada, siendo de justicia su reducción.

41. En tercer lugar, la DIA Tacna y la DIA Actualizada Tacna fueron aprobadas por el MTC, con el previo visto bueno de OSITRAN, con lo cual, la Demandada dio su expresa conformidad con el contenido de ambos instrumentos de gestión ambiental, luego de haberlos analizados, sin tener ningún tipo de objeción o comentario o reserva.

42. En cuarto lugar, la reducción de una penalidad no constituye una alteración del Contrato de Concesión ni el principio *pacta sunt sevanda*, puesto que, desde que se incluye una cláusula penal sin proscribir expresamente su reducción o la inaplicación del artículo 1346º del Código Civil, están pactando que la penalidad derivada de dicha cláusula puede ser objeto de reducción.

43. AAP indica que el espíritu del Contrato de Concesión – imponer una penalidad ante determinados incumplimientos, cumplimientos parciales, tardías o defectuosos – se

mantiene, solo que en un monto reducido en función del incumplimiento que se trata y los efectos que produjo (o que no produjo, como en este caso).

44. En quinto lugar, la medida para analizar el pedido de reducción de la penalidad es el daño que se ha ocasionado. A criterio de AAP, dicha medida de análisis se encuentra en el artículo 1346º del Código Civil cuando se habla de equidad.

45. AAP pregunta ¿se justifica mantener una penalidad de US$ 250,000 cuando el cumplimiento parcial de una obligación no generó ningún daño? El Demandante expresa que no hay equidad allí donde la penalidad a pagar no tiene un reflejo en las consecuencias del cumplimiento parcial.

46. Adicionalmente, AAP hace referencia a ocho (8) elementos que probarían su posición, esto es, que no haber podido completar todos los monitoreos ambientales previstos en la DIA Tacna no ocasionó daños ambientales ni ningún otro tipo de daño.

47. Primero, la DIA Actualizada Tacna recoge toda la historia de la ejecución de las Obras Obligatorias del Aeropuerto de Tacna y concluye clara y expresamente que dichas obras no generaron ningún impacto ambiental negativo. Por tanto, al haber sido aprobada sin ningún tipo de observaciones ni reservas, se entiende que la autoridad ambiental del MTC validó su contenido.

48. Para AAP, sería absurdo pensar que se aprobó la DIA Actualizada Tacna que dice que la ejecución de las Obras Obligatorias no causó ningún daño ambiental si no era posible conocer si se produjeron daños debido a no haberse completado los monitoreos ambientales. El MTC debió no aprobar el instrumento en mención si no tenía certeza de que su contenido fuese verdadero respecto del ausente daño ambiental.

49. Segundo, el Demandante destaca la conducta del MTC, quien habría aprobado los informes bimensuales y trimestrales de gestión ambiental listados en la DIA Actualizada Tacna, sin observación u objeción alguna en cuanto a la imposibilidad de determinar la existencia de daño ambiental o daño significativo en razón de los monitoreos ambientales.

50. Tercero, AAP resalta que el MTC recibió las Obras Obligatorias sin reservas o sin que señale que la recepción se produce aun cuando no han podido detectar la existencia de daños ambientales porque no se completaron todos los monitoreos ambientales.

51. Cuarto, por el escrito presentado el 12 de abril de 2021, el MTC declara que desde el año 2012 al momento de aplicación de la penalidad nunca elaboró, emitió o conoció de algún documento en el que se mencione la existencia de daños ambientales derivados de las Obras Obligatorias. AAP añade que el MTC tampoco emitió documento alguno en el que señale que no le era posible determinar si se produjo o no un daño porque los monitoreos ambientales no se habían completado.

52. Quinto, a pesar de estar a cargo de la supervisión del cumplimiento del Contrato de Concesión, OSITRAN tampoco expresó que el hecho de no haberse completado los monitoreos ambientales generaba un daño ambiental o constituía un impedimento para determinar un daño ambiental.

53. Sexto, ni el MTC ni OSITRAN han iniciado algún procedimiento contractual o legal relacionado con el argumento de que "no se puede determinar el daño ambiental de la ejecución de las Obras Obligatorias por la falta de realización de todos los monitoreos ambientales".

54. Sétimo, a la fecha, no existe ningún reporte, dato, documento o alegación de la existencia de algún daño ambiental, de lo contrario, la Demandada lo habría aportado.

55. Octavo, en el improbable caso que luego de años de ejecutadas las Obras Obligatorias surja algún daño ambiental, el MTC tiene la posibilidad de ejercer el derecho a resolver el Contrato de Concesión, lo cual le permitiría ejecutar y retener el monto de la carta fianza de fiel cumplimiento y a reclamar el daño ulterior; por consiguiente, aún si la penalidad es reducida, el MTC está cubierto frente a cualquier improbable daño ambiental que surja como consecuencia de la ejecución de la prestación referida.

56. Finalmente, AAP considera que la penalidad impuesta no tiene una finalidad punitiva, puesto que la Directiva para la Aplicación de Penalidades, emitida por OSITRAN, indica cuáles son las funciones que cumplen las cláusulas penales, sin mencionar uno de

carácter punitivo; en cambio, se hace referencia a una función compensatoria, moratoria, indemnizatoria y liberatoria, por lo que resultaría inexplicable que el MTC sostenga que la penalidad sí tiene una función punitiva que el propio OSITRAN niega.

57. Por lo expuesto, AAP considera que la pena resulta notoriamente excesiva, desproporcionada y exagerada, con lo cual, debe reducirse a un monto no inferior al gasto no realizado en monitoreos ambientales – porque ello implicaría un beneficio indebido – el cual asciende a S/ 24,600.00, conforme al cuadro de costos contenido en la sección 14.5 de la DIA Tacna:

DIA Tacna, página 223

PARTIDA: PROGRAMAS DE MANEJO AMBIENTAL						
Ítem	Descripción	Und.	Cantidad	Costo unitario	Costo parcial	Costo total
3.08.00	Programa de Seguimiento y Control					
	Monitoreo de calidad de aire	Glb	1	4,200.00	4,200.00	
	Monitoreo de calidad de ruido	Glb	1	4,100.00	4,100.00	
	Monitoreo de calidad de suelo	Glb	1	4,000.00	4,000.00	12,300.00

Posición de la Demandada y su tercero coadyuvante

58. La Demandada y OSITRAN destacan que no es controvertido que el Concesionario solo realizó nueve (9) monitoreos ambientales de los treinta (30) monitoreos ambientales que se comprometió a hacer en el periodo evaluado.

