CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Arbitraje entre

SOCIEDAD AEROPORTUARIA KUNTUR WASI S.A. Y CORPORACIÓN AMÉRICA S.A.

Demandantes

y

REPÚBLICA DEL PERÚ

Demandada

Caso CIADI N.º ARB/18/27

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN, RESPONSABILIDAD Y DETERMINADOS ASPECTOS DEL QUANTUM, CON NUEVAS INSTRUCCIONES SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

Miembros del Tribunal
Sra. Lucinda Low, Presidente del Tribunal
Sr. Enrique Barros Bourie, Árbitro
Sr. José Emilio Nunes Pinto, Árbitro

Secretaria del Tribunal
Sra. Patricia Rodríguez Martín

Fecha de envío a las Partes: 11 de agosto de 2023

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A.:

Henry G. Burnett
Roberto Aguirre Luzi
Cedric Soule
Fernando Rodríguez Cortina
Renzo Seminario Córdova
King & Spalding LLP
1185 Avenue of the Americas
Nueva York, NY 10036
Estados Unidos de América

Alfredo Bullard G.
Huáscar Ezcurra R.
Bruno Doig G.
Bullard Falla Ezcurra +
Av. Las Palmeras 310
San Isidro, Lima
República del Perú

En representación de la República del Perú:

Vanessa Rivas Plata Saldarriaga
Mónica del Pilar Guerrero Acevedo
Comisión Especial, Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión
Ministerio de Economía y Finanzas
Jirón Junín 319
Distrito de Lima, Lima 1
República del Perú

Ricardo Puccio
Estudio Navarro & Pazos Abogados
Av. Del Parque 195
San Isidro, Lima
República del Perú

Jennifer Haworth McCandless
Marinn Carlson
María Carolina Durán
Sidley Austin LLP
1501 K Street NW
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

Stanimir A. Alexandrov
Stanimir A. Alexandrov PLLC
1501 K Street N.W.
Suite C-072
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

ÍNDICE

TÉRMINOS DEFINIDOS SELECCIONADOS VI

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES 1

II. ANTECEDENTES PROCESALES 2

III. ANTECEDENTES DE HECHO 17

A. Contexto del Aeropuerto Internacional Chinchero 17

B. El concurso respecto del Aeropuerto Chinchero y las Bases 19

(1) Introducción 19

(2) El esquema financiero del Proyecto según lo contemplado en las Bases 20

(3) Kuntur Wasi es seleccionada como adjudicataria en el concurso 24

C. El Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía 26

(1) Kuntur Wasi y el MTC firman el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía 26

(2) Principales términos del Contrato de Concesión 27

a. Entregables principales de Kuntur Wasi como Concesionario 27

b. Esquema de financiamiento del Contrato de Concesión 29

c. Resolución en virtud del Contrato de Concesión 33

d. Solución de disputas 36

(3) El Contrato de Garantía 36

(4) Cumplimiento de Kuntur Wasi en el marco del Contrato de Concesión 37

D. Hechos que derivaron en la Adenda N.° 1 del Contrato de Concesión 38

(1) Propuesta de EGP de Kuntur Wasi de mayo de 2016 38

(2) El proceso de negociación de la Adenda N.° 1 al Contrato de Concesión 40

a. Elecciones presidenciales 40

b. Informe de la Contraloría de octubre de 2016 41

c. Negociaciones posteriores que derivaron en la Adenda N.° 1 41

(3) La Adenda N.° 1 recibe el respaldo de Perú y finalmente se adopta 46

a. Opinión técnica de OSITRAN a favor de la Adenda N.° 1 46

b. El MEF favorece la adopción de la Adenda N.° 1 47

c. Anuncio televisivo del Presidente Kuczynski en respaldo de la Adenda N.° 1 48

d. El Consejo de Ministros respalda la decisión de firmar la Adenda N.° 1 48

e. El MTC recomienda firmar la Adenda N.° 1 48

f. Kuntur Wasi y el MTC firman la Adenda N.° 1 49

E. Resolución Unilateral del Contrato de Concesión por parte de Perú 49

(1) Informe de la Contraloría del 22 de febrero de 2017 sobre la Adenda N.° 1 49

(2) Las negociaciones posteriores con el Ministro Giuffra 54

(3) Notificación de resolución formal del MTC del 13 de julio de 2017 56

F. Hechos que tuvieron lugar luego de la resolución unilateral del Contrato de Concesión ejercida por Perú 58

(1) Trato Directo 58

(1) Resolución ejercida por Kuntur Wasi por incumplimiento del Contrato de Concesión 61

(2) Perú encuentra otro concesionario 61

(3) Investigaciones penales contra empleados de Kuntur Wasi y de Corporación América 62

IV. JURISDICCIÓN 65

A. Jurisdicción del Tribunal respecto de los reclamos relativos al Tratado formulados por Kuntur Wasi ... 65

(1) La posición de las Partes 65

a. La posición de la Demandada 65

b. La posición de las Demandantes 70

(2) El análisis del Tribunal 76

a. En virtud del Convenio del CIADI 76

b. En virtud del TBI 86

B. Jurisdicción del Tribunal respecto de los reclamos relativos al Contrato formulados por Corporación América 88

(1) La posición de las Partes 89

a. La posición de la Demandada 89

b. La posición de las Demandantes 90

(2) El análisis del Tribunal 91

V. RESPONSABILIDAD 92

A. Supuesto incumplimiento por parte de Perú del Contrato de Concesión, del Contrato de Garantía y del Derecho Peruano 93

(1) La resolución unilateral del Contrato de Concesión ejercida por Perú fue contraria a los términos del Contrato de Concesión y al derecho peruano 93

a. La posición de las Partes 93

b. El análisis del Tribunal 119

(2) Perú actuó de mala fe y su conducta no fue congruente con las promesas y compromisos asumidos ante las Demandantes 139

a. La posición de las Partes 139

b. El análisis del Tribunal 144

(3) La resolución del Contrato de Concesión que realizó Kuntur Wasi fue válida y tiene consecuencias en virtud del derecho peruano 148

a. La posición de las Partes 148

b. El análisis del Tribunal 150

(4) La falta de pago por parte de Perú del Adelanto constituye un incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión, según fuera modificado 154

a. La posición de las Partes 154

b. El análisis del Tribunal 156

(5) Las exigencias de Perú para que Kuntur Wasi restituyera el área de Concesión fueron indebidas 161

a. La posición de las Partes 161

b. El análisis del Tribunal 162

(6) Perú incumplió el Contrato de Concesión al beneficiarse con el EDI sin haber pagado por dicho estudio 164

a. La posición de las Partes 164

b. El análisis del Tribunal 165

(7) Perú repudió el Contrato de Concesión 166

a. La posición de las Partes 166

b. El análisis del Tribunal 168

(8) Perú incumplió el Contrato de Concesión al no observar el Contrato de Garantía 171

a. La posición de las Partes 171

b. El análisis del Tribunal 174

(9) Perú actuó con dolo y culpa inexcusable 176

a. La posición de las Partes 176

b. El análisis del Tribunal 180

(10) Las acciones de Perú causaron un daño a la imagen, el honor y la buena reputación de Kuntur Wasi y sus accionistas 183

a. La posición de las Partes 183

b. El análisis del Tribunal 187

B. Supuestos incumplimientos en virtud del TBI y del derecho internacional 190

(1) Artículo 2(3) del TBI 191

a. La posición de las Partes 191

b. El análisis del Tribunal 215

(2) Expropiación 246

a. La posición de las Partes 246

b. El análisis del Tribunal 254

(3) Plena protección y seguridad 254

a. La posición de las Partes 254

b. El análisis del Tribunal 257

(4) Cláusula paraguas 257

a. La posición de las Partes 257

b. El análisis del Tribunal 260

VI. DAÑOS 260

A. Alegaciones sobre daños de las Demandantes 260

(1) Indemnización en virtud de las disposiciones del Contrato 260

a. El estándar aplicable 260

b. Valuación de daños 262

(2) Indemnización por violación del TBI y del derecho internacional 266
a. El estándar aplicable 266
b. Valuación de daños 268
B. Alegaciones sobre daños de la Demandada 276
(1) Indemnización en virtud de las disposiciones del Contrato 277
a. El estándar aplicable 277
b. Valuación de daños 279
(1) Indemnización por violación del TBI y del derecho internacional 284
a. El estándar aplicable 284
b. Valuación de daños 286
C. El análisis del Tribunal 296
(1) Reclamos contractuales - Daños en virtud del Derecho Peruano *versus* Daños en virtud del Contrato 298
(2) Daños derivados del Contrato de Garantía.....305
(3) Reclamos en virtud del Tratado 306
a. Enfoque de ingresos vs. enfoque de costos 306
b. Enfoque de costos 316
c. Daño moral.....318
d. Reclamo de PyC contingente 320
e. Intereses 322
(4) Resumen de las decisiones e instrucciones adicionales 324

TÉRMINOS DEFINIDOS SELECCIONADOS

Adenda No. 1	Adenda No. 1 al Contrato de Conceción del Aeropuerto Internacional Chinchero-Cusco, de 3 de febrero de 2017
Aeropuerto Chinchero	Aeropuerto Internacional Chinchero
Aeropuerto Cusco	Aeropuerto Internacional Velasco Astete
ALG	Advanced Logistics Group
Andino	Andino Investment Holding S.A.A.
Audiencia	Audiencia sobre jurisdicción, fondo y daños realizada en forma virtual por Zoom y administrada por Sparq del 13 al 16 de septiembre de 2021; 11 de octubre de 2021; 18 y 19 de octubre de 2021; y 15 y 16 de noviembre de 2021
Bases o Condiciones de la Licitación	Pliego de condiciones de la Licitación
C-[#]	Anexo de las Demandantes
CAF	Corporación Andina de Fomento-Banco de Desarrollo de América Latina
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
Concedente	La República del Perú, representada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones conforme a lo definido en el Contrato de Concesión.
Contraloría	Contraloría General de la República de Perú
Contrato de Concesión	Contrato de Concesión celebrado el 4 de julio de 2014 entre Perú, representada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en calidad de concedente, y Sociedad Aeroportuaria Kuntur

	Wasi S.A., en calidad de concesionario, con sus modificaciones del 3 de febrero de 2017
Contrato de Garantía	Contrato de Garantía celebrado el 4 de julio de 2014 entre Perú, representada por el Vice-Ministro de Transporte y Comunicaciones, y Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A.
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados del 18 de marzo de 1965
Corporación América	Corporación América S.A.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Declaración de Arruda Filho	Declaración Testimonial de Jorge Arruda Filho del 1 de junio de 2020
Declaración de Mobilia	Declaración Testimonial de Mariano Mobilia del 6 de septiembre de 2019
Demandantes	Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y Corporación América S.A.
DGAC	Dirección General de Aeronáutica Civil
DIC	Derecho Internacional Consuetudinario
Dúplica de la Demandada	Memorial de Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada del 20 de agosto de 2020
Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes	Memorial de Dúplica sobre la Jurisdicción de las Demandantes del 19 de octubre de 2020
EDI	Estudio Definitivo de Ingeniería
EGP	Endeudamiento Garantizado Permitido
Fiscalía	Procurador General de la República del Perú
FPAO	Fondo de Pagos del PAO
Hoja de Ruta	Alternativas de Solución (posibles soluciones) de fecha 1 de junio de 2017

Informe Pericial de Benavides Torres	Informe Pericial de Eduardo Benavides Torres del 30 de mayo de 2020
Informe Pericial de Quiñones Alayza	Informe Pericial de María Teresa Quiñones Alayza del 31 de mayo de 2020
Kuntur Wasi	Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A.
Ley APP	Decreto Legislativo del marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Legislativo Nº. 1224
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
Memorial de Contestación de la Demandada	Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada del 13 de marzo de 2020
Memorial de las Demandantes	Memorial sobre el Fondo de las Demandantes del 6 de septiembre de 2019
MINCETUR	Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de la República del Perú
Modelo Económico Financiero de ALG	Informe emitido por ALG el 17 de diciembre de 2013
MTC	Ministerio de Transporte y Comunicaciones de la República del Perú
OSITRAN	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público
PAO	Pago Anual por Obras
Peritaje Jurídico de Schreuer	Peritaje Jurídico de Cristopher Schreuer del 26 de mayo de 2020
Perú o Estado	República del Perú
PPO	Pago por Obras
Primer Informe Pericial de Compass Lexecon	Informe Pericial de Manuel A. Abdala y Pablo López Zadicoff (Compass Lexecon) del 6 de septiembre de 2019

Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra	Informe Pericial de Enrique Ferrando Gamarra del 13 de marzo de 2020
Primer Informe Pericial de Finnerty	Informe Pericial de John D. Finnerty del 13 de marzo de 2020
Primer Informe Pericial de Kaczmarek	Informe Pericial Valuatorio de Brent C. Kaczmarek del 13 de marzo de 2020
Primer Informe Pericial de Mott MacDonald	Informe Pericial de Horacio Rossi (Mott MacDonald) del 29 de agosto de 2019
Primer Informe Pericial de Ricover	Informe Pericial de Andrés Ricover del 13 de marzo de 2020
Primera Declaración de Balta del Río	Declaración testimonial de José Carlos Balta del Río del 6 de septiembre de 2019
Primera Declaración de Barrenechea	Declaración testimonial de Pablo Ezequiel Barrenechea del 6 de septiembre de 2019
Primera Declaración de Giuffra	Declaración Testimonial de Bruno Giuffra del 13 de marzo de 2020
Primera Declaración de Gutiérrez Damazo	Declaración Testimonial de José Antonio Gutiérrez Damazo del 13 de marzo de 2020
Primera Declaración de Vargas Loret de Mola	Declaración Testimonial de Carlos Rodolfo Juan Vargas Loret de Mola del 6 de septiembre de 2019
Primera Sesión	Primera sesión entre el Tribunal y las Partes por teleconferencia realizada el 9 de abril de 2019
PROINVERSIÓN	Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú
Propietario de la Concesión o Concedente	Concedente, tal como se define este término en el Contrato de Concesión, es la República del Perú, representada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC)
Proyecto Aeropuerto Chinchero o Proyecto	Construcción y operación del Aeropuerto Internacional Chinchero
R-[#]	Anexo de la Demandada
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos

	de Arbitraje del CIADI, vigentes desde el 10 de abril de 2006
Réplica de las Demandantes	Memorial de Réplica sobre el Fondo y Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes del 1 de junio de 2020
Reunión Organizativa Preaudiencia	Reunión organizativa previa a la audiencia entre el Tribunal y las Partes realizada por videoconferencia el 13 de octubre de 2020
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
Segunda Declaración de Balta del Río	Segunda Declaración Testimonial de José Carlos Balta del Río del 29 de mayo de 2020
Segunda Declaración de Barrenechea	Segunda Declaración Testimonial de Pablo Ezequiel Barrenechea del 30 de mayo de 2020
Segunda Declaración de Giuffra	Segunda Declaración Testimonial de Bruno Giuffra del 19 de agosto de 2020
Segunda Declaración de Gutiérrez Damazo	Segunda Declaración Testimonial de José Antonio Gutiérrez Damazo del 19 de agosto de 2020
Segunda Declaración de Vargas Loret de Mola	Segunda Declaración Testimonial de Carlos Rodolfo Juan Vargas Loret de Mola del 31 de mayo de 2020
Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon	Segundo Informe Pericial de Manuel A. Abdala y Pablo López Zadicoff (Compass Lexecon) del 1 de junio de 2020
Segundo Informe Pericial de Ferrando Gamarra	Segundo Informe Pericial de Enrique Ferrando Gamarra del 19 de agosto de 2020
Segundo Informe Pericial de Finnerty	Segundo Informe Pericial de John D. Finnerty del 19 de agosto de 2020
Segundo Informe Pericial de Kaczmarek	Segundo Informe Pericial Valuatorio de Brent C. Kaczmarek del 19 de agosto de 2020
Segundo Informe Pericial de Mott MacDonald	Segundo Informe Pericial de Horacio Rossi (Mott MacDonald) del 26 de mayo de 2020
Segundo Informe Pericial de Ricover	Segundo Informe Pericial de Andrés Ricover del 20 de agosto de 2020

Solicitud de Arbitraje	Solicitud de Arbitraje del 21 de junio de 2018
TBI	Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado por Perú y Argentina el 10 de noviembre de 1994, y con vigencia desde el 24 de octubre de 1996
TJE	Tratamiento Justo y Equitativo
Transcripción, Día [#] ([Idioma]), [página: línea]	Transcripción de la Audiencia (revisada por las Partes el 23 de octubre de 2021 y el 16 de diciembre de 2021)
Tribunal	Tribunal Arbitral reconstituido el 6 de marzo de 2019
VPN	Valor presente neto

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. Este caso versa sobre una disputa sometida a la consideración del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("**CIADI**" o el "**Centro**") sobre la base del (i) Contrato de Concesión celebrado el 4 de julio de 2014 entre la República del Perú, representada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en calidad de Concedente, y la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A., en calidad de Concesionaria, modificado el 3 de febrero de 2017 (el "**Contrato de Concesión**" o el "**Contrato**"); (ii) el Contrato de Garantía celebrado el 4 de julio de 2018 entre la República del Perú, representada por el Viceministro de Transporte y Comunicaciones, y la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. (el "**Contrato de Garantía**"); (iii) el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado por Perú y Argentina el 10 de noviembre de 1994, y con vigencia desde el 24 de octubre de 1996 (el "**TBI**"); y (iv) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigencia el 14 de octubre de 1966 (el "**Convenio del CIADI**").

2. Las demandantes son la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. ("**Kuntur Wasi**"), una sociedad de propósito específico constituida en el marco de las leyes de la República del Perú, y la Corporación América S.A. ("**Corporación América**"), una sociedad constituida en el marco de las leyes de la República Argentina, el 50 % de las acciones en Kuntur Wasi (en conjunto, las "**Demandantes**").

3. La demandada es la República del Perú ("**Perú**" o la "**Demandada**").

4. Las Demandantes y la Demandada se denominan en forma conjunta las "**Partes**". Los representantes de las Partes y sus domicilios se mencionan con anterioridad en la página (i).

II. ANTECEDENTES PROCESALES

5. El 21 de junio de 2018, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de la Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A. y la Corporación América S.A. en contra de Perú, acompañada por los anexos 1 a 12 (la "**Solicitud de Arbitraje**").

6. El 27 de julio de 2018, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje, complementada por la carta de las Demandantes de fecha 20 de julio de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI, y notificó a las Partes del registro. En la Notificación del Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a constituir un tribunal arbitral tan pronto como fuera posible de acuerdo con la Regla 7(d) de las Reglas de Iniciación del CIADI para Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.

7. El 3 de agosto de 2020, las Demandantes y la Demandada acordaron constituir el Tribunal de conformidad con lo establecido en el Artículo 37(2)(a) del Convenio del CIADI de la siguiente manera: el Tribunal estaría compuesto por tres árbitros, uno designado por cada una de las Partes, y el tercero, presidente del Tribunal, sería designado por acuerdo entre las Partes. De conformidad con el método de constitución pactado, que quedó plasmado en la carta del CIADI del 8 de agosto de 2018, en el supuesto de desacuerdo entre las Partes, el presidente sería designado por la Secretaria General de la Lista de Árbitros del CIADI.

8. El 6 de agosto de 2018, las Demandantes designaron como árbitro a Gaëtan Verhoosel, nacional de Bélgica y del Reino Unido.

9. El 13 de septiembre de 2018, la Demandada designó como árbitro a José Emilio Nunes Pinto, nacional de Brasil.

10. Mediante cartas de fecha 22 de octubre de 2018, las Demandantes y la Demandada solicitaron que el Presidente del Consejo Administrativo designe al Presidente del Tribunal de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI.

11. Por medio de comunicaciones de fecha 23 y 26 de octubre de 2018, la Secretaria General invitó a las Partes a seleccionar un candidato que fuera aceptable para ambas como

presidente por medio de un procedimiento de votación, y en el caso de que no se alcanzara acuerdo, el Presidente del Consejo Administrativo procedería a nombrar al árbitro que presidiría el Tribunal de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI.

12. Mediante carta del 20 de diciembre de 2018, el Secretariado del CIADI informó a las Partes que en virtud del resultado del procedimiento de votación se seleccionó a Lucinda Low, nacional de Estados Unidos de América, como tercer árbitro y presidente del Tribunal.

13. El 28 de diciembre de 2018 y de acuerdo con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Secretaria General notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus designaciones y que, por lo tanto, se consideraba que el Tribunal había quedado constituido en esa fecha. Sus miembros eran: Lucinda Low, nacional de Estados Unidos de América, Presidente, designada por la Secretaria General en virtud del acuerdo de las Partes; Gaëtan Verhoosel, nacional de Bélgica y el Reino Unido, designado por las Demandantes; y José Emilio Nunes Pinto, nacional de Brasil, designado por la Demandada. La Sra. Salinas Quero, Asesora Legal del CIADI, fue designada para desempeñarse como Secretaria del Tribunal.

14. El 14 de enero de 2019, la Demandada presentó una propuesta para la descalificación del árbitro Gaëtan Verhoosel de conformidad con el Artículo 57 del Convenio del CIADI y la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, junto con los anexos R-001 a R-015 y las autoridades legales RLA-001 a RLA-008. De acuerdo con lo dispuesto en la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el procedimiento quedó suspendido hasta que se arribara a una decisión sobre la propuesta.

15. Mediante carta del 17 de enero de 2019, el Sr. Verhoosel notificó al Secretariado del CIADI y a las Partes de su renuncia al Tribunal de acuerdo con la Regla 8(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

16. Por medio de una carta del 22 de enero de 2019, el Secretariado del CIADI notificó a las Partes que, de acuerdo con la Regla 8(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Sra. Low y el Sr. Nunes Pinto habían aceptado la renuncia del Sr. Verhoosel. De acuerdo con la

Regla 11(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, las Demandantes designarían un árbitro nuevo para ocupar la vacante por la renuncia del Sr. Verhoosel.

17. El 1 de marzo de 2019, las Demandantes designaron como árbitro a Enrique Barros Bourie, nacional de Chile.

18. El 6 de marzo de 2019, el Secretariado del CIADI notificó a las Partes que el Prof. Barros Bourie había aceptado su designación como árbitro. De acuerdo con la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se consideró que la vacante producida por la renuncia del Sr. Verhoosel había quedado ocupada, y se reanudó el procedimiento en esa fecha.

19. El 9 de abril de 2019, de conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal celebró la primera sesión con las Partes mediante una teleconferencia (la "**Primera Sesión**"). Los participantes de la Primera Sesión fueron los siguientes:

Tribunal:	
Lucinda Low	Presidente
Enrique Barros Bourie	Árbitro
José Emilio Nunes Pinto	Árbitro
Secretariado del CIADI:	
Celeste E. Salinas Quero	Secretaria del Tribunal
En representación de las Demandantes:	
Henry G. Burnett	King & Spalding LLP
Roberto Aguirre Luzi	King & Spalding LLP
Cedric Soule	King & Spalding LLP
Alfredo Bullard G.	Bullard, Falla, Ezcurra+
Huáscar Ezcurra R.	Bullard, Falla, Ezcurra+
Bruno Doig G.	Bullard, Falla, Ezcurra+
Nicolás de la Flor P.	Bullard, Falla, Ezcurra+
Ezequiel Barrenechea	Corporación América
Marcelo Pozzetti	Corporación América
José Balta del Rio	Kuntur Wasi
Giuliana Cavassa	Kuntur Wasi
En representación de la Demandada:	
Stanimir A. Alexandrov	Stanimir A. Alexandrov PLLC
Jennifer Haworth McCandless	Sidley Austin LLP
Marinn Carlson	Sidley Austin LLP
María Carolina Durán	Sidley Austin LLP

Ricardo Ampuero Llerena	Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú
Mónica del Pilar Guerrero Acevedo	Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú

20. El 6 de mayo de 2019, luego de la Primera Sesión, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.° 1, en la que se recogieron los acuerdos de las Partes sobre cuestiones procesales y la decisión del Tribunal sobre las cuestiones controvertidas. La Resolución Procesal N.° 1 estableció, entre otras cuestiones, que: las Reglas de Arbitraje aplicables serían las que estaban vigentes desde el 10 de abril de 2006, los idiomas para el procedimiento serían inglés y español; el laudo, la decisión o la orden procesal del Tribunal estarían disponibles públicamente salvo lo expurgado por tratarse de información confidencial; y que el lugar del procedimiento sería Washington, D.C. En su Resolución Procesal N.° 1, el Tribunal invitó a las Partes a proponer en forma conjunta un calendario procesal y presentar sus observaciones con respecto a la confidencialidad de la información en el procedimiento.

21. El 13 de mayo de 2019, de acuerdo con el cronograma establecido por el Tribunal, las Demandantes presentaron sus observaciones sobre la cuestión de la confidencialidad.

22. El 16 de mayo de 2019, las Partes presentaron su propuesta conjunta sobre el calendario procesal.

23. El 20 de mayo de 2019, de acuerdo con el cronograma establecido por el Tribunal, la Demandada presentó sus observaciones sobre la cuestión de la confidencialidad.

24. El 31 de mayo de 2019, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.° 2 con respecto al calendario procesal y la cuestión de la confidencialidad.

25. El 7 de septiembre de 2019, las Demandantes presentaron un Memorial sobre el Fondo con fecha 6 de septiembre de 2019 ("**Memorial de las Demandantes**"), con los anexos C-001 a C-165 y las autoridades legales CL-001 a CL-149. El escrito también fue acompañado por cuatro declaraciones testimoniales y dos informes periciales, que se indican a continuación: *(i)* Declaración Testimonial de Mariano Mobilia de fecha 6 de septiembre de 2019 ("**Declaración de Mobilia**"); *(ii)* Declaración Testimonial de Pablo Ezequiel

Barrenechea de fecha 6 de septiembre de 2019 ("**Primera Declaración de Barrenechea**"); *(iii)* Declaración Testimonial de José Carlos Balta del Río de fecha 6 de septiembre de 2019 ("**Primera Declaración de Balta del Río**"); *(iv)* Declaración Testimonial de Carlos Rodolfo Juan Vargas Loret de Mola de fecha 6 de septiembre de 2019 ("**Primera Declaración de Vargas Loret de Mola**"); *(v)* Informe Pericial de Manuel A. Abdala y Pablo López Zadicoff (Compass Lexecon) de fecha 6 de septiembre de 2019 [CER-1] ("**Primer Informe Pericial de Compass Lexecon**"), con los documentos de soporte CLEX-001 a CLEX-072; y *(vi)* Informe Pericial de Horacio Rossi (Mott MacDonald) de fecha 29 de agosto de 2019 [CER-2] ("**Primer Informe Pericial de Mott MacDonald**"), con los documentos de soporte MML-001 a MML-022.

26. El 14 de marzo de 2020, la Demandada presentó un Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción de fecha 13 de marzo de 2020 ("**Memorial de Contestación de la Demandada**"), con los anexos R-001 a R-118 y las autoridades legales RL-001 a RL-075. El escrito también fue acompañado por dos declaraciones testimoniales y cuatro informes periciales, que se indican a continuación: *(i)* Declaración Testimonial de Bruno Giuffra de fecha 13 de marzo de 2020 [RWS-1] ("**Primera Declaración de Giuffra**"); *(ii)* Declaración Testimonial de José Antonio Gutiérrez Damazo de fecha 13 de marzo de 2020 [RWS-2] ("**Primera Declaración de Gutiérrez Damazo**"); *(iii)* Informe Pericial Valuatorio de Brent C. Kaczmarek de fecha 13 de marzo de 2020 [RER-1] ("**Primer Informe Pericial de Kaczmarek**"), acompañado por los apéndices C a F y los anexos IAV-001 a IAV-010; *(iv)* Informe Pericial de Enrique Ferrando Gamarra de fecha 13 de marzo de 2020 [RER-2] ("**Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra**"); *(v)* Informe Pericial de John D. Finnerty de fecha 13 de marzo de 2020 [RER-3] ("**Primer Informe Pericial de Finnerty**"); y *(vi)* Informe Pericial de Andrés Ricover del 13 de marzo de 2020 [RER-4] ("**Primer Informe Pericial de Ricover**"), con los documentos de soporte AR-001 a AR-111.