59. Sobre el pedido del Demandante, el MTC sostiene que el objeto de la penalidad no es el impacto negativo generado, sino el incumplimiento de la gestión ambiental; en otras palabras, el objeto de la penalidad es el incumplimiento del Concesionario respecto a su gestión, no así los impactos adversos, los cuales no pudieron ser evidenciados por OSITRAN, ya que no se efectuaron los monitoreos ambientales con la frecuencia trimestral estipulada en la DIA Tacna.

60. El MTC indica que no se pactó que la penalidad estuviese vinculada a la producción de daños ambientales, por consiguiente, a su criterio, al no estar previsto en el supuesto de la penalidad la producción o no de un eventual daño, tampoco debe evaluarse una supuesta graduación del daño.

61. La Demandada destaca que los monitoreos ambientales constituyen una acción preventiva que debió tomar en cuenta AAP como parte fundamental de su gestión ambiental, en atención del Principio de Prevención recogido en el artículo VI de la Ley General del Ambiente.

62. Respecto a que la penalidad sería desproporcionada en sí misma, el MTC refiere que AAP debió cuestionar la supuesta desproporcionalidad antes de suscribir el Contrato de Concesión, formulando las observaciones pertinentes, sin embargo, no procedió de dicha manera, siendo su demanda un cuestionamiento tardío.

63. Además, el MTC menciona que la penalidad constituye un acuerdo válido entre las partes por el que se establece que el incumplimiento contractual de las cláusulas en análisis sería penalizado con el monto de US$ 250,000.00 sin contemplarse graduaciones o rebajas, siendo una penalidad tasada. Así, para las partes que valoraron la importancia o incidencia del cumplimiento de dichas cláusulas, su incumplimiento tenía la importancia suficiente para ser penalizada por el monto pactado.

64. Respecto a que la penalidad sería excesiva por existir un cumplimiento parcial, la Demandada refiere que el incumplimiento fue total respecto a la presentación de los monitoreos ambientales, ya que los documentos presentados no sirvieron para concretar la medición de los componentes ambientales aire, ruido y suelo.

65. Por su parte, OSITRAN alega que, ante la inobservancia del Contrato de Concesión de la DIA Tacna, no se pudo determinar si se ocasionaron alteraciones significativas o no de los componentes ambientales (aire, ruido y suelo).

66. Asimismo, para OSITRAN, no se puede uniformizar los resultados de monitoreos ambientales realizados en agosto de 2014 y marzo de 2017 con los que dejaron de hacerse, como lo señala el Concesionario, toda vez que las etapas fueron diferentes; en diciembre 2014, se ejecutaron sólo algunas de las obras (acondicionamiento del sistema de energía de emergencia con grupo de electrógeno, independización de suministro, rehabilitación de pavimentos, remodelación de terminal de pasajeros), mientras que en marzo 2017 las obras había finalizado.

67. OSITRAN comparte la posición del MTC en el sentido de que, primero, los impactos adversos no son objeto de la penalidad, sino el incumplimiento del Concesionario; segundo, el acuerdo entre las partes no contempla graduaciones o reducciones, habiéndose estipulado una penalidad tasada.

68. OSITRAN añade que los monitoreos ambientales tienen especial importancia para, entre otros aspectos, identificar y detectar los daños ambientales generados por el Concesionario durante la ejecución de las Obras Obligatorias, por lo tanto, al ser una obligación de AAP el cumplimiento de la Gestión Ambiental, el Demandante debe cumplir con las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión.

Posición del Tribunal Arbitral

69. Resumidas las posiciones de ambas partes, de estas se desprende que la controversia consiste en reducir o no la suma aplicada en calidad de penalidad por OSITRAN, la cual asciende a US$ 250,000.00, en tanto que, a criterio del Demandante, la penalidad sería desproporcionada por no corresponder al daño generado, el cual sería inexistente o, en todo caso, no significativo.

70. Con prescindencia de las especulaciones sobre las causas que dieron origen al contenido contractual (cláusula pre redactada, no negociada, impuesta, de adhesión u otras), una interpretación literal de la cláusula penal podría, conducir a un abanico de posibilidades y consecuencias de diferente rango y magnitud y colocar a las partes en una efectiva desigualdad si se analiza la cláusula penal desde la óptica de la distribución de riesgos (riesgos claramente identificados) y se interpreta la misma bajo el principio de enfoque de resultados; y, si no se distingue la potestad de fiscalización administrativa con la potestad contractual de imponer penalidades.

71. En efecto, debe considerarse al respecto que conforme a la cláusula 2.2 del Contrato de Concesión, éste empaqueta actividades disímiles en sí mismas, como son el Diseño, la Construcción, el Mejoramiento, la Operación o explotación y el Mantenimiento, todas ellas capaces de producir daño ambiental. Además, sólo para la Construcción, el Contrato de Concesión distingue entre actividades por Obras del Período Inicial, de las del Período Remante y de las Obras Nuevas (cláusula novena). Lo mismo ocurre con el

Mantenimiento en el que se distingue las actividades de carácter preventivo, del rutinario, el periódico y el correctivo (cláusula sexta). Durante la Operación también se clasifican las actividades en Principales y Secundarias (clausula sétima). Todo esto hace que los escenarios de aplicación de penalidades se multipliquen peligrosamente si no se siguen criterios de aplicación de manera consistentes, claros y precisos. Recordemos que la actividad penalizada en el presente caso está circunscrita a falta de monitoreo de las Obras que debían ejecutarse durante el Período Inicial, es decir, durante los primeros tres años de vigencia del Contrato de Concesión (numeral 6 de su Anexo 23).