27. El 9 de mayo de 2020, las Partes acordaron modificar las fechas para la presentación de los escritos principales, sin alterar las fechas reservadas para la audiencia sobre jurisdicción, sobre el fondo y sobre daños.

28. El 12 de mayo de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 3 con respecto al calendario procesal modificado. El Tribunal estableció que la audiencia sobre jurisdicción, sobre el fondo y sobre daños quedaba programada para el 3 al 11 de diciembre de 2020 (y se mantenían en reserva los días 12 y 14 de diciembre de 2020).

29. El 1 de junio de 2020, las Demandantes presentaron una Réplica sobre el Fondo y un Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de fecha 1 de junio de 2020 ("**Réplica de las Demandantes**"), con los anexos C-021Update, C-086Update, C-165 a C-245 y las autoridades legales CL-150 a CL-268. El escrito también fue acompañado por cuatro declaraciones testimoniales y cinco informes periciales, que se indican a continuación: *(i)* Declaración Testimonial de Jorge Arruda Filho de fecha 1 de junio de 2020 ("**Declaración de Arruda Filho**"); *(ii)* Segunda Declaración Testimonial de Pablo Ezequiel Barrenechea de fecha 30 de mayo de 2020 ("**Segunda Declaración de Barrenechea**"); *(iii)* Segunda Declaración Testimonial de José Carlos Balta del Río de fecha 29 de mayo de 2020 ("**Segunda Declaración de Balta del Río**"); *(iv)* Segunda Declaración Testimonial de Carlos Rodolfo Juan Vargas Loret de Mola de fecha 31 de mayo de 2020 ("**Segunda Declaración de Vargas Loret de Mola**"); *(v)* Segundo Informe Pericial de Horacio Rossi (Mott MacDonald) de fecha 26 de mayo de 2020 [CER-3] ("**Segundo Informe Pericial de Mott MacDonald**"), con los documentos de soporte MML-023 a MML-025; *(vi)* Segundo Informe Pericial de Manuel A. Abdala y Pablo López Zadicoff (Compass Lexecon) de fecha 1 de junio de 2020 [CER-4] ("**Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon**"), con los documentos de soporte CLEX-073 a CLEX-098; *(vii)* Peritaje Jurídico de Cristopher Schreuer de fecha 26 de mayo de 2020 [CER-5] ("**Peritaje Jurídico de Schreuer**"), con los documentos de soporte CS-001 a CS-080; *(viii)* Informe Pericial de María Teresa Quiñones Alayza de fecha 31 de mayo de 2020 [CER-6] ("**Informe Pericial de Quiñones Alayza**"), con los documentos de soporte MTQ-001 a MTQ-051; y *(ix)* Informe Pericial de Eduardo Benavides Torres de fecha 30 de mayo de 2020 [CER-7] ("**Informe Pericial de Benavides Torres**"), con los documentos de soporte EB-001 a EB-044.

30. El 20 de agosto de 2020, la Demandada presentó una Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción de fecha 20 de agosto de 2020 ("**Dúplica de la Demandada**"), con los

anexos R-0089bis, R-119 a R-182 y las autoridades legales RL-076 a RL-100. El escrito también fue acompañado por dos declaraciones testimoniales y cuatro informes periciales, que se indican a continuación: *(i)* Segunda Declaración Testimonial de Bruno Giuffra de fecha 17 de agosto de 2020 [RWS-3] ("**Segunda Declaración de Giuffra**"); *(ii)* Segunda Declaración Testimonial de José Antonio Gutiérrez Damazo de fecha 19 de agosto de 2020 [RWS-4] ("**Segunda Declaración de Gutiérrez Damazo**"); *(iii)* Segundo Informe Pericial Valuatorio de Brent C. Kaczmarek de fecha 19 de agosto de 2020 [RER-5] ("**Segundo Informe Pericial de Kaczmarek**"), acompañado por los apéndices G a I y los anexos IAV-005bis, IAV-011 a IAV-016; *(iv)* Segundo Informe Pericial de Enrique Ferrando Gamarra de fecha 19 de agosto de 2020 [RER-6] ("**Segundo Informe Pericial de Ferrando Gamarra**"); *(v)* Segundo Informe Pericial de John D. Finnerty de fecha 19 de agosto de 2020 [RER-7] ("**Segundo Informe Pericial de Finnerty**"); y *(vi)* Segundo Informe Pericial de Andrés Ricover del 20 de agosto de 2020 [RER-8] ("**Segundo Informe Pericial de Ricover**"), con los documentos de soporte AR-113 a AR-227.

31. El 3 de septiembre de 2020, el Tribunal invitó a las Partes a presentar sus observaciones, de tener alguna, sobre la posibilidad de realizar la audiencia de manera virtual, en virtud de las restricciones para viajar y las medidas de distanciamiento social que se implementaron como resultado de la pandemia de COVID-19.

32. El 15 y 16 de diciembre de 2020, las Demandantes y la Demandada, respectivamente, presentaron sus comentarios sobre la comunicación del Tribunal del 3 de septiembre de 2020.

33. El 2 de octubre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 4 con la decisión de realizar la audiencia de manera virtual. Asimismo, el Tribunal transmitió, por intermedio de la Secretaria del Tribunal, una versión preliminar del protocolo para la organización de una audiencia virtual.

34. Las Partes presentaron sus comentarios sobre la versión preliminar del protocolo el 9 y 12 de octubre de 2020.

35. El 13 de octubre de 2020, el Tribunal realizó una reunión organizativa previa a la audiencia con las Partes por videoconferencia de acuerdo con el párrafo 20.1 de la Resolución Procesal N.º 1 (la "**Reunión Organizativa Preaudiencia**").

36. El 19 de octubre de 2020, las Demandantes presentaron una Dúplica sobre Jurisdicción de fecha 19 de octubre de 2020 ("**Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes**"), con los anexos C-246 a C-247 y las autoridades legales CL-086, CL-269 a CL-280.

37. El 22 de octubre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal N.º 5 sobre la organización de la audiencia virtual.

38. El 23 de octubre de 2020, las Partes se notificaron una a la otra y comunicaron al Tribunal los testigos y expertos que serían interrogados en la audiencia.

39. El 6 y 7 de noviembre de 2020, las Partes presentaron el cronograma conjunto tentativo para la audiencia, en el que indicaron el orden de los interrogatorios de los testigos y expertos.

40. El 1 de diciembre de 2020, luego de varios intercambios con las Partes, el Tribunal les informó que la audiencia quedaba suspendida hasta una fecha posterior en 2021.

41. El 25 de febrero de 2021, luego de varios intercambios con las Partes, el Tribunal confirmó los días 13-17 de septiembre de 2021 y 15-19 de noviembre de 2021 como las nuevas fechas para la audiencia.

42. Mediante una carta del 6 de mayo de 2021, la Secretaria General informó al Tribunal y a las Partes que Patricia Rodríguez Martín había sido designada para desempeñarse como Secretaria del Tribunal, en reemplazo de Celeste Salinas Quero.

43. El 28 de junio de 2021, las Partes confirmaron su acuerdo para llevar a cabo la audiencia de septiembre de 2021 de manera remota.

44. Mediante comunicaciones del 11 de agosto de 2021, las Partes informaron al Tribunal que no habían logrado llegar a un acuerdo con respecto al orden del día para la audiencia de

septiembre de 2021. Cada una de las Partes presentó ante el Tribunal una propuesta para el orden del día.

45. El 23 de agosto de 2021, las Demandantes solicitaron que el Tribunal anulara las fechas para la audiencia de septiembre de 2021 y reprogramara la audiencia para noviembre de 2021. Las Demandantes también solicitaron que el Tribunal identificara tres semanas en el primer trimestre de 2022 en las cuales estaría disponible para realizar la segunda parte de la audiencia.

46. El 26 de agosto de 2021, la Demandada presentó sus observaciones respecto de la carta de las Demandantes del 23 de agosto de 2021.

47. Por medio de una comunicación del 27 de agosto de 2021, las Demandantes presentaron comentarios adicionales sobre las observaciones de la Demandada de fecha 26 de agosto de 2021.

48. Mediante una carta del 30 de agosto de 2021, el Tribunal informó a las Partes que mantendría las fechas para la audiencia los días 13-17 de septiembre de 2021 y 15-19 de noviembre de 2021. Asimismo, se instruyó a las Partes para que reservaran los días 18-19 de octubre de 2021 para el contrainterrogatorio de los expertos en transporte aéreo (el Sr. Rossi y el Sr. Ricover) y los expertos sobre daños (Compass Lexecon e IAV Advisors). El Tribunal reiteró su preferencia firme de que todos los testigos convocados para dar testimonio lo hicieran durante la misma semana.

49. Mediante comunicación del 31 de agosto de 2021, el Tribunal informó a las Partes el orden del día tentativo para la audiencia.

50. Por medio de una carta del 2 de septiembre de 2021, la Demandada notificó al Tribunal que el Sr. Giuffra no estaba disponible para brindar declaración testimonial en septiembre y solamente estaría disponible para hacerlo durante la audiencia de noviembre de 2021.

51. Mediante carta del 3 de septiembre de 2021, las Demandantes presentaron ante el Tribunal sus observaciones a la carta de la Demandada del 2 de septiembre de 2021.

52. Mediante comunicación del 4 de septiembre de 2021, la Demandada presentó sus observaciones adicionales a la comunicación de las Demandantes del 3 de septiembre de 2021.

53. Por medio de una comunicación del 6 de septiembre de 2021, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar, con plazo hasta el 7 de septiembre de 2021, los detalles respecto de las medidas que adoptaría para garantizar el aislamiento del Sr. Giuffra hasta la fecha de su declaración testimonial en noviembre de 2021. Se instruyó a las Partes para que se abstuvieran de presentar observaciones sin autorización previa del Tribunal.

54. Mediante comunicación del 7 de septiembre de 2021, la Demandada presentó su respuesta a la solicitud del Tribunal de fecha 6 de septiembre de 2021.

55. El 9 de septiembre de 2021, luego de recibir una invitación del Tribunal, las Demandantes presentaron sus observaciones a la comunicación de la Demandada del 7 de septiembre de 2021.

56. Por medio de una carta de fecha 10 de septiembre de 2021, el Tribunal informó a las Partes que el Sr. Giuffra no sería convocado para prestar declaración testimonial durante la audiencia de septiembre de 2021. Asimismo, el Tribunal invitó a las Partes a indicar los días del mes de octubre de 2021 que estarían disponibles para que el Sr. Giuffra brindara su testimonio.

57. El 11 de septiembre de 2021, las Demandantes presentaron una carta con un adjunto relativo a la ubicación del Sr. Giuffra. Las Demandantes solicitaron que el Tribunal reconsiderara su decisión en relación con la fecha del testimonio del Sr. Giuffra.

58. El 13 de septiembre de 2021, la Demandada presentó una carta al Tribunal en relación con la ubicación del Sr. Giuffra.

59. Por medio de una comunicación del 16 de septiembre de 2021, el Tribunal informó a las Partes su disponibilidad para recibir el testimonio del Sr. Giuffra en octubre de 2021. El Tribunal invitó a la Demandada a confirmar si su equipo de abogados y el Sr. Giuffra

estaban disponibles en las fechas propuestas. El 28 de septiembre de 2021, la Demandada confirmó la disponibilidad.

60. Los días 13 al 16 de septiembre de 2021 se celebró de forma virtual por Zoom una audiencia sobre jurisdicción, sobre el fondo y sobre daños que fue administrada por Sparq (la "**Audiencia**"). Las personas indicadas a continuación estuvieron presentes en la Audiencia:

Tribunal:	
Lucinda Low	Presidente
Enrique Barros Bourie	Árbitro
José Emilio Nunes Pinto	Árbitro
Secretariado del CIADI:	
Patricia Rodríguez Martín	Secretaria del Tribunal
En representación de las Demandantes:	
Abogados	
Henry G. Burnett	King & Spalding LLP
Roberto Aguirre Luzi	King & Spalding LLP
Cedric Soule	King & Spalding LLP
Fernando Rodriguez-Cortina	King & Spalding LLP
Renzo Seminario Córdova	King & Spalding LLP
Arturo Oropeza Casas	King & Spalding LLP
Esteban Sanchez	King & Spalding LLP
Zhennia R. Silverman	King & Spalding LLP
Alonso Gerbaud	King & Spalding LLP
Luisa R. Gutierrez Quintero	King & Spalding LLP
Alfredo Bullard	Bullard, Falla, Ezcurra+
Huáscar Ezcurra	Bullard, Falla, Ezcurra+
Bruno Doig	Bullard, Falla, Ezcurra+
Daniel Masnjak	Bullard, Falla, Ezcurra+
Matías Quiroz	Bullard, Falla, Ezcurra+
Lucía Cortijo	Bullard, Falla, Ezcurra+
Arom Herrera	Bullard, Falla, Ezcurra+
Partes	
Ezequiel Barrenechea	Corporación América
Marcelo Pozzetti	Corporación América
Giuliana Cavassa	Kuntur Wasi
Testigos	
Jorge Arruda	Corporación América

Carlos Vargas	Kuntur Wasi
José Balta	Kuntur Wasi

Expertos

Horacio Rossi	Mott MacDonald
Enric Cuadras Oliva	Mott MacDonald
Gonzalo Carrasco Garcia	Mott MacDonald
Manuel Abdala	Compass Lexecon
Pablo López Zadicoff	Compass Lexecon
Paola Gutierrez	Compass Lexecon
Diego de la Vega	Compass Lexecon
María Teresa Quiñones	Quiñones Alayza Abogados
Pablo Ferreyros	Quiñones Alayza Abogados
Milene Jayme	Quiñones Alayza Abogados

En representación de la Demandada:

Abogados

Stanimir A. Alexandrov	Sidley Austin LLP
Jennifer Haworth McCandless	Sidley Austin LLP
María Carolina Durán	Sidley Austin LLP
Alex Young	Sidley Austin LLP
Lindsay Wardlaw	Sidley Austin LLP
Angela Ting	Sidley Austin LLP
Natalia Zuleta	Sidley Austin LLP
Gavin Cunningham	Sidley Austin LLP
Ally Reilly	Sidley Austin LLP
Ralph Antonioli	Sidley Austin LLP
Ricardo Puccio	Estudio Navarro & Pazos Abogados
Jorge Masson	Estudio Navarro & Pazos Abogados
Sandra Sánchez Cerro	Estudio Navarro & Pazos Abogados
Andrea Navea Sanchez Cerro	Estudio Navarro & Pazos Abogados
Angelica Gonzales González	Osterling Abogados
Mauricio Martínez	Osterling Abogados

Partes

Vanessa del Carmen Rivas Plata Saldarriaga	Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú
Monica del Pilar Guerrero Acevedo	Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú
Mijail Feliciano Cienfuegos Falcon	Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú
Gian Carlo Silva	Ministerio de Transporte y Comunicación de la República del Perú

Expertos

John Finnerty	AlixPartners
Isabel Kunsman	AlixPartners
Jack Chen	AlixPartners
Brad Hall	AlixPartners
Brent Kaczmarek	IAV Advisors LLC
Gabriel Perkinson	IAV Advisors LLC
Andrés Ricover	Air Transport Specialist
Enrique Ferrando	Osterling Abogados

Estenógrafos:

Dawn Larson	Worldwide Reporting, LLP
Paul Pelissier	D-R Esteno
Rodolfo Rinaldi	D-R Esteno
Marta Rinaldi	D-R Esteno
Dante Rinaldi	D-R Esteno

Intérpretes:

Silvia Colla	Intérprete Inglés-Español
Charles Roberts	Intérprete Inglés-Español
Daniel Giglio	Intérprete Inglés-Español

Técnico de Zoom:

Mike Young	Sparq

61. Las personas indicadas a continuación fueron interrogadas durante la Audiencia:

En representación de las Demandantes:

Carlos Vargas	Kuntur Wasi
José Balta	Kuntur Wasi
Jorge Arruda	Corporación América

En representación de la Demandada:

John Finnerty	AlixPartners

62. Por medio de comunicaciones del 28 de septiembre de 2021, las Partes confirmaron su disponibilidad para participar los demás días de la Audiencia el 11, 18, y 19 de octubre y el 15 y 16 de noviembre de 2021.

63. El 11 de octubre de 2021, el Tribunal y las Partes reanudaron la Audiencia en forma virtual por Zoom que fue administrada por Sparq. El Sr. Giuffra fue interrogado durante la Parte II de la Audiencia.

64. El 15 de octubre de 2021, las Partes solicitaron una prórroga de una semana, hasta el 22 de octubre de 2021, para analizar y presentar sus modificaciones acordadas a las transcripciones de la Audiencia correspondientes a los Días 1 a 4. En la misma fecha, el Tribunal aprobó la prórroga solicitada. El Tribunal informó a las Partes que, de conformidad con la Resolución Procesal N.º 1, párrafo 22.3, las correcciones a la transcripción del Día 5 de la Audiencia podían presentarse hasta el 9 de noviembre de 2021.

65. El 18 y 19 de octubre de 2021, el Tribunal y las Partes reanudaron la Audiencia en forma virtual por Zoom. El Sr. Rossi, el Sr. Ricover, y los Sres. Abdala y López Zadicoff fueron interrogados durante la Parte III de la Audiencia.

66. Por medio de una comunicación del 22 de octubre de 2021, las Demandantes notificaron al Tribunal que el Sr. Abdala no estaría disponible para ser interrogado el 15 de noviembre de 2021. Las Demandantes propusieron que los expertos en daños presentaran en forma simultánea y por escrito respuestas a preguntas del Tribunal en una fecha que sería definida entre las Partes y el Tribunal. Mediante una comunicación de la misma fecha, la Demandada presentó su conformidad con la propuesta de las Demandantes. Sin embargo, la Demandada solicitó que los expertos en daños de las Demandantes se mantuvieran aislados hasta después de que el Sr. Kaczmarek hubiese prestado la declaración testimonial.

67. Mediante una comunicación de la misma fecha, las Demandantes presentaron su respuesta a la propuesta de la Demandada de que los expertos en daños de las Demandantes se mantuvieran aislados hasta después de que el Sr. Kaczmarek hubiese prestado la declaración testimonial.

68. Por medio de una comunicación de la misma fecha, el Tribunal invitó a la Demandada a que explique, con plazo hasta el 25 de octubre de 2021, los motivos que justificaban ordenar el aislamiento de los expertos en daños de las Demandantes hasta después de que el Sr. Kaczmarek hubiese prestado la declaración testimonial.

69. El 23 de octubre de 2021, las Partes presentaron sus correcciones acordadas a las transcripciones de la Audiencia correspondientes a los Días 1 a 4.

70. El 25 de octubre de 2021, el Tribunal invitó a las Partes a confirmar su disponibilidad para comenzar la Audiencia a las 8 am EST el lunes 15 de noviembre en lugar de a las 9:30 am EST, y finalizar ese día a las 2 pm EST en lugar de a las 3:30 pm EST.

71. Por medio de carta del 25 de octubre de 2021, la Demandada presentó los motivos para el aislamiento de los expertos en daños de las Demandantes hasta después de que el Sr. Kaczmarek hubiese prestado la declaración testimonial.

72. El 26 de octubre de 2021, el Tribunal informó a las Partes que había decidido que los expertos en daños de ambas Partes deberían permanecer aislados, salvo que el Tribunal expresamente autorizara lo contrario, hasta tanto hubiesen respondido a las preguntas formuladas por el Tribunal luego del testimonio del Sr. Kaczmarek.

73. El 5 de noviembre de 2021, las Demandantes informaron al Tribunal que tanto el Sr. Abdala como el Sr. Lopez Zadicoff estarían disponibles para ser interrogados en la Audiencia el 15 de noviembre de 2021.

74. El 8 de noviembre de 2021, el Tribunal solicitó que el Sr. Abdala y el Sr. Lopez Zadicoff se presentaran en la Audiencia para ser interrogados por el Tribunal.

75. El 9 de noviembre de 2021, las Partes presentaron las correcciones acordadas a las transcripciones de la Audiencia correspondientes al Día 5.

76. El 15 y 16 de noviembre de 2021, el Tribunal y las Partes reanudaron la Audiencia en forma virtual por Zoom. El Sr. Kaczmarek, el Sr. Abdala, el Sr. López Zadicoff, la Dra. Quiñones Alayza y el Dr. Ferrando Gamarra fueron interrogados durante la Parte IV de la Audiencia.

77. Al final del último Día de Audiencia, el 16 de noviembre de 2021, la Demandada expuso su posición de que la presentación de escritos posteriores a la audiencia no era necesaria[1], y se solicitó a las Demandantes que indicaran su posición dentro del plazo de 24 horas[2]. El

[1] Transcripción, Día 9 (Español), 2298:19; 2299:1.

[2] Transcripción, Día 9 (Español), 2301:11.

17 de noviembre de 2021, las Demandantes confirmaron que no consideraban necesario presentar escritos posteriores a la audiencia.

78. El 18 de noviembre de 2021, las Partes presentaron las correcciones acordadas a las transcripciones de la Audiencia correspondientes a los Días 6 y 7.

79. El 16 de diciembre de 2021, las Partes presentaron las correcciones acordadas a las transcripciones de la Audiencia correspondientes a los Días 8 y 9.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

A. CONTEXTO DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL CHINCHERO

80. La región de Cusco es el lugar turístico principal de Perú y un componente esencial del sector de turismo de Perú[3]. Sin embargo, el aeropuerto que se encuentra en la región de Cusco, el Aeropuerto Internacional Velasco Astete (el "**Aeropuerto Cusco**"), construido en 1963, presenta una serie de limitaciones tanto geográficas como de capacidad[4]. En 2017, Perú estimó que para el año 2020, el Aeropuerto Cusco estaría operando a una capacidad que superaría tres veces la capacidad para la cual fue diseñado[5].

81. En consecuencia, el 11 de octubre de 2001, el Congreso de Perú aprobó la Ley 27528, que clasificó al Aeropuerto Internacional Chinchero (el "**Aeropuerto Chinchero**" o el "**Aeropuerto Nuevo**") como un proyecto de interés público y de la "más alta prioridad para el Estado" (el "**Proyecto**" o el "**Proyecto Aeropuerto Chinchero**")[6]. Esta ley

[3] **Anexo C-98**, Aeropuerto Internacional Chinchero–Cusco (AICC), Presentación de PROINVERSIÓN, febrero de 2014; **Anexo R-17**, Oficio N.º 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión de MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 12 de julio de 2017, pág. 7.

[4] **Anexo C-98**, Aeropuerto Internacional Chinchero–Cusco (AICC), Presentación de PROINVERSIÓN, febrero de 2014; **Anexo R-17**, Oficio N.º 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión de MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 12 de julio de 2017, págs. 2, 4-6.

[5] **Anexo R-17**, Oficio N.º 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión de MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 12 de julio de 2017, pág. 7.

[6] **Anexo CL-93**, Ley 27.528, Ley que Dispone la Actualización de Estudios Definitivos y la Construcción del Aeropuerto de Chinchero, en el Departamento de Cusco, 9 de octubre de 2001 ("Ley 27.528"), Artículo 2.

también autorizó a PROINVERSIÓN[7], la agencia del Estado para la promoción de la inversión privada, para convocarun concurso público con el fin de otorgar la concesión para la construcción y la operación del Aeropuerto[8].

82. En 2009, el Congreso de Perú reiteró la importancia del Proyecto Aeropuerto Chinchero para el desarrollo económico y social del país en virtud de la Ley 27.528, y el 2 de febrero de 2010, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (el "**MTC**") solicitó a PROINVERSIÓN el lanzamiento de una licitación pública con el fin de adjudicar la concesión para la construcción y la operación del Aeropuerto Nuevo[9].

83. Pocos meses después, por medio del Decreto de Urgencia N.º 039-2010, el Presidente de Perú, Alan García Pérez, ordenó a PROINVERSIÓN darle prioridad al Proyecto Aeropuerto Chinchero para superar las limitaciones operativas, geográficas y sociales del Aeropuerto Cusco[10].

84. En 2017, se solicitó nuevamente al MTC y al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (el "**MINCETUR**") que confirmaran si la construcción del Aeropuerto Chinchero era de interés público y que evaluaran los beneficios del Proyecto para la región del Cusco[11]. Tanto el MTC como el MINCETUR concluyeron que el nuevo Aeropuerto Chinchero aportaría beneficios significativos para la región, inclusive un monto aproximado de USD 63 mil millones en beneficios en los 40 años de la Concesión y la creación de 2.500 puestos de trabajo durante su construcción y operación[12]. El MINCETUR asimismo arribó a la conclusión de que el Aeropuerto Nuevo era necesario con urgencia en aras del

[7] En ese momento se denominaba Agencia de Promoción de la Inversión Privada.

[8] **Anexo CL-93**, Ley 27.528, Artículo 4.

[9] **Anexo R-21**, Oficio N.º 125-2010-MTC/01 del MTC a Proinversión, 2 de febrero de 2010.

[10] **Anexo C-100**, Decreto de Urgencia N.º 039-2010, 10 de junio de 2010, "Considerando".

[11] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 22, 23.

[12] **Anexo R-18**, Memorándum N.º 0524-2017-MTC-12.08, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 0347-2017-MTC/12.08, Opinión del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017, págs. 3, 5, 6.

desarrollo económico y social de Cusco y de Perú, y que la construcción del Aeropuerto Nuevo era de interés público[13].

B. EL CONCURSO RESPECTO DEL AEROPUERTO CHINCHERO Y LAS BASES

(1) Introducción

85. Como se explicó anteriormente, PROINVERSIÓN debía convocar un concurso público con el fin de seleccionar un concesionario para el diseño, la construcción y la operación del Aeropuerto Chinchero. De acuerdo con la Demandada, el concurso se dividió en dos etapas[14]: primero, PROINVERSIÓN preparó las bases del concurso (las "**Bases**"), que sirvieron como términos de referencia para los procedimientos del concurso, y puso a disposición de los potenciales oferentes borradores del Contrato de Concesión. Los potenciales oferentes luego fueron invitados a realizar comentarios sobre esos borradores. Tomando en cuenta los comentarios y las respuestas pertinentes, PROINVERSIÓN publicó la versión final de las Bases y del Contrato de Concesión. En la segunda etapa del concurso, PROINVERSIÓN recogió las propuestas de los oferentes y seleccionó la oferta ganadora entre los postores calificados.

86. La primera versión de las Bases del concurso se publicó en agosto de 2010[15]. Las Bases se modificaron en varias ocasiones por medio de circulares, emitidas en respuesta a los comentarios y preguntas de los oferentes, y la versión definitiva del texto ordenado se publicó en 2014[16]. De acuerdo con las Bases, el concurso quedaría dividido en tres etapas[17]:

[13] **Anexo R-17**, Oficio N.º 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión del MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 12 de julio de 2017, pág. 9.

[14] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 29; **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párrs. 15, 16.

[15] **Anexo C-10**, Bases - Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión al Sector Privado del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero Cusco, agosto de 2010 ("Bases del Concurso Iniciales").

[16] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases -Concurso de Proyectos Integrales para la Entrega en Concesión al Sector Privado del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero Cusco, Circulares N.º 1 a N.º 64, marzo de 2014 ("Texto Único Ordenado de las Bases"); Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 29.

[17] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 5, Cláusula 7.1, Cláusula 7.2; Memorial de las Demandantes, párrs. 45 y ss.; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 36 y ss.

- Precalificación de postores[18]: Durante esta primera etapa, los oferentes debían presentar documentación para comprobar el cumplimiento con los requisitos técnicos y financieros mínimos establecidos en las Bases. Entre esos requisitos, los oferentes debían probar que contaban con la competencia y experiencia requeridas para construir, gestionar y operar un aeropuerto internacional, un patrimonio neto de USD 140 millones y una facturación anual mínima de USD 48 millones.

- Evaluación de las propuestas técnicas de los postores[19]: Los postores precalificados debían presentar su propuesta técnica y una copia firmada del Contrato de Concesión. La propuesta técnica debía incluir una descripción del Proyecto y un plan de negocios.