72. En opinión del Tribunal Arbitral, toda discusión sobre la aplicación del principio *pacta sunt servanda* desvía la atención sobre el verdadero problema. Para el Colegiado, éste se encuentra más bien en las complicaciones inherentes a la interpretación de la cláusula penal tal y como está recogida en el Código Civil. En efecto, como se verá más adelante, el problema es fundamentalmente de interpretación normativa y de carácter probatorio.

73. Ahora bien, el Tribunal Arbitral ha tenido a la vista el Oficio Nº 1358-2020-GSF-OSITRAN y los Informes Nº 1641-2019-JCA-GSF-OSITRAN y Nº 024-2020-IC-OSITRAN que dicho oficio toma de referencia para aplicar la penalidad en mención.

74. Así, se observa que OSITRAN impone la penalidad al Concesionario al no haber efectuado – como parte de su gestión ambiental – los monitoreos ambientales con la frecuencia trimestral establecida en la DIA durante la ejecución de las Obras Obligatorias del aeropuerto de Tacna, por lo que corresponde imponer la suma referida conforme a la Tabla 8 del Anexo 9 del Contrato de Concesión, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los numerales 12.1.1.1 y 12.1.5.1 de la cláusula décimo segunda del Contrato de Concesión.

75. Como se ha adelantado en líneas anteriores, AAP no ha discutido en este arbitraje el incumplimiento imputado ni que corresponda la aplicación de la penalidad:

> 2. Si bien es importante tener en cuenta que AAP no ha cuestionado en este arbitraje el cumplimiento parcial que se le imputó, tampoco lo ha hecho el MTC directamente ni indirectamente a través del OSITRAN. A eso debemos sumarle que en ninguno de los documentos expedidos por OSITRAN durante el procedimiento contractual de imposición de la Penalidad se ha establecido que ese cumplimiento parcial se haya debido a una negligencia grave (culpa inexcusable) o dolo de parte de AAP.

76. Al no ser materia de controversia, tampoco corresponde que el Tribunal Arbitral analice dicho aspecto, entendiéndose que en este proceso se prescinde o se libera al Colegiado de verificar la imputabilidad del hecho dañoso o incumplimiento. En cambio, lo que está en discusión es la reducción del monto establecido en la penalidad.

77. El texto de la penalidad establecida en la Tabla 8 del Anexo 9 del Contrato arriba citada hace referencia al "*incumplimiento de normativa vigente referido al manejo de residuos sólidos, manejo y almacenamiento de materiales y sustancias peligrosas, sistema de abastecimiento y manejo de hidrocarburos, manejo de aguas residuales, uso de agua, conservación de la calidad de aire y ruido, conservación de la calidad de suelo, zonificación, riesgos ambientales, seguridad y salud laboral, gestión ambiental*", lo cual, a criterio de AAP, cubre supuestos disímiles entre sí y de magnitudes diversas, restándole proporcionalidad y congruencia.

78. La misma Tabla 8 del Anexo 9 del Contrato, agrega que la penalidad debe aplicarse "cada vez que se verifique el incumplimiento", lo cual a criterio de AAP constituye una penalidad desproporcionada en sí misma[1].

79. Sin embargo, el Tribunal Arbitral debe aplicar el pacto de las partes tal como las partes lo entiende y lo han sostenido en el presente arbitraje y, además, considera pertinente señalar que la aplicación de la penalidad en este caso, a la luz de lo alegado por las partes y lo probado por el deudor respecto a una eventual "pena enorme", no resulta excesiva en el sentido de que no se exige a AAP el pago del monto de la penalidad por cada una de las oportunidades en que la Demandante incumplió con la entrega de los Monitoreos Ambientales. En cambio, la penalidad solo ha sido aplicada en función a la oportunidad en que el incumplimiento fue detectado, lo cual resultaría razonable para ambas partes según los actuados y argumentos de planteados en el presente caso.

[1] Escrito N° 2, "Demanda", literal F

80. No obstante, el Tribunal Arbitral considera importante atender a lo señalado por OSITRAN en el Informe Nº 1641-2020-JCA, donde sostiene que "*los monitoreos ambientales son muy importantes para detectar si se genera o no daños al medio ambiente, el cual constituye una acción preventiva que debió tomar en cuenta el Concesionario como parte fundamental de su gestión ambiental*".

81. Asimismo, el Tribunal Arbitral halla que el Contrato de Concesión califica de «indispensable» y «fundamental» la protección del medio ambiente, con lo cual, resulta razonable considerar que la ejecución de monitoreos ambientales, al ser un proceder preventivo a efectos de medir la presencia y concentración de contaminantes en el ambiente y el estado de conservación de los recursos naturales, resulte relevante para el proyecto:

> **12.1 Consideraciones Generales Socio Ambientales**
>
> 12.1.1 **Responsabilidad Ambiental u Obligaciones Socio Ambientales del Concesionario**
>
> 12.1.1.1 El CONCESIONARIO declara conocer la Legislación vigente, incluida la Normatividad internacional y las obligaciones que establece este Contrato en materia ambiental en cuanto sean aplicables a las actividades reguladas por este Contrato. El Concesionario se obliga a cumplir con dichas normas como componente indispensable de su gestión ambiental.
>
> 12.1.1.2 Durante la ejecución de las Obras Obligatorias y del Periodo Remanente, el Mantenimiento y Explotación de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá asumir la responsabilidad de protección del medio ambiente como un componente fundamental de su gestión.

82. Por otro lado, del Informe Nº 024-2020-IC se desprende que OSITRAN considera que "*los contratos pueden contener cláusulas penales, también llamadas penalidades, con la finalidad no solo de resarcir el daño (función indemnizatoria), sino que también, entre otras, la de compeler al deudor a que cumpla con la prestación a su cargo (función compulsiva de la penalidad) ... buscando que no se adopte un proceder contrario a lo prometido...*".

83. Así, se advierte un desarrollo por parte de OSITRAN que dista de lo indicado por AAP. Sobre el particular, cabe decirse que el Tribunal Arbitral coincide con la apreciación citada en el párrafo anterior, en tanto que, como ha señalado el autor FERNÁNDEZ CRUZ, "*la cláusula penal constituye un remedio particular de la tutela contra el incumplimiento (y no*

de la tutela resarcitoria) y que prescinde en su entidad de la probanza de la existencia del daño resarcible"[2].

84. Asimismo, como indica el autor MAZZARESE, "*la eficacia de la obligación penal prescinde, al menos de la incidencia real de daños –denominados 'daños-consecuencia', que se determinan en relación al segundo nexo de causalidad del ilícito contractual– pero no prescinde de la imputabilidad del hecho –denominado 'daño evento', que se determina en relación al primer nexo de causalidad del mismo ilícito*"[3].

85. En otras palabras, resulta claro que la función principal de la penalidad es tutelar el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación debida, puesto que, para su configuración, no entra en el análisis la ocurrencia o no de daños en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de aquel, sino la sola verificación del incumplimiento por parte del deudor: "*[E]l incumplimiento o el inexacto cumplimiento de la obligación principal perfeccionan la obligación penal prescindiendo de un evento realmente dañoso*" [4].

86. Debe acotarse que dichas opiniones están enfocadas desde la perspectiva de la posición contractual del acreedor y en resguardo de su esfera patrimonial. Ello en función de dos razones: (i) nuestro Código Civil exige que la reducción de la pena sea solicitada o requerida por el deudor, es decir, no puede ser declarada de oficio por el juzgador; y, (ii) el Código Civil peruano le exige al deudor, además, probar que la penalidad es manifiestamente excesiva, lo que le insta a procurar al juzgador los elementos de convicción necesarios.

87. Así, si bien el artículo 1346º del Código Civil permite que la penalidad sea reducida, tampoco puede considerarse una herramienta ordinaria. Atendiendo a lo expresado líneas arriba, la reducción de la penalidad es un asunto extraordinario o excepcional, de lo contrario, la cláusula penal no tendría ninguna utilidad real si, finalmente, puede ser revisada y modificada solo por no verificarse un daño, a pesar de que este fue un componente excluido desde un inicio por las partes. En esa misma línea, el autor

[2] FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria. La problemática en su encuadramiento*. ARA Editores, 2017, pp. 123-124.
[3] MAZZARESE, Silvio, *Clausola penale Artt. 1382-1384*, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La cláusula penal*. En: Themis-Revisata de Derecho 66, Lima: 2014, p. 237.
[4] MAZZARESE, Silvio, *Clausola penale Artt. 1382-1384*, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La cláusula penal*. En: Themis-Revisata de Derecho 66, Lima: 2014, p. 238.

GIAMPIERI sostiene que "*a la norma en cuestión, justo porque está dirigida a incidir en el reglamento negocial previsto por los particulares, le ha sido atribuida la naturaleza excepcional...*"[5].

88. Es menester precisar que la consecuencia jurídica del artículo sobre el cual se sostiene la demanda de AAP, no es la reducción de la penalidad, es decir, no se otorga un derecho al deudor a que se reduzca la penalidad que se le haya aplicado en función de que sea manifiestamente excesiva o si ha cumplido parcial o irregularmente con la obligación, en cambio, el derecho que es reconocido es a solicitar la reducción de la pena si se encuentra en dichas específicas circunstancias, siendo potestad del juzgador el determinar si corresponde o no que la penalidad se vea disminuida:

> "*Art. 1346º.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida*".

89. Pero esta potestad del juzgador no es ilimitada, no está librada a su mero arbitrio. Depende de la probanza que corresponde al deudor sobre la magnitud del daño real comparado con la del daño pactado. Esta es la parte de la cláusula penal referida a la posición contractual del deudor y a su esfera patrimonial. De criterios razonables aportados por el deudor para acreditar "la pena enorme".

90. RUBIO CORREA[6] señala que la norma jurídica tiene tres elementos: el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica y el nexo. El autor los define de la siguiente manera:

(a) Supuesto de hecho: Es la hipótesis que formula el autor de la norma jurídica para que, de verificarse u ocurrir en la realidad, se desencadene lógico jurídicamente la necesidad de la consecuencia.

(b) Consecuencia jurídica: Es el efecto que el autor de la norma jurídica atribuye, lógico jurídicamente, a la verificación del supuesto en la realidad.

[5] GIAMPIERI, Alberto, *La clausola penale e la caparra*, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 242.
[6] RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico*. 10ma. Ed., aumentada. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 87-97.

(c) Nexo: Es el elemento vinculante entre supuesto y consecuencia, con un carácter de deber ser que lo ubica en el ámbito de la necesidad lógico-jurídica.

91. Es menester hacer énfasis en el nexo, el cual, como refiere el autor en mención, *"es necesario porque el Derecho entiende que la consecuencia debe ocurrir a partir de la verificación del supuesto en la realidad"*[7].

92. En otras palabras, cuando se verifica el supuesto de hecho en la realidad necesariamente y de manera ineludible corresponde que se aplique la consecuencia al mismo, en tanto que el ordenamiento jurídico reconoce dicho supuesto jurídico como relevante y protege el interés jurídico detrás del mismo.

93. En la norma bajo análisis – y que da origen al presente arbitraje (artículo 1346º del Código Civil) –, sin embargo, se aprecia esa clase de nexo, pero de manera sutil, toda vez que en apariencia no se regula una consecuencia jurídica para el acreedor que deba ser obligatoriamente observada por el Tribunal Arbitral. En cambio, al supuesto de hecho (pena manifiestamente excesiva o cumplimiento parcial o irregular de la obligación) le sigue la facultad del juzgador de reducir la pena imputada y aplicada al deudor.

94. Nótese, entonces, que la norma citada está dirigida al juzgador, a quien se le faculta – mas no se le obliga – a reducir equitativamente la pena aun si la solicitud del deudor se ampara en alguno de los supuestos referidos; menos aún si el deudor no brinda los elementos probatorios ni los parámetros para la reducción.