- Evaluación de las propuestas económicas de los postores[20]: En forma simultánea, los postores precalificados debían presentar, en un sobre por separado, sus propuestas económicas. A pesar de recibir las propuestas técnicas y económicas al mismo tiempo, PROINVERSIÓN debía evaluar primero si las propuestas cumplían con los requisitos técnicos, informar a los postores precalificados y, posteriormente, analizar y calificar las propuestas económicas[21].

87. Dado que existen diferencias entre las Partes respecto del esquema económico del Proyecto, el Tribunal abordará ese tema a continuación.

(2) El esquema financiero del Proyecto según lo contemplado en las Bases

88. En el primer borrador de las Bases, PROINVERSIÓN clasificó a la Concesión como una "APP autosostenible", y esto significaba que el concesionario estaría a cargo de todos los costos de construcción y recuperaría sus costos iniciales por medio de los aranceles cobrados durante la operación de la Concesión[22].

[18] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 5.

[19] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 7.1.

[20] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 7.2.

[21] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 46.

[22] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 34; **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párr. 13.

89. Sin embargo, de acuerdo con la Demandada, luego de realizar un análisis financiero, PROINVERSIÓN llegó a la conclusión de que el Proyecto no sería viable en el marco de una estructura autosostenible y los aranceles aeroportuarios necesarios para financiar el Proyecto tendrían que ser demasiado elevados. En consecuencia, para octubre de 2012, PROINVERSIÓN modificó el esquema económico del Proyecto y lo transformó en una APP cofinanciada[23]. En virtud de esta modificación, el Estado correría con parte de los costos del Proyecto.

90. En diciembre de 2012 (es decir, antes de que se aprobara la versión definitiva de las Bases), PROINVERSIÓN contrató a la consultora Advanced Logistics Group ("**ALG**") para que brindara asesoramiento sobre cómo estructurar el modelo financiero y económico de la Concesión[24]. El 17 de diciembre de 2013, ALG emitió un informe en el que recomendó un esquema financiero para la Concesión ("**Modelo Económico Financiero de ALG**"), y en el que estableció los niveles máximos de cofinanciamiento que serían necesarios de parte del Estado. También recomendó los criterios económicos que debían utilizarse para seleccionar al concesionario[25].

91. ALG recomendó la combinación de dos esquemas de cofinanciamiento: Pago por Obras o "**PPO**" y Pago por Avance de Obra o "**PAO**"[26].

92. En el marco del Modelo Financiero de ALG, el esquema PPO significaba que el Estado pagaría al concesionario en forma periódica a medida que se ejecutaban las obras contempladas por ese esquema, sobre la base del progreso de las obras según la certificación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público ("**OSITRAN**"). Conforme al esquema PAO, el Estado le reembolsaría al concesionario los costos cofinanciados cubiertos por ese esquema únicamente una vez que el Aeropuerto Chinchero estuviera construido y hubiera comenzado a operar. El pago se

[23] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 35; **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párrs. 13, 14.

[24] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 49; **Anexo R-29**, Acta de Reunión de Proinversión N.º 497-4-2012-CPI respecto del Concurso Chinchero, Sesión N.º 497, 7 de diciembre de 2012.

[25] **Anexo R-32**, Circular N.º 55 respecto del Concurso Chinchero, 20 de diciembre de 2013; **Anexo R-33**, Circular N.º 57, respecto del Concurso Chinchero, 20 de diciembre de 2013.

[26] **Anexo R-31**, Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013, pág. 128.

realizaría por medio de desembolsos trimestrales durante un período de 15 años. Los pagos trimestrales incluirían una prima para compensar al concesionario por financiar la construcción del Aeropuerto. Para calcular la prima, ALG asumió un interés promedio asociado al endeudamiento del 7,01 % más un margen adicional (*spread*) del 2,5 %[27].

93. Algunas de las recomendaciones y de los parámetros de ALG se incorporaron a las Bases[28]. En particular, las Bases contemplaron que el Proyecto se desarrollaría sobre una base de "cofinanciamiento", y ese término se definió como: "la suma de dinero expresada en Dólares Americanos que el Concedente desembolsará al Concesionario mediante los mecanismos de Pago por Obras (PPO) y Pago por Avance de Obra (PAO)"[29]. De acuerdo con esta estructura financiera, el Anexo 7 de las Bases establecía los dos criterios que el Estado tomaría en cuenta para determinar las mejores propuestas económicas[30]:

- Criterio N.º 1, Fondo de Pagos del PAO: Cada oferente establecería el monto máximo que el Estado tendría que abonar para cofinanciar el Proyecto. Este monto se denominó el Fondo de Pagos del PAO o "**FPAO**"[31]. En el marco de las Bases, las propuestas de los oferentes debían incluir un FPAO igual o menor que el monto máximo de cofinanciamiento que Perú estaba dispuesto a asumir, y que se estableció en un importe de USD 457.489.504. Este monto correspondía al escenario base estimado que propuso ALG en su Modelo Económico Financiero[32].

- Criterio N.º 2, Porcentaje de Reintegro del Cofinanciamiento[33]: Las Bases establecieron que el concesionario debería proporcionar al Estado un porcentaje igual o mayor al 30 % de todos los ingresos netos por encima de USD 35 millones, obtenidos a partir de la etapa operativa del Aeropuerto Chinchero.

---

[27] **Anexo R-31**, Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013, págs. 128-130.

[28] **Anexo R-32**, Circular N.º 55 respecto del Concurso Chinchero, 20 de diciembre de 2013; **Anexo R-33**, Circular N.º 57 respecto del Concurso Chinchero, 20 de diciembre de 2013.

[29] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 1.2.13.

[30] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Anexo 7.

[31] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 1.2.43.

[32] **Anexo R-31**, Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013, pág. 131; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 60.

[33] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 1.2.61.

94. El oferente que presentara la combinación más atractiva de un FPAO bajo y un Porcentaje de Reintegro de Cofinanciamiento elevado ganaría la oferta[34].

95. De acuerdo con la Demandada, PROINVERSIÓN implementó el Modelo Económico Financiero de ALG en las Bases y en el Contrato de Concesión[35]. Sin embargo, el Modelo Económico Financiero de ALG era confidencial y no se divulgó a los oferentes[36]. Entre otros aspectos, las Bases no incorporaron expresamente los supuestos de ALG en relación con la prima que sería abonada por el Estado para compensar al concesionario por el financiamiento del Proyecto durante la etapa PAO de las obras. En otros términos, las Bases no presentan los supuestos sobre los que se fundamenta la fórmula.

96. De acuerdo con la Demandada, el motivo para no divulgar el informe de ALG fue no influenciar las propuestas de los oferentes y garantizar que ellos realizaran su propio *due diligence* financiero y sus propias proyecciones[37]. No obstante, la Demandada alega que algunos aspectos del informe de ALG y las expectativas económicas del Estado con respecto a las Concesiones se divulgaron a través del borrador del Contrato de Concesión, así como también la opinión definitiva de OSITRAN sobre el Contrato de Concesión, que los oferentes recibieron antes de presentar sus propuestas económicas[38].

97. Efectivamente, el 27 de diciembre de 2013, OSITRAN emitió una opinión sobre la versión final del Contrato de Concesión (que se hizo pública el 7 de enero de 2014)[39], en la cual OSITRAN discutió el análisis económico de PROINVERSIÓN. En el informe, OSITRAN se refiere a la tasa de interés esperada del 9,52 %[40], y explica que el modelo económico

[34] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 72.

[35] Dúplica de la Demandada, párr. 35.

[36] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 51; **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párr. 31.

[37] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 51.

[38] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 51.

[39] **Anexo R-35**, Publicación de la Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, *El Peruano*, 7 de enero de 2014; **Anexo R-57**, Informe N.º 057-13-GRE-GS-GAJ-OSITRAN, Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, 27 de diciembre de 2013.

[40] **Anexo R-57**, Informe N.º 057-13-GRE-GS-GAJ-OSITRAN, Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, 27 de diciembre de 2013, párr. 109; *ver también* **Anexo R-34**, Oficio N.º 001-14-SCD-OSITRAN, 3 de enero de 2014; **Anexo R-56**, Aprobación de OSITRAN de la Opinión Técnica sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, Acuerdo N.º 1671-491-14-CD-OSITRAN, 3 de enero de 2014; **Anexo R-46**, Oficio N.º 5015-2016-MTC, 2 de enero de 2017.

financiero del Contrato de Concesión se había diseñado bajo el supuesto de que el interés promedio asociado al endeudamiento del concesionario sería del 7,02 % más una ganancia adicional (*spread*) del 2,5 % con el fin de reflejar el valor tiempo del dinero que corresponde al tiempo entre la ejecución de las obras y el pago de esas obras mediante el PAO trimestral por parte de Perú[41]. Hay desacuerdo entre las Partes sobre el contenido y la relevancia de este informe para los términos del Contrato de Concesión.[42]

(3) Kuntur Wasi es seleccionada como adjudicataria en el concurso

98. El 7 de julio de 2011, Corporación América y Andino Investment Holding S.A.A. ("**Andino**") crearon el Consorcio Kuntur Wasi de conformidad con las leyes de Perú, con el objeto de participar en el concurso en relación con el Aeropuerto Chinchero[43]. Tanto Corporación América como Andino eran titulares, cada una, de una participación equivalente al 50 % del consorcio recientemente creado[44].

99. El 8 de julio de 2011, el Consorcio Kuntur Wasi presentó la documentación que evidenciaba el cumplimiento de los requisitos técnicos y financieros mínimos establecidos en las Bases. El 18 de julio de 2011, PROINVERSIÓN informó al Consorcio Kuntur Wasi que quedaba designado como postor precalificado[45].

100. Como se explicó anteriormente[46], en octubre de 2012, PROINVERSIÓN realizó cambios sustanciales en el esquema financiero de la Concesión y solicitó que los postores precalificados confirmaran si aún estaban interesados en presentar una oferta para el Proyecto[47]. Entre noviembre de 2013 y abril de 2014, algunos de los oferentes

[41] **Anexo R-57**, Informe N.º 057-13-GRE-GS-GAJ-OSITRAN, Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Versión Definitiva del Contrato de Concesión, 27 de diciembre de 2013, párrs. 105-108.

[42] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 68; Réplica de las Demandantes, párrs. 495-505; Dúplica de la Demandada, párr. 67.

[43] **Anexo C-16**, Acuerdo de Constitución de Consorcio entre Andino Investment Holding S.A. y Corporación America S.A., 7 de julio de 2011 ("Acuerdo de Constitución de Consorcio"), Cláusula 2.1-2.2; Memorial de las Demandantes, párrs. 47, 60.

[44] **Anexo C-16**, Acuerdo de Constitución de Consorcio, Cláusula 3.2.

[45] Memorial de las Demandantes, párr. 52; **Anexo C-38**, Acta de Presentación y Apertura de Sobre N.º 1, 8 de julio de 2011; **Anexo C-91**, Oficio N.º 71-2011/JP-AERO-DPI/PROINVERSIÓN, 18 de julio de 2011. Sin embargo, Kuntur Wasi todavía no había sido constituida.

[46] Ver párr. 89 supra.

[47] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 5.6.

precalificados —incluido el Consorcio Kuntur Wasi— confirmaron nuevamente su interés[48].

101. El 22 de abril de 2014, el Consorcio Kuntur Wasi presentó sus propuestas técnica y económica[49]. El 25 de abril de 2014, PROINVERSIÓN informó al Consorcio Kuntur Wasi que su propuesta técnica era "aceptable" y, por lo tanto, el Consorcio Kuntur Wasi quedó designado como "postor calificado"[50]. Además del Consorcio Kuntur Wasi, otros dos oferentes quedaron calificados: el Consorcio Aeropuerto Chinchero (integrado por Vinci Airports, S.A.S., Vinci Concessions S.A.S., y Graña y Montero, S.A.A.) y el Consorcio Aeroportuario Imperial (integrado por Grupo Odinsa, S.A. y Mota Engil Perú, S.A.)[51].

102. Con respecto a la propuesta económica, el Consorcio Kuntur Wasi propuso que el monto máximo de cofinanciamiento del Estado (es decir, el FPAO) sería de USD 264,8 millones y con un reintegro del 100 % de los beneficios derivados de la operación del aeropuerto por encima de USD 35 millones[52]. El Consorcio Aeropuerto Chinchero propuso un FPAO de USD 411 millones y un Porcentaje de Reintegro de Cofinanciamiento del 100 %, mientras que el Consorcio Aeroportuario Imperial propuso un FPAO de USD 348 millones y un Porcentaje de Reintegro de Cofinanciamiento del 44 %[53].

[48] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 43; **Anexo R-44**, Acta de Reunión de Proinversión respecto del Concurso Chinchero, Sesión N.º 344, 20 de noviembre de 2013, pág. 1, párr. 4.

[49] Memorial de las Demandantes, párr. 55; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 44; **Anexo C-92**, Acta de Recepción de los Sobres N.º 2 y N.º 3 y Apertura del Sobre N.º 2, 22 de abril de 2014; **Anexo R-27**, Libro Blanco de Proinversión del Concurso Chinchero, Anexo 14, "Acta de Recepción de Sobres N.° 2 y N.° 3 y Acta de Apertura de Sobres N.° 2", pág. 1329. El Anexo C-92 y el Anexo R-27 incluyen el mismo documento.

[50] Memorial de las Demandantes, párr. 56; **Anexo C-93**, Acta de Apertura de Sobres N.º 3 y Adjudicación de la Buena Pro, 25 de abril de 2014.

[51] Memorial de las Demandantes, párr. 56; **Anexo C-93**, Acta de Apertura de Sobres N.º 3 y Adjudicación de la Buena Pro, 25 de abril de 2014; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 47; **Anexo R-27**, Libro Blanco de Proinversión del Concurso Chinchero, Anexo 14, "Acta de Recepción de Sobres N.° 2 y N.° 3 y Acta de Apertura de Sobres N.° 2", pág. 1330.

[52] Memorial de las Demandantes, párr. 57; **Anexo C-93**, Acta de Apertura de Sobres N.º 3 y Adjudicación de la Buena Pro, 25 de abril de 2014, pág. 2.

[53] Memorial de las Demandantes, párr. 57; **Anexo C-93**, Acta de Apertura de Sobres N.º 3 y Adjudicación de la Buena Pro, 25 de abril de 2014, pág. 2.