95. La conclusión del Tribunal Arbitral está respaldada en la Sentencia Casatoria Nº 1753-97-Lima, donde se dispone que el artículo 1346 faculta al juez a reducir a pedido del deudor la penalidad pactada, en los casos en que a su criterio resulte excesiva, significado que esta reducción no es obligatoria y que se procederá a ella con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales.

[7] Ibíd., p. 96.

96. En ese contexto, de los escritos y pruebas presentadas al expediente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde amparar la demanda del Concesionario, en virtud de las razones que a continuación se desarrollan.

97. El Tribunal Arbitral considera que corresponde evaluar la penalidad misma y determinar si existe desproporcionalidad manifiesta en el monto establecido por el incumplimiento.

98. Cabe decirse que el Tribunal Arbitral considera que el cuestionamiento de AAP a que la cláusula penal es desproporcionada en sí misma por comprender diversos y disímiles incumplimientos entre sí, léase, de carácter ambiental, laboral y municipal, no es una discusión cuyo objeto sea el monto de la penalidad para el caso en específico, sino un cuestionamiento a la misma regulación de la cláusula penal, en tanto que controvierte el supuesto de hecho señalado, lo cual está fuera de los márgenes establecidos por la pretensión de la demanda.

99. Lo antedicho se fundamenta en el hecho que, si bien no es un cuestionamiento expreso a la validez o eficacia de la penalidad, lo cierto es que no está directamente relacionado a los hechos del caso, sino que es una controversia que pudo ser planteada por AAP en cualquier momento antes del incumplimiento de los monitoreos ambientales.

100. Así, evaluar y concluir que la redacción del supuesto de hecho de la cláusula penal la torna en intrínsecamente excesiva es perjudicarla desde su configuración interna, esto es, tanto desde su eficacia estructural como eficacia funcional, pues, declarar lo propuesto por el Concesionario implicaría privar de efectos a la cláusula penal, lo cual escapa a la controversia.

101. En otras palabras, el Colegiado ha de guardar especial cuidado con las consecuencias jurídicas de su decisión, por tanto, determinar que la cláusula penal es excesiva en virtud de que contempla distintos supuestos de hecho significaría considerarla por sí misma defectuosa para todos los demás supuestos en mención y no solo para el que corresponde al caso, lo cual tiene repercusiones que escapan al presente litigio, toda vez que ello implicaría definir de antemano que cualquier otra penalidad que se impute al Concesionario en virtud de incumplimientos a las cláusulas 12.1.1.1 y 12.1.5.1 del Contrato

de Concesión ha de ser reducida, lo cual, evidentemente, no es materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

102. Adicionalmente, el Colegiado estima pertinente destacar que el Demandante no ha señalado un parámetro de proporcionalidad para considerar que el monto establecido como penalidad deba ser modificado en este caso.

103. En otras palabras, si el Demandante está discutiendo el monto de la penalidad atribuido al incumplimiento de distintas obligaciones, ¿cuál sería el monto apropiado, razonable o proporcional a los supuestos de hecho que son regulados como causal de aplicación de la cláusula penal? AAP no lo ha desarrollado en el proceso.

104. Ciertamente, no podría ser el monto correspondiente al gasto no incurrido por el Demandante en monitoreos ambientales, en tanto que no es el único supuesto que recoge la cláusula penal.

105. El Tribunal Arbitral considera que no se ha demostrado que el monto correspondiente a la penalidad imputada al Concesionario sea manifiestamente excesivo, en tanto que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, ante una penalidad de S/ 500 diarios por mora en un contrato de arrendamiento de S/ 1,000.00 mensuales de renta, en este caso arbitral, no se ha otorgado al Colegiado una referencia de desproporcionalidad en el sentido expuesto.

106. En otras palabras, el Demandante no ha dotado al Tribunal Arbitral de herramientas para considerar que US$ 250,000.00 es una cifra excesiva por sí misma en relación con los efectos que el incumplimiento puede generar.

107. En el ejemplo, la referencia es el valor de S/ 1,000 mensuales como merced conductiva lo que determina que la penalidad aplicada de S/ 500 diarios por mora en el pago de la renta sea manifiestamente excesiva. Evidentemente, habría una apreciación diferente si la penalidad en mención es aplicada en un contrato cuya renta fuese de S/ 20,000 mensuales.

108. El Tribunal Arbitral desconoce – en tanto que no se ha precisado en los escritos y pruebas aportadas al expediente – a cuánto podría ascender un daño ocasionado por el incumplimiento del Concesionario.

109. Si bien el Demandante ha indicado que cualquier daño que se haya podido producir como consecuencia de la falta de monitoreos ambientales sería poco significativo y reversible (con contadas excepciones), no se ha precisado a cuánto ascendería la reparación de dichos daños leves o no significativos, ya sea de manera independiente o conjunta; con lo cual, el Tribunal Arbitral no cuenta con un elemento de referencia que le permita concluir que el monto de la penalidad establecido entre las partes sea manifiestamente excesivo.

110. Del mismo modo, al Tribunal Arbitral no le genera convicción que la penalidad deba ser reducida al gasto no realizado por monitoreos ambientales, toda vez que no es un criterio que pueda considerarse equitativo entre los intereses de las partes.

111. Sin duda, equidad o equitativo no significa satisfacer en igual proporción los intereses de las partes de la relación jurídica, sin embargo, a criterio del Tribunal Arbitral, implica analizar la situación concreta, considerando ambos intereses y si existe o no un ejercicio abusivo en la determinación y aplicación de la penalidad.

112. Resulta pertinente tener presente lo expresado por Trimarchi[8], quien refiere que "*[e]l juez debe prestar atención al interés que el acreedor tenía en el cumplimiento, de acuerdo con el momento de la celebración del contrato*", esto es, no solo corresponde atender a los actos del deudor o a la existencia o no de daño, sino también al interés que tenía el acreedor, motivo por el cual se consideró pertinente establecer una penalidad en resguardo del mismo.

113. En esa línea, el Tribunal Arbitral no juzga el proceder de la Demandada como abusivo o desleal, toda vez que, como se ha destacado líneas arriba, el Contrato de Concesión califica de «indispensable» y «fundamental» la protección del ambiente, con lo cual, resulta razonable considerar que la obligación de ejecución de monitoreos ambientales, siendo herramientas preventivas a efectos de medir la presencia y concentración de

[8] Clausola penale, en Novissimo Digesto Italiano, vol. III, Turín: Utet, 1959, pp. 351-352.

contaminantes en el ambiente y el estado de conservación de los recursos naturales, esté resguardada con una penalidad cuyo monto no sea de carácter menor. Sería razonable un monto menor si la ejecución de la obligación representa también la satisfacción de un interés menor, sin embargo, este no sería el caso.

114. Por tanto, siguiendo la Sentencia Casatoria Nº 1753-97 del 24 de setiembre de 1998, donde se expresa que procede la reducción de la penalidad *"con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales"*[9], el Colegiado no advierte un ejercicio desleal de parte del MTC al aplicar la cláusula penal pactada entre las partes tras verificar el incumplimiento de AAP, con lo cual, no corresponde reducir el monto establecido en la misma.

115. Por otro lado, AAP sustenta su pretensión en razón que el incumplimiento imputado no ha causado ningún daño ambiental o, en todo caso, de existir daños, habrían sido mínimos.

116. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral considera que, así como la presencia de un daño cierto y acreditado no configura la penalidad, es decir, desde la perspectiva del acreedor solo corresponde verificar el incumplimiento del deudor para que la penalidad sea aplicada, sin importar si el acreedor ha sufrido un daño, tampoco la ausencia de daño ha de entenderse necesariamente como un aspecto "desconfigurador" de la penalidad; de lo contrario, *"¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución de las partes, se ven irremediablemente sumergidas en un proceso engorroso de demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores?"*[10].

117. La pregunta es sumamente válida puesto que la cláusula penal permite a las partes conocer cuáles son las consecuencias directas del incumplimiento de sus obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión. Variar el monto de la penalidad quiebra dicha certidumbre jurídica y el pacto entre las partes, para lo cual, nuevamente, es necesario

[9] OSTERLING PARODI, Felipe y REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. *Apuntes sobre la reducción de la pena obligacional y el replanteamiento de sus funciones.* Artículo en Revista PUCP, 2005, en https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11797/12363/0 (visto el 24 de noviembre de 2021, 10:33 horas), p. 160.

[10] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las obligaciones.* Palestra Editores, Lima, 2008, p. 943.

verificar que existe un ejercicio desleal de parte del acreedor, sobre la base de un parámetro determinado.

118. Justamente, es pertinente desestimar lo aseverado por el Concesionario respecto a que la cláusula penal que se discute en este proceso arbitral es una de carácter indemnizatorio, conforme a las funciones de la penalidad establecidas en la Directiva para la Aplicación de Penalidades emitida por OSITRAN, donde, a su criterio, no se menciona la finalidad punitiva, sino que se hace referencia a la función compensatoria, función moratoria, función indemnizatoria y función liberatoria. Sin embargo, el Tribunal Arbitral advierte que las funciones a las que hace mención AAP son referidas por OSITRAN como adicionales al fin esencial de la cláusula penal, la cual es garantizar el cumplimiento de una obligación:

> Directiva para la Aplicación de Penalidades, página 10
>
> Teniendo claro cuál es la definición de la cláusula penal y habiendo determinado cuáles son sus elementos esenciales, corresponde identificar cuáles son las funciones que ésta cumple al incorporarse a un contrato (cualquiera fuera su tipo, como la concesión por ejemplo), conforme a los intereses de las partes y de acuerdo a lo permitido por la Ley. Además de garantizar el cumplimiento de una obligación, el Código Civil y doctrina le ha asignado al mecanismo de penalidades las siguientes funciones:
>
> (i) Función compensatoria: si según la intención de las partes, la penalidad tiene una función compensatoria respecto del incumplimiento definitivo de la obligación sin interés futuro por parte del acreedor en su cumplimiento, éste podrá solicitar acumulativamente:

119. Precisamente, líneas antes a la referencia a funciones de la penalidad, OSITRAN define a la cláusula penal como una herramienta que tutela el cumplimiento de la obligación, lo cual es compartido por este Tribunal Arbitral, conforme ha sido expuesto en el presente laudo (Anexo A-17):

> A partir de las definiciones citadas y de lo regulado en el Código Civil, puede definirse a la penalidad como el mecanismo pactado por las partes (en el caso de los contratos de concesión, por el Concesionario y Concedente) en el ejercicio de su autonomía privada, que busca garantizar el cumplimiento de una determinada obligación, imponiendo el pago de un monto indemnizatorio a
>
> -9-

favor de la parte contractual que se ve afectada por el incumplimiento de su contraparte. A través de ella se limita el resarcimiento por el incumplimiento de una prestación en particular. Es una obligación accesoria de una obligación principal que busca generar incentivos para que el deudor cumpla con la misma, determinando de manera previa el monto que se debería pagar, o como se determinará éste, en caso de incumplimiento. Barchi señala al respecto: "... *la cláusula penal es una estipulación accesoria y tiene una clara función garantista. (...) Se trata a su turno de una obligación, pero accesoria que se suma a la relación obligatoria principal para reforzarla, agravando los alcances de la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento*"[3].

120. Por consiguiente, es cierto que OSITRAN hace referencia a varias funciones de la penalidad, entre las cuales se halla la función compensatoria, no obstante, lo aseverado con anterioridad a ello es de suma importancia, pues antepone la tutela del cumplimiento a la tutela del resarcimiento de un daño.

121. Por otro lado, el Tribunal Arbitral considera conveniente recurrir a los Principios UNIDROIT (artículo 7.4.13), donde se tiene que la suma determinada como penalidad "*puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias*" (énfasis agregado), siendo pertinente resaltar que el daño ocasionado no es el único elemento que considerar, sino también otras circunstancias; toda vez que en el primer párrafo del artículo en mención se dispone que "*la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido*".