103. El 25 de abril de 2014, PROINVERSIÓN informó al Consorcio Kuntur Wasi que su propuesta económica había sido seleccionada entre todos los oferentes calificados y que se le había adjudicado la Concesión[54].

104. Conforme las disposiciones del Acuerdo de Constitución de Consorcio[55] y los requisitos establecidos en las Bases[56], como adjudicatarios del concurso, Corporación América y Andino constituyeron una sociedad en Perú que, posteriormente, suscribiría con el Estado peruano el contrato de concesión correspondiente al Aeropuerto Chinchero. De este modo, el 11 de junio de 2014, Corporación América y Andino constituyeron la sociedad Kuntur Wasi para desarrollar, y luego operar, el Aeropuerto Chinchero. Tanto Corporación América como Andino, cada una, era titular de una participación del 50 % en la nueva sociedad denominada Kuntur Wasi[57].

C. EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL CONTRATO DE GARANTÍA

(1) Kuntur Wasi y el MTC firman el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía

105. El 4 de julio de 2014, Perú —representado por el MTC (también mencionado en este documento como el "**Propietario de la Concesión**" o el "**Concedente**")— y Kuntur Wasi (también mencionada en este documento como el "**Concesionario**") firmaron el Contrato para la Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional Chinchero-Cusco[58].

106. La Cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión estableció que el Estado emitiría un Decreto Supremo para aprobar la firma de un contrato con el fin de garantizar todas las declaraciones efectuadas y las obligaciones asumidas por el MTC en el Contrato de

[54] Memorial de las Demandantes, párr. 57; **Anexo C-93**, Acta de Apertura de Sobres N.º 3 y Adjudicación de la Buena Pro, 25 de abril de 2014, pág. 3.

[55] **Anexo C-16**, Acuerdo de Constitución de Consorcio, Cláusula 2.2.

[56] **Anexo C-10**, Bases del Concurso Iniciales, párr. 7.1.e), pág. 27; **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 7.1.e), pág. 37.

[57] **Anexo C-17** Acta de Constitución y Estatuto Social de Kuntur Wasi, 11 de junio de 2014, Cláusula 2; Memorial de las Demandantes, párr. 60.

[58] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión.

Concesión[59]. Este Decreto Supremo fue aprobado por el Presidente Ollanta Humala el 27 de junio de 2014[60].

107. El 4 de julio de 2014, conforme las instrucciones del Decreto Supremo, el Estado, representado por el MTC, y Kuntur Wasi también firmaron el Contrato de Garantía, en virtud del cual Perú garantizó las "declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en el Contrato de Concesión"[61]. En la misma fecha, Kuntur Wasi tomó posesión del área de Concesión[62].

(2) Principales términos del Contrato de Concesión

108. En el marco del Contrato de Concesión, Kuntur Wasi llevaría adelante el diseño, el financiamiento, la construcción, la operación y el mantenimiento del Aeropuerto Chinchero[63]. La Concesión tendría una duración de 40 años desde la fecha de cierre, salvo que el Contrato se resolviera anticipadamente, o que las Partes acordaran prorrogar su duración[64].

109. El Propietario de la Concesión retendría los derechos de propiedad sobre el área de Concesión, pero transferiría la posesión de esa área al Concesionario durante todo el plazo de la Concesión[65].

a. Entregables principales de Kuntur Wasi como Concesionario

110. El Contrato de Concesión estableció que la primera etapa de las obras de construcción debía comenzar dentro de los 30 días luego de cumplidas una serie de condiciones por parte del Concesionario[66]:

[59] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 10.1.1.

[60] **Anexo CL-35**, Decreto Supremo N.º 185-2014-EF, 27 de junio de 2014.

[61] **Anexo C-49**, Contrato de Garantía, Cláusula 2.1.

[62] **Anexo C-94**, Acta de Toma de Posesión del Área de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC), 4 de julio de 2014.

[63] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 2.1.3.

[64] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 4.1.

[65] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 5.1, Cláusula 5.2.

[66] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 8.2.

(i) obtener una Autorización de Construcción de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC);

(ii) obtener la aprobación del Estudio Definitivo de Ingeniería o "**EDI**". El EDI era un conjunto detallado de planos de ejecución técnicos para el Proyecto que Kuntur Wasi debía desarrollar para cada etapa de construcción. Para iniciar las obras de construcción, el EDI debía ser aprobado por el Propietario de la Concesión, sujeto a la opinión favorable de OSITRAN;

(iii) obtener la aprobación del instrumento de gestión ambiental y la certificación ambiental correspondiente;

(iv) acreditar el "Cierre Financiero" respecto de todas las obras de construcción requeridas para el Proyecto;

(v) tomar posesión del área de construcción;

(vi) obtener los permisos y licencias municipales correspondientes; y

(vii) obtener el permiso de construcción del Ministerio de Cultura.

111. Conforme al Contrato de Concesión, las obras de construcción para el Aeropuerto Chinchero durarían un máximo de cinco años, y las obras de movimiento de tierra iniciales durarían un máximo de dos años a partir de la firma del Contrato[67]. Si las obras de construcción se retrasaran por un hecho imputable al Propietario de la Concesión, el plazo de la Concesión se ampliaría proporcionalmente al tiempo de la demora[68]. Si, por otro lado, las obras se completaran luego de los plazos límites contemplados en el EDI, y esto provocara una demora de más de 12 meses, el Propietario de la Concesión tendría el derecho de resolver el Contrato por incumplimiento[69].

[67] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 8.2.
[68] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 8.2.
[69] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 8.2.

b. Esquema de financiamiento del Contrato de Concesión

112. De acuerdo con el Contrato de Concesión (conforme a las Bases), la construcción del Aeropuerto Chinchero se dividiría en dos etapas: construcción y operación[70]. La etapa de construcción, a su vez, se dividiría en tres subetapas, cada una con su propio esquema de financiamiento[71]. El Contrato de Concesión también estableció un esquema separado para el financiamiento del Proyecto durante la etapa de operación. Sin embargo, el Tribunal se centrará en el financiamiento del Proyecto durante la etapa de construcción dado que esta es la etapa con la que se relaciona la disputa entre las Partes.

(i) Subetapa 1: obras de movimiento de tierras financiadas con PPO

113. La primera etapa de las obras de construcción consistió principalmente en obras de movimiento de tierras en el predio donde estaría ubicado el Aeropuerto Chinchero[72]. El Sr. Gutiérrez explicó que, dado que estas obras requerían niveles importantes de inversión, Perú consideró que la asistencia financiera del Estado en esta etapa era necesaria para que el Proyecto fuera viable[73].

114. Para esta etapa del Proyecto, las Bases[74] y el Contrato de Concesión contemplaban que Perú le abonaría a Kuntur Wasi sobre una base de PPO[75], que representaba un monto máximo de USD 121.032.679[76]. De acuerdo con lo dispuesto en el Contrato de Concesión, el pago en virtud del PPO se realizaría cada dos meses, en función del progreso de las obras y conforme a la certificación de OSITRAN[77].

---

[70] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Anexo 1, Apéndice 1, Cláusula I.2.

[71] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1; **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párr. 39.

[72] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1; Memorial de las Demandantes, párr. 75.1; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 57.

[73] **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párr. 34.

[74] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Anexo 1, Apéndice 1, Cláusula I.2.

[75] PPO corresponde a la sigla de "Pagos por Obras".

[76] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.85, Cláusula 9.5.1, Anexo 23, Apéndice 2. El Contrato permitía un aumento del 20 % si se cumplían determinadas condiciones (Anexo 23, Apéndice 2).

[77] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.85, Cláusula 9.5.1.3, Anexo 23, Apéndice 1.

(ii) Subetapa 2: obras de construcción financiadas con PAO

115. Esta subetapa contemplaba todas las obras de construcción posteriores al período inicial y hasta el final de la Concesión[78]. El Contrato de Concesión estableció que durante esta etapa, el Proyecto sería cofinanciado por el Estado sobre una base de PAO[79]. Esto significaba que Kuntur Wasi pagaría las obras de construcción por adelantado y el Estado le reembolsaría una parte de esos costos, más una prima, una vez que el Aeropuerto Chinchero estuviera en operación. La prima en cuestión debía compensar a Kuntur Wasi por financiar el Proyecto durante esta etapa[80].

116. En el marco del Contrato de Concesión, Kuntur Wasi era responsable de obtener el financiamiento durante esta etapa y el Estado sólo tendría que comenzar a pagar cuotas trimestrales a partir de los seis años contados desde la adjudicación de la Concesión, más intereses[81]. A partir del año seis, los pagos de PAO se realizarían en forma trimestral durante un período de 60 pagos trimestrales (es decir, 15 años)[82]. El PAO trimestral consistía en la sesentava parte (1/60) del valor del FPAO, más una tasa de interés aplicable. Como se explicó con anterioridad, este monto, que representaba el FPAO, el "Fondo de Pagos" o "Fondo de Pagos del Pago por Avance de Obra" [83], era de USD 264.758.697,00 y correspondía al monto que Kuntur Wasi había presentado en su propuesta económica como el monto máximo que el Estado debería abonar para construir el Aeropuerto Chinchero[84]. La fórmula establecida en el Contrato de Concesión fue la siguiente[85]:

[78] **Anexo C-14**, Anexo 16, Apéndice 2, Cláusula 2.4 (pág. 316 del PDF).

[79] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Anexo 1, Apéndice 1, Cláusula I.2; **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1, Cláusula 1.2; Memorial de las Demandantes, párr. 75.2; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 57.

[80] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 57, 58; **Anexo R-31**, Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013, pág. 130.

[81] Memorial de las Demandantes, párrs. 76, 77.

[82] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1, Claúsula 1.2.

[83] Memorial de las Demandantes, párr. 77.

[84] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1; Memorial de las Demandantes, párr. 77; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 63.

[85] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1.

$$PAO_{trimestral} = FPAO * [\frac{i*(1+i)^n}{(1+i)^n - 1}]$$

Donde:

PAO trimestral = Cuota trimestral del PAO.
FPAO = Fondo de Pagos del PAO, definido en la Propuesta Económica.
i = Tasa de descuento trimestral para efectos del Fondo de Pagos del PAO, la misma que es equivalente a la tasa promedio ponderado anual del Cierre Financiero de la Etapa de Ejecución de Obras más un spread del 2.5%, convertida a su tasa equivalente trimestral
n = 60, que es el número de cuotas trimestrales en las que se pagará el PAO

117. De conformidad con esta fórmula, el monto del PAO trimestral estaría basado en dos factores: el FPAO, que se fijó en USD 264.758.697,00, y la variable "i". En virtud del Contrato de Concesión, la variable "i" se definió de la siguiente manera:

> *i* = Tasa de descuento trimestral para efectos del Fondo de Pagos del PAO, la misma que es equivalente a la tasa promedio ponderado anual del Cierre Financiero de la Etapa de Ejecución de Obras más un spread del 2.5%, convertida a su tasa equivalente trimestral[86].

118. Es de destacar, sin embargo, que el Contrato de Concesión no especificó un valor mínimo o máximo para la variable "i". De acuerdo con las Demandantes, el valor de la variable "i" dependería de la negociación con los bancos[87]; mientras que la Demandada argumenta que siempre asumió que estaría alrededor del 9,51 % sobre la base del Modelo Económico Financiero de ALG[88]. Las Partes no están de acuerdo sobre la definición del FPAO, en particular, si la variable "i" comprendía los costos de obtener financiamiento o solamente los costos de construcción. Las Demandantes argumentan que el FPAO estaba destinado a cubrir solamente los costos de construcción de la Subetapa 2, y que la variable "i" abarcaría los costos de financiamiento. La Demandada declara que el FPAO cubría ambos, costos de financiamiento y de construcción, y de ese modo ambos costos quedaban sujetos al límite del FPAO[89].

[86] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1.

[87] Memorial de las Demandantes, párr. 79.

[88] **Anexo RWS-2**, Primera Declaración de Gutiérrez Damazo, párrs. 47, 48; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 66.

[89] Réplica de las Demandantes, párrs. 455-488; Dúplica de la Demandada, párrs. 42-61.

(iii) Subetapa 3: obras de construcción no financiadas

119. Esta subetapa cubría las obras de construcción que no serían cofinanciadas por el Estado. Todos los costos de esta etapa corrían por cuenta de Kuntur Wasi[90].

(iv) Procedimiento para la aprobación de la propuesta financiera del Concesionario

120. Como se explicó anteriormente, en el marco del Contrato de Concesión, Kuntur Wasi era responsable por el financiamiento de la construcción del Aeropuerto Chinchero. En virtud de los términos del Contrato, al menos 30 días antes de que pudieran comenzar las obras de construcción, Kuntur Wasi tenía la obligación de asegurar el Cierre Financiero del Contrato[91].

121. Para obtener el Cierre Financiero, Kuntur Wasi debía presentar los documentos relevantes que acreditaran que contaba con el financiamiento necesario para llevar a cabo el Proyecto[92]. Kuntur Wasi podía acreditar este extremo de dos formas diferentes: (i) demostrando el capital necesario para llevar adelante las obras provendría de sociedades relacionadas; o (ii) demostrando que obtendría el capital en forma de préstamos de Acreedores Permitidos[93].

122. En el supuesto de que Kuntur Wasi no lograra certificar que cumplía con los requisitos respecto del Cierre Financiero, el MTC, sujeto a la opinión de OSITRAN, podía resolver el Contrato por incumplimiento, de conformidad con la Cláusula 15.3 del Contrato de Concesión[94].