122. Es menester forjar un entendimiento o lectura coherente y consistente entre ambos aspectos, pues, de lo contrario, toda cláusula penal sería materia de reducción cada vez que no se verifique un daño específico, lo cual contradice el derecho del acreedor de cobrar la suma determinada como penalidad y la voluntad de las partes, quienes, precisamente, acordaron la cláusula en mención para evitar una controversia sobre la determinación de daños y tutelar el cumplimiento de la obligación.

123. Por tanto, sirva el artículo en mención de referencia para comprender que la reducción de una penalidad no se produce solo cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado, sino también en función a las demás circunstancias del caso.

124. Estas otras circunstancias pueden consistir en el valor de la obligación principal, el valor del posible daño, el valor de la afectación en relación con el patrimonio del deudor, la interpretación adoptada por el acreedor respecto a la penalidad, entre otros aspectos,

según sea el caso, que puedan servir de parámetro para concluir que la penalidad no es razonable o proporcional.

125. Justamente, el Colegiado considera que el Demandante no proporciona un parámetro en dicho sentido, de modo que se pueda concluir que la penalidad es exagerada.

126. Así, el Tribunal Arbitral desconoce si el daño que se pudo generar por la falta de monitoreos ambientales pudo ascender o no al monto de la penalidad o si pudo ser mayor, sea de manera individual, respecto de cada componente ambiental (aire, ruido o suelo) o de manera conjunta; es decir, el Concesionario alega que el daño que se pudo generar sería no significativo, pero no ha indicado a cuánto podía ascender dicho daño. De haberse producido daños ambientales por falta de monitoreos, ¿serían superiores o menores al monto acordado como penalidad y por cuánto?

127. Del mismo modo, el Tribunal Arbitral desconoce si la penalidad representa o no un monto importante en relación con los ingresos que percibe el Concesionario en virtud del Contrato de Concesión; es decir, el Colegiado ignora si el monto de la penalidad bajo análisis termina perjudicando la esfera patrimonial de AAP de manera significativa o no.

128. La falta de información que complemente la diferencia entre el daño ocasionado y la penalidad impide al Tribunal Arbitral determinar que esta última es desproporcional, toda vez que no cuenta con un parámetro del cual guiarse.

129. Para mejor comprensión de la posición del Tribunal Arbitral, en el ejemplo dado líneas arriba sobre un contrato de arrendamiento, la penalidad de S/ 500 diarios por atraso en el pago de la renta podría resultar desproporcionado no solo por el hecho que el arrendador no habría sufrido dicho daño, sino también porque el monto de la renta era de S/ 1,000, con lo cual, se tiene un referente claro de cuál es el beneficio que obtiene el arrendador con el contrato, siendo la penalidad un claro exceso de dicho beneficio a costas del patrimonio de su contraparte.

130. Asimismo, tomando otro ejemplo, el caso de un jugador de fútbol cuya penalidad por indisciplina (asistir tarde a las prácticas del club) ascienda a US$ 5,000 por ocasión podría *a priori* parecer una suma exagerada, sobre todo si el club no tiene elementos

probatorios que den cuenta de un daño como producto de la tardanza, sin embargo, si la retribución mensual que percibe dicho atleta es de US$ 500,000, la perspectiva cambia. Este cambio se produce porque se añade un dato relevante que es el monto que percibe regularmente en virtud de su contrato.

131. En este último ejemplo, la lectura de la situación puede volver a cambiar si la penalidad que se le imputa al deportista llega a una suma importante respecto a su salario, digamos que en el mes tuvo tardanzas en veinte de veinticinco prácticas, lo cual lleva la penalidad a US$ 100,000. En dicho supuesto, el monto podría considerarse excesivo tomando en consideración que se trata de un quinto (1/5) de la remuneración mensual del deportista a pesar de que no faltó a las prácticas, cumpliendo irregularmente con su obligación.

132. Ahora, en el supuesto que, a pesar de que asistió tarde a las prácticas en la cantidad de ocasiones referida (20/25), el club solo penalizó al deportista por el periodo mensual, imputándole una penalidad de US$ 5,000, resultaría imposible considerar que el proceder del club es desleal o conflictivo con la buena fe, en tanto que al aplicar la penalidad adoptó una interpretación menos lesiva para el interés de su contraparte.

133. Precisamente, en el presente arbitraje, el Tribunal Arbitral tampoco advierte una transgresión al contenido ético de las relaciones contractuales que sea necesario corregir con la reducción de la penalidad impuesta por el Concedente a AAP, puesto que la aplicación de esta se habría dado por el periodo fiscalizado y no por la verificación de cada incumplimiento, a pesar de que la Tabla Nº 8 del Anexo 9 del Contrato de Concesión podría facultar al MTC a ello:

Cláusula Contrato	Descripción de penalidad	Monto (US$)	Criterio de Aplicación
12.1.1.1 y 12.1.5.1	Incumplimiento de normativa ambiental vigente referido al manejo de residuos sólidos, manejo y almacenamiento de materiales y sustancias peligrosas, sistema de abastecimiento y manejo de hidrocarburos, manejo de aguas residuales, uso de agua, conservación de la calidad de aire y ruido, conservación de la calidad de suelo, zonificación, riesgos ambientales, seguridad y salud laboral, gestión ambiental.	250,000	Cada vez que se verifique el incumplimiento

134. Así, en lugar de aplicar la penalidad por cada vez que el Concesionario no cumplió con realizar un monitoreo ambiental por las Obras Obligatorias del aeropuerto de Tacna, esto es, en veintiún (21) ocasiones, lo cual llevaría la penalidad a la suma de US$ 5'250,000, el Concedente solo la ha aplicado en función a la oportunidad en que el incumplimiento fue detectado.