(v) Endeudamiento Garantizado Permitido o EGP

123. Como se explicó en párrafos anteriores, en virtud del Contrato de Concesión, Kuntur Wasi podía elegir entre financiar el Proyecto por sí mismo u obtener financiamiento de terceros. Si Kuntur Wasi elegía obtener el capital mediante financiamiento, el Estado le permitiría

[90] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Anexo 23, Apéndice 1.
[91] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.23.
[92] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.1, Cláusula 1.23, Cláusula. 9.2
[93] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.1, Cláusula 1.23, Cláusula 9.2.
[94] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 9.2.1.

gravar los derechos en la Concesión, los ingresos netos obtenidos de la Concesión y las acciones de Kuntur Wasi, a favor de los Acreedores Permitidos. Esto se denominó "**Endeudamiento Garantizado Permitido**" o "**EGP**"[95]. El EGP se definió así:

> [E]l endeudamiento por concepto de operaciones de financiamiento o crédito, emisión de valores mobiliarios o instrumento de deuda y/o de dinero tomado en préstamo de cualquier(a) de los Acreedor(es) Permitido(s) bajo cualquier modalidad, cuyos fondos serán destinados al cumplimiento del objeto de este Contrato […], y se encuentra garantizado conforme lo dispuesto en el Numeral *10.4.1."*[96].

124. Sin embargo, a Kuntur Wasi se le permitiría otorgar esas garantías solo si su paquete de financiamiento recibía una opinión favorable por parte de OSITRAN y la aprobación del MTC. En particular, conforme al Contrato, OSITRAN y el MTC analizarían los términos financieros principales de la transacción, incluyendo el principal, las tasas de interés, las disposiciones sobre amortización anticipada, los gastos de emisión, las comisiones, etcétera[97].

125. El Contrato de Concesión expresamente contemplaba que el alcance de la opinión de OSITRAN era evaluar los términos financieros principales del EGP con el fin de asegurar que no eran contrarios al Contrato de Concesión, mientras que el MTC solamente podía rechazar la solicitud para autorizar un EGP si causara un "perjuicio económico" para el Estado[98]. De acuerdo con el Contrato de Concesión, el MTC no podía rechazar la aprobación del EGP sin mediar "causa justificada"[99].

c. Resolución en virtud del Contrato de Concesión

126. La Cláusula 15 del Contrato de Concesión estableció las reglas que rigen la resolución del Contrato de Concesión. En particular, la Cláusula 15 dispuso que el Contrato se podría

[95] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 10.4.
[96] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.44.
[97] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 10.4.7.
[98] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 10.4.7.
[99] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.44.

resolver por vencimiento del plazo, por mutuo acuerdo entre las Partes, por incumplimiento del contrato, por decisión unilateral del MTC, o por fuerza mayor o caso fortuito.

(i) Resolución por mutuo acuerdo entre las Partes

127. En relación con la resolución por mutuo acuerdo, la Cláusula 15.2 del Contrato de Concesión estableció que se podría resolver con la previa opinión técnica de OSITRAN y de los Acreedores Permitidos[100]. En el caso de resolución por mutuo acuerdo, el Contrato de Concesión contempló que las Partes deberían llegar a un acuerdo sobre el mecanismo de liquidación de cuentas, y que los términos de dicha liquidación debían ser analizados y aprobados por OSITRAN[101].

128. Asimismo, la Cláusula 15.8.1 dispuso que la "[c]aducidad de la Concesión produce la obligación del CONCESIONARIO de devolver el Área de la Concesión que conforma el Aeropuerto, así como a entregar los demás Bienes de la Concesión al CONCEDENTE, conforme a los términos de la Cláusula Quinta"[102]. Sin embargo, la Cláusula 15.2.3 del Contrato establece que "no se considerará monto indemnizatorio alguno por los daños que irrogue la Caducidad de la Concesión a las Partes"[103].

(ii) Resolución por incumplimiento del Contrato

129. Por otro lado, la Cláusula 15.3 contemplaba que en el caso de resolución por incumplimiento del Concesionario, Kuntur Wasi tendría que compensar al MTC por un monto equivalente a la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión[104].

(iii) Resolución unilateral del Contrato por parte del Propietario de la Concesión

130. La Cláusula 15.5.1 del Contrato estableció las normas que rigen la resolución unilateral del Contrato por parte del Propietario de la Concesión. La Cláusula disponía lo siguiente:

15.5.1. Por razones de interés público debidamente fundadas, el

[100] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.2.
[101] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.2.2.
[102] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.8.1.
[103] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.2.3.
[104] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.3.4

> *CONCEDENTE tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento, mediante notificación previa y por escrito al CONCESIONARIO con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos*[105].

131. En el supuesto de la resolución unilateral por parte del Propietario de la Concesión por motivos de interés público, la Cláusula 15.5.3 del Contrato regula el monto que se deberá pagar al Concesionario. En particular, la Cláusula 15.5.3 establece lo siguiente:

> *15.5.3 El CONCEDENTE pagará al CONCESIONARIO un monto equivalente al de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión que corresponda al momento en que se produzca la Caducidad*[106].

132. La Cláusula 15.5.4 estableció además que, en el caso de resolución unilateral, el "importe que corresponda pagar por este concepto se realizará según procedimiento indicado en el Numeral 15.4.3"[107]. La Cláusula 15.4.3, en su parte relevante, dispone lo siguiente:

> *15.4.3 Para efectos del procedimiento y/o determinación del monto de liquidación a reconocer por el CONCEDENTE al CONCESIONARIO, se aplicará una de las alternativas siguientes, según corresponda:*
>
> *(a) Si la resolución del Contrato se produce antes o en el inicio de la Etapa de Ejecución de Obras, se origina el derecho a reconocer al CONCESIONARIO por parte del CONCEDENTE, a más tardar dentro del segundo semestre del Año de la Concesión siguiente a aquel en el que fue declarada la caducidad, coma compensación, los gastos generales en que haya incurrido hasta la fecha en que surta efecto la resolución del Contrato, debidamente acreditados y reconocidos por el OSITRAN*[108].

[105] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.5.1

[106] **Anexo C-4,** Contrato de Concesión, Cláusula 15.5.3.

[107] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[108] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.4.3. La Cláusula 15.4.3 es un apartado de la Cláusula 15.4, que rige la terminación por incumplimiento del Contrato por parte del Propietario de la Concesión.

d. Solución de disputas

133. La Cláusula 16.6.1(b)(i) del Contrato de Concesión establece, en su parte relevante, lo siguiente:

> *… Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI, el CONCEDENTE, en representación del Estado de la República del Perú, declara que al CONCESIONARIO se le considerará como "Nacional de Otro Estado Contratante", por estar sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal*[109].

(3) El Contrato de Garantía

134. En el momento en que se firmó el Contrato de Concesión, Kuntur Wasi y el MTC también suscribieron un Contrato de Garantía[110]. En el Contrato de Garantía, Perú acordó lo siguiente:

> *2.1. En virtud del presente CONTRATO DE GARANTÍA, EL ESTADO garantiza a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en el CONTRATO DE CONCESIÓN. Esta garantía no constituye una garantía financiera*[111].

135. El Contrato de Garantía autorizado por el Presidente Ollanta Humala mediante el Decreto Supremo 185-201-EF, estableció lo siguiente:

> *Artículo 1°.- Declaraciones y seguridades*
>
> *Otórguese, mediante contrato, las seguridades y garantías del Estado de la República del Perú, en respaldo de las declaraciones, seguridades y obligaciones a cargo del Concedente, contenidas en el Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero - Cusco, a*

[109] **Anexo, C-4,** Contrato de Concesión. Las Demandantes también se amparan en la Cláusula 3 del Contrato de Garantía, que se refiere a la Cláusula 16 del Contrato de Concesión (Memorial de las Demandantes, párr. 196).

[110] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 230.

[111] **Anexo C-49**, Contrato de Garantía, Cláusula 2.1.

celebrarse con SOCIEDAD AEROPORTUARIA KUNTUR WASI S.A, sociedad constituida por el Consorcio Kuntur Wasi, adjudicatario de la buena pro del Concurso de Proyectos Integrales indicado en la parte considerativa del presente Decreto Supremo, conducido por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN[112].

(4) Cumplimiento de Kuntur Wasi en el marco del Contrato de Concesión

136. Como se explicó anteriormente, la Concesión se estructuró como una asociación público-privada, en la que Kuntur Wasi era responsable por el diseño, el financiamiento, la construcción y la operación del Aeropuerto Chinchero durante un período de 40 años[113]. Entre otras obligaciones, el Contrato de Concesión estableció que Kuntur Wasi debía elaborar el EDI, el cual debía ser aprobado por el MTC antes de que pudiera comenzar la construcción del Aeropuerto Chinchero[114].

137. El EDI contiene el diseño ejecutivo del Aeropuerto Chinchero, que incluye, entre otros, estudios sobre hidrogeología, geotécnica, topografía, impacto ambiental, infraestructura de edificios y aeroportuaria, precios unitarios y planificación de la construcción[115].

138. El 29 de mayo de 2015, Kuntur Wasi presentó el EDI ante OSITRAN para su revisión y aprobación definitiva[116]. OSITRAN y el MTC realizaron varias observaciones al EDI, y esto requirió trabajo adicional de Kuntur Wasi para modificar el EDI. El 4 de diciembre de 2015, OSITRAN emitió una opinión favorable en relación con el EDI de Kuntur Wasi[117], y fue aprobado finalmente por el MTC el 7 de diciembre de 2015[118].

[112] **Autoridad CL-35**, Decreto Supremo 185-2014-EF, 27 de junio de 2014.

[113] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, marzo de 2014, Cláusula 1.2.78.

[114] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 8.2.1.1.

[115] Memorial de las Demandantes, párr. 70; **Anexo CWS-3,** Declaración de Mobilia, párr. 20; **Anexo C-103**, Estudio Definitivo de Ingeniería del Nuevo Aeropuerto de Chinchero Cusco, ("EDI Resumen Ejecutivo"), 27 de noviembre de 2015.

[116] Memorial de las Demandantes, párr. 71; **Anexo CWS-3,** Declaración de Mobilia, párr. 21.

[117] **Anexo C-105**, Informe N.º 074-2015-MTC/12.08.DAE, 7 de diciembre de 2015.

[118] **Anexo C-5**, Oficio N.º 1553-2015-MTC/12.08, 7 de diciembre de 2015.

139. Kuntur Wasi llevó adelante las siguientes actividades adicionales conforme lo exigía el Contrato de Concesión para comenzar con la construcción del Aeropuerto Chinchero[119]:

- obtener la autorización de construcción para el Aeropuerto Chinchero de la Dirección General de Aeronáutica Civil[120];
- preparar el Informe Final del Estudio de Impacto Ambiental Detallado respecto del Aeropuerto Chinchero, que fue aprobado por el MTC[121];
- obtener las habilitaciones de planificación urbana y las licencias de edificación de parte de los distritos de Chinchero y Huayllabamba[122];
- preparar el Plan de Monitoreo Arqueológico respecto del Aeropuerto Chinchero, aprobado por el Ministerio de Cultura[123]; y
- administrar el área de Concesión donde se construiría el Aeropuerto Chinchero.

D. HECHOS QUE DERIVARON EN LA ADENDA N.° 1 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

(1) Propuesta de EGP de Kuntur Wasi de mayo de 2016

140. Como se explicó anteriormente, en el marco del Contrato de Concesión, para que el Estado otorgara garantías a favor de los Acreedores Permitidos, OSITRAN debía emitir una opinión favorable y el MTC debía analizar y aprobar la propuesta financiera de Kuntur Wasi. Si esto ocurría, Kuntur Wasi podía obtener el Cierre Financiero exigido para iniciar las obras de construcción.

[119] Memorial de las Demandantes, párr. 73.

[120] **Anexo C-106**, Oficio N.º 88-2016-MTC/12.08, 14 de marzo de 2016.

[121] **Anexo C-107**, Carta N.º 098-2015-KW, 11 de abril de 2015; **Anexo C-108**, Oficio N.º 1686-2015-MTC/25, 1 de junio de 2015; **Anexo C-108**, Oficio N.º 1686-2015-MTC/25, 1 de junio de 2015.

[122] **Anexo C-109**, Resolución de Alcaldía N.º 033-2016-MDCH/SG, Municipalidad Distrital de Chinchero, 17 de marzo de 2016; **Anexo C-110**, Resolución de Alcaldía N.º 082-2016-A-MDH, Municipalidad Distrital de Huayllabamba, 20 de abril de 2016; **Anexo C-111**, Oficio N.º 0405-2016-MDCH/A, Municipalidad Distrital de Chinchero, 10 de agosto de 2016; **Anexo C-112**, Licencia de Construcción Modalidad "A" N.º 004-2016, Municipalidad Distrital de Huayllabamba, 6 de septiembre de 2016.

[123] **Anexo C-113**, Oficio N.º 1699-2014-UACGD-DDC-CUS/MC, 27 de noviembre de 2014.

141. El 4 de mayo de 2016, Kuntur Wasi presentó su propuesta financiera respecto del EGP ante el MTC y OSITRAN para su aprobación ("**Primera Propuesta Financiera de Kuntur Wasi**")[124]. La propuesta financiera de Kuntur Wasi indicaba que el PAO trimestral sería de USD 14.245.809,00, donde la variable "i" se fijó en 22,06 %, con una tasa de interés anual del 7,89 %[125].

142. El 7 de junio de 2016, OSITRAN le envió a Kuntur Wasi las observaciones a la propuesta, y el 5 de julio de 2016, Kuntur Wasi se refirió a esas observaciones en una carta dirigida a OSITRAN[126]. Una vez más, el 11 de julio de 2016, OSITRAN planteó observaciones y Kuntur Wasi respondió el 14 de julio de 2016[127].

143. El 20 de julio de 2016, OSITRAN emitió una opinión favorable con respecto al EGP de Kuntur Wasi, en la cual indicó que la documentación presentada por Kuntur Wasi para la aprobación del EGP "se ajusta a las disposiciones del Contrato de Concesión" y recomendó que el Directorio de OSITRAN emitiera una opinión técnica a favor del EGP de Kuntur Wasi[128]. El 22 de julio de 2016, el Directorio de OSITRAN emitió la opinión técnica favorable[129]. Para las Demandantes, esto significaba que la entidad técnica competente de Perú aprobaba formalmente la propuesta financiera de Kuntur Wasi[130].