135. En efecto, el Concedente exigió el pago de la suma mencionada en calidad de penalidad en una (1) sola ocasión por los monitoreos ambientales referidos al aeropuerto de Tacna, lo cual resulta a todas luces una acción acorde con una interpretación menos lesiva al interés y patrimonio de AAP y conforme al pacto establecido entre las partes.

136. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que la penalidad dispuesta a través del Oficio Nº 1358-2020-GSF-OSITRAN se ajustó a los numerales 12.1.1.1 y 12.1.5.1 de la cláusula decimo segunda del Contrato de Concesión ante el incumplimiento de AAP en estricta aplicación de las cláusulas mencionadas, no es desproporcionada y no cabe reducción del monto establecido por ambas partes.

137. Cabe decirse que el criterio expuesto en este laudo aplica para cada una de las justificaciones dadas por AAP para amparar su pretensión, esto es, el Colegiado considera que la penalidad impuesta no es desproporcionada, sea porque no es manifiestamente excesiva o aún cuando el Concesionario cumplió parcial o irregularmente la prestación a su cargo, toda vez que, nuevamente, no se aprecia la desproporcionalidad alegada por el Demandante.

138. Así, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación contractual de realizar monitoreos ambientales o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso es solo atribuible a AAP y, en consecuencia, no corresponde amparar su demanda, puesto que, de lo contrario, se estaría avalando una lectura contraria a la «buena fe en el cumplimiento». En efecto, como enseña ZUSMAN, "*al ejecutar un contrato, existe ya un vínculo jurídico entre éstas, que les impone considerar las legítimas expectativas de su contraparte, cuyos intereses –ahí sí– están respectivamente obligadas a respetar*" [11].

[11] ZUSMAN, Shoschana. *La buena fe contractual.* Artículo en Themis Revista de Derecho Nº 51, 2005, en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110795.pdf (visto el 24 de noviembre de 2021, 20:28 horas), p. 24.

139. Precisamente, en el artículo citado, llama la atención del Tribunal Arbitral la referencia de la autora ZUSMAN al "Catálogo de conductas de mala fe" de SUMMERS, donde se aprecian distintos ejemplos de mala fe en el cumplimiento:

> *"V.1.2 Mala fe en el cumplimiento*
>
> *Evadirse del espíritu del contrato (interpretaciones forzadas de cláusulas mal redactadas); cumplir sólo con lo sustancial y no con lo accesorio (en un contrato de construcción, negarse a ejecutar ciertos trabajos implícitamente considerados); abuso en determinar el incumplimiento (incumplimientos nimios o sin importancia); interferir en el cumplimiento de la otra parte (otorgar un mandato y privar al mandatario del objeto del mismo, transfiriendo el bien); solución abusiva de disputas (haciendo interpretaciones antojadizas de las cláusulas del contrato, a fin de tomar ventajas sobre la otra parte para lograr la renegociación); remedios oportunistas (renegociar el contrato imponiendo condiciones mucho más onerosas) y, finalmente, abuso del poder de terminación del contrato."* [12]

140. De lo anterior se colige que el Concedente no ha violentado los márgenes de la ética contractual, puesto que no ha efectuado una interpretación antojadiza de la cláusula penal, por el contrario, ha respetado el interés de su contraparte adoptando una lectura menos lesiva de la penalidad acordada entre las partes.

141. Cabe decirse que en este proceso tampoco se ha alegado que el incumplimiento sea nimio o sin importancia y, en cambio, se ha reparado que, al ser parte de la gestión ambiental, la obligación era indispensable y fundamental, con lo cual, no existe un parámetro para considerar que la suma reclamada como penalidad sea excesiva.

142. En consecuencia, en atención al principio *pacta sunt servanda* y a las demás razones expuestas en el presente laudo, resulta acertado mantener incólume el pacto entre las partes y no amparar la solicitud del Demandante de reducir la penalidad aplicada por Oficio Nº 1358-2020-GSF-OSITRAN.

3.2. Pronunciamiento sobre los costos del proceso.

[12] *Ibid.*, pp. 25-26.

143. El artículo 42º del Reglamento de Arbitraje establece que el Tribunal Arbitral ha de pronunciarse en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, los cuales están comprendidos por honorarios y gastos de árbitros, gastos administrativos del Centro de Arbitraje, honorarios y gastos de peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, y gastos razonables incurridos por las partes para su defensa.

144. Para ello, el Tribunal Arbitral debe verificar si existe algún acuerdo sobre el particular, de modo que no se perjudique sus efectos sin que haya sido sometido a controversia.

145. Así, el Tribunal Arbitral advierte que en el literal e de la cláusula 16.5.2.1 del Contrato de Concesión, se establece que los costos en mención serán asumidos por la parte vencida:

> e. 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. Igual regla se aplica en caso la parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. En caso el procedimiento finalice sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado.

146. Por tanto, habiéndose desestimado la demanda de AAP, corresponde que esta asuma en su integridad los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de los árbitros. Respecto a los honorarios por concepto de defensa, cada parte ha de asumir los costos realizados o a los que se ha comprometido.

147. En esa línea, la secretaría del Centro de Arbitraje informa que AAP cumplió con cubrir los costos del arbitraje en su totalidad, por consiguiente, no corresponde ordenar reembolso alguno.

IV. DECISIÓN. -

148. El Tribunal Arbitral considera pertinente expresar que sus miembros han ejercido su cargo con estricta imparcialidad e independencia, no habiendo sido objeto de conflictos de interés, coacción o cualquier otro acto que menoscabe sus atribuciones.

149. Por tanto, en ejercicio de la función que las partes y la Constitución Política del Perú le han conferido, el Tribunal Arbitral lauda de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la demanda interpuesta por Aeropuertos Andinos del Perú S.A.

SEGUNDO: DISPONER que Aeropuertos Andinos del Perú S.A. asuma en su integridad los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los honorarios de los árbitros que conforman el presente Tribunal Arbitral.

Gonzalo García Calderón Moreyra
Presidente del Tribunal Arbitral

Edgardo Mercado Neumann
Miembro del Tribunal Arbitral

César Guzmán-Barrón Sobrevilla
Miembro del Tribunal Arbitral