144. Para la Demandada, la propuesta financiera de Kuntur Wasi nunca recibió las aprobaciones requeridas del MTC porque no cumplía con los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión para el cálculo de la fórmula PAO. La Demandada destaca que el informe de

[124] Memorial de las Demandantes, párrs. 81, 484; Réplica de las Demandantes, párr. 45; **Anexo C-20**, Carta N.º 089-2016-KW, 4 de mayo de 2016; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párrs. 18-20. Kuntur Wasi había solicitado al Estado la aprobación de otro EGP a principios de septiembre de 2015, pero esa propuesta fue rechazada por falta de presentación de los documentos exigidos (**Anexo R-38**, Anexo 25 a la Carta N.º 089-2016-KW, 4 de mayo de 2016, pág. 4). Luego, Kuntur Wasi volvió a presentar un EGP nuevo el 4 de mayo de 2016.

[125] Memorial de las Demandantes, párr. 81; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 23.

[126] Memorial de las Demandantes, párr. 82; Réplica de las Demandantes, párr. 45; **Anexo C-57**, Oficio Circular N.º 027-16-SCD-OSITRAN, 7 de junio de 2016; **Anexo C-58**, Carta N.º 119-2016-KW, 5 de julio de 2016.

[127] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 85; **Anexo R-64**, Oficio N.º 088-16-GRE-OSITRAN, 11 de julio de 2016; **Anexo R-65**, Carta N.º 128-2016-KW, 14 de julio de 2016.

[128] Memorial de las Demandantes, párr. 82; Réplica de las Demandantes, párr. 47; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 85; **Anexo C-114**, Informe N.º 014-16-GRE-GAJ-OSITRAN, 20 de julio de 2016, párrs. 228, 231.

[129] Memorial de las Demandantes, párr. 82; **Anexo C-21**, Oficio Circular N.º 039-16-SCD-OSITRAN, 22 de julio de 2016.

[130] Réplica de las Demandantes, párrs. 38-49.

OSITRAN —sobre el que se amparan las Demandantes— expresamente indicó que no había analizado si el EGP propuesto por Kuntur Wasi podría causar un perjuicio económico para el Estado, puesto que ese análisis correspondía al MTC[131]. OSITRAN asimismo declaró que, si bien Kuntur Wasi había enviado información relacionada con "el interés y la aplicación de la Fórmula PAO" para "favorecer la comprensión de lo que se est[aba] proponiendo", OSITRAN solamente realizaría el análisis del EGP y las garantías, conforme lo requerido por la Cláusula 10.4.7 del Contrato de Concesión, en la cual "no se hace referencia a evaluar la cuota PAO trimestral ni la tasa "i" que la compone"[132].

145. El 26 de julio de 2016, la Dirección General de Concesiones en Transporte del MTC envió observaciones adicionales a la Primera Propuesta Financiera de Kuntur Wasi. Entre otros aspectos, el MTC solicitó a Kuntur Wasi que presentara información adicional en relación con el respaldo legal, contractual y financiero para el cálculo según Kuntur Wasi de la variable "i" para estimar el PAO trimestral[133]. El 1 de agosto de 2016, Kuntur Wasi envió una carta al MTC, a la que adjuntó informes legales y financieros para respaldar sus cálculos[134].

(2) El proceso de negociación de la Adenda N.° 1 al Contrato de Concesión

a. Elecciones presidenciales

146. El 28 de julio de 2016, se realizaron elecciones presidenciales en Perú, lo que conllevó un cambio en el Gobierno. La Presidencia pasó de Ollanta Humala a manos de Pedro Pablo Kuczynski. Pocas semanas después de las elecciones generales, en agosto de 2016, los representantes de Kuntur Wasi se reunieron con los representantes del Gobierno peruano para discutir el progreso en la ejecución del Contrato de Concesión y la propuesta de EGP de Kuntur Wasi presentada ante el MTC[135].

---

[131] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 85; **Anexo C-114**, Informe N.º 014-16-GRE-GAJ-OSITRAN, 20 de julio de 2016, párr. 37.

[132] **Anexo C-114**, Informe N.º 014-16-GRE-GAJ-OSITRAN, 20 de julio de 2016, párr. 38.

[133] Memorial de las Demandantes, párr. 83; **Anexo C-59**, Oficio N.º 2979-2016-MTC-25, 26 de julio de 2016.

[134] Memorial de las Demandantes, párr. 83; **Anexo C-60**, Carta N.º 134-2016-KW, 1 de agosto de 2016.

[135] Memorial de las Demandantes, párr. 84; **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 28; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 23.

147. De acuerdo con las Demandantes, en esas reuniones, los representantes del Gobierno indicaron que Perú intentaría obtener un informe de Corporación Andina de Fomento-Banco de Desarrollo de América Latina ("**CAF**") y otro de la Contraloría General de la República ("**Contraloría**") en relación con el EGP de Kuntur Wasi[136]. En septiembre de 2016, el MTC solicitó a la Contraloría y a CAF que emitieran una opinión sobre la propuesta financiera de Kuntur Wasi.

b. Informe de la Contraloría de octubre de 2016

148. El 12 de octubre de 2016, la Contraloría emitió su informe en relación con el EGP de Kuntur Wasi. En especial, la Contraloría destacó que era necesario determinar si los presupuestos utilizados por los consultores (es decir, ALG) para calcular la variable "i" se habían compartido con los oferentes. La Contraloría advirtió que si esos documentos no habían sido parte del concurso era posible que cada oferente aplicara una metodología y presupuestos diferentes para calcular la variable[137]. Asimismo, la Contraloría remarcó que el Contrato de Concesión no establecía límites para la variable "i" y que el propio Contrato no permitía identificar los presupuestos para calcular la variable[138]. En consecuencia, la Contraloría concluyó que aprobar la variable "i" propuesta por Kuntur Wasi podría afectar el equilibrio económico del Contrato de Concesión, y recomendó que el MTC renegociara el monto de los pagos PAO con Kuntur Wasi[139].

c. Negociaciones posteriores que derivaron en la Adenda N.° 1

149. Luego del informe de la Contraloría, Kuntur Wasi y representantes del Gobierno peruano mantuvieron varias reuniones con el fin de renegociar el Contrato de Concesión[140]. Las Partes discrepan sobre las razones que llevaron al proceso de renegociación: las Demandantes afirman que la Adenda N.° 1 se negoció a solicitud de Perú para modificar

---

[136] Memorial de las Demandantes, párr. 84; **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 28; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 23.

[137] **Anexo C-22**, Oficio N.º 4268-2016 MTC/25, 27 de octubre de 2016, donde se adjunta el Oficio N.º 01882-2016-CG/DC, 12 de octubre de 2016, pág. 1.

[138] **Anexo C-22**, Oficio N.º 4268-2016 MTC/25, 27 de octubre de 2016, donde se adjunta el Oficio N.º 01882-2016-CG/DC, 12 de octubre de 2016, pág. 2.

[139] **Anexo C-22**, Oficio N.º 4268-2016 MTC/25, 27 de octubre de 2016, donde se adjunta el Oficio N.º 01882-2016-CG/DC, 12 de octubre de 2016, pág. 2. Réplica de las Demandantes, párr. 53.

[140] Memorial de las Demandantes, párr. 86; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 100.

las deficiencias en el Contrato de Concesión, mientras que la Demandada argumenta que la Adenda N.º1 se celebró porque Kuntur Wasi no presentó una propuesta financiera viable y que cumpliera con los requisitos[141].

150. El 22 de octubre de 2016, el MTC le envió a Kuntur Wasi dos propuestas financieras. Una de esas propuestas contemplaba cambios en los términos del Contrato de Concesión para limitar los costos de financiamiento, mientras que la otra propuesta solamente fijaba el monto del PAO trimestral en una suma de USD 12 millones[142]. De acuerdo con las Demandantes, luego de recibir esas propuestas, Kuntur Wasi y el MTC acordaron que el MTC rechazaría formalmente el EGP de Kuntur Wasi, y esta última propondría una modificación al Contrato de Concesión sobre la base de las recomendaciones incluidas en el informe de la Contraloría[143].

151. El 28 de octubre de 2016, Kuntur Wasi presentó una adenda al Contrato de Concesión que proponía un PAO trimestral de USD 12,5 millones. De acuerdo con las Demandantes, fue posible reducir el PAO trimestral porque la variable "i" dependía de las fluctuaciones del mercado, y las tasas de interés habían disminuido desde la propuesta anterior[144]. La carta enviada por Kuntur Wasi al MTC, junto con el texto preliminar propuesto de la modificación, indicaban que la intención era brindar mayor claridad en relación con la fórmula de PAO:

> *Al amparo de lo dispuesto en la Cláusula Décimo Sétima [sic] del Contrato de Concesión y lo dispuesto en el literal b) del Artículo 54 del Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1224, habiendo convenido con ustedes para atender las recomendaciones de la Contraloría de la República en presentar una Adenda a fin de dar mayor certidumbre a la determinación de la Cuota PAO Trimestral y permitir una determinación inequívoca de dicha cuota en condiciones de mercado para el Cierre Financiero, cumplimos con presentar*

[141] Réplica de las Demandantes, párr. 50; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 99, 100.

[142] Memorial de las Demandantes, párr. 87; Réplica de las Demandantes, párr. 56; **Anexo C-61**, Correo electrónico de Yaco Rosas (MTC) a José Balta (Kuntur Wasi), 22 de octubre de 2016.

[143] Memorial de las Demandantes, párr. 88; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 27.

[144] Memorial de las Demandantes, párr. 89; Réplica de las Demandantes, párr. 57; **Anexo C-62**, Carta N.º 183-2016-KW, 28 de octubre de 2016; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párrs. 28, 29; Réplica de las Demandantes, párr. 57.

> *la propuesta de Adenda que nos permita determinar la Cuota PAO Trimestral de manera directa con base en los conceptos contenidos en la fórmula del texto original del literal xiii) del numeral 1.2 del Anexo 23-Apéndice 1…*[145]

152. El 7 de noviembre de 2016, el MTC notificó a Kuntur Wasi que su propuesta del 28 de octubre de 2016 había sido rechazada porque "no ha presentado el sustento técnico y económico financiero del proyecto de adenda, además de no contar con el requerimiento y conformidad del posible Acreedor Permitido del Proyecto"[146]. En esa misma fecha, el Sr. Balta ―Gerente General de Kuntur Wasi en ese momento― se reunió con el Ministro Vizcarra y la Viceministra Molinelli del MTC y el Ministro de Economía y Finanzas, Alfredo Thorne, entre otros. Según las Demandantes, en esa reunión, el Ministro Vizcarra dijo que el MTC propondría modificar el Contrato de Concesión de manera tal que Perú solamente pagaría a medida que avanzaran las obras, con un tope de USD 264.758.697,00[147].

153. También el 7 de noviembre de 2016, CAF emitió un informe donde recomendó que el MTC renegociara con Kuntur Wasi respecto de un PAO trimestral entre USD 12,4 y USD 13 millones[148]. En particular, CAF llegó a la siguiente conclusión:

> *Es preciso indicar que el procedimiento propuesto por la Concesionaria para calcular la Tasa Promedio Ponderado del Financiamiento, elemento clave para el cálculo del PAO Trimestral, no es utilizado en los mercados financieros para calcular el costo de un financiamiento, ni se atiene a lo que el mercado financiero interpreta o entiende como el costo de un financiamiento. En nuestra opinión dicho procedimiento es incorrecto y desvirtúa significativamente el costo del Endeudamiento Garantizado Permitido presentado por la Concesionaria.*

---

[145] Réplica de las Demandantes, párr. 57; **Anexo C-62**, Carta N.º 183-2016-KW, 28 de octubre de 2016. El texto de la modificación propuesta indicaba lo mismo, *ver* **Anexo C-63**, Oficio N.º 4362-2016-MTC/25*,* 7 de noviembre de 2016.

[146] Memorial de las Demandantes, párr. 90; Réplica de las Demandantes, párr. 59; **Anexo C-63**, Oficio N.º 4362-2016-MTC/25, 7 de noviembre de 2016.

[147] Memorial de las Demandantes, párr. 91; Réplica de las Demandantes, párr. 60; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párrs. 32-35.

[148] Memorial de las Demandantes, párr. 91; **Anexo C-23**, Reporte de Conclusiones y Recomendaciones, CAF, 7 de noviembre de 2016, pág. 23.

> *La propuesta de la Concesionaria para calcular la Tasa Promedio del Financiamiento tiene como objetivo cubrir o remunerar aquellas partidas que la Concesionaria no incluyó en su oferta del FPAO, debido a su interpretación de este concepto con base en lo establecido en el Contrato de Concesión. La propuesta de la Concesionaria para calcular la Tasa Promedio Ponderado del Financiamiento no se adecua a lo previsto en las bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero - Cusco, y en el Contrato de Concesión*[149].

154. Pocos días después, el 9 de noviembre de 2016, el Sr. Yaco Rosas, en ese momento Director General de Concesiones en Transporte del MTC, le envió un correo electrónico al Sr. Balta, al que adjuntó un documento que contenía los puntos principales que se debían incluir en la adenda al Contrato de Concesión[150].

155. El 10 de noviembre de 2016, el Sr. Balta envió una respuesta al Sr. Yaco Rosas con observaciones sobre los puntos incluidos en el correo electrónico del MTC del día anterior[151]. El 14 de noviembre de 2016, Kuntur Wasi presentó un borrador de adenda ante el MTC, y luego se desarrollaron negociaciones entre las Partes en relación con la adenda[152].

156. El 25 de noviembre de 2016, el MTC emitió un informe formal en el que rechazó la Primera Propuesta Financiera de Kuntur Wasi del 4 de mayo de 2016[153]. El informe del MTC establece lo siguiente:

> *El procedimiento propuesto por la Concesionaria para calcular la Tasa Promedio Ponderado del Financiamiento, elemento clave para el cálculo del PAO Trimestral, no es utilizado en los mercados financieros para calcular el*

[149] **Anexo C-23**, Reporte de Conclusiones y Recomendaciones, CAF, 7 de noviembre de 2016, pág. 11.

[150] Memorial de las Demandantes, párr. 94; Réplica de las Demandantes, párr. 62; **Anexo C-64**, Correo electrónico de Yaco Rosas (MTC) a José Balta (Kuntur Wasi), 9 de noviembre de 2016.

[151] Memorial de las Demandantes, párr. 94; **Anexo C-65**, Correo electrónico de José Balta (Kuntur Wasi) a Yaco Rosas (MTC), 10 de noviembre de 2016.

[152] Memorial de las Demandantes, párr. 94; Réplica de las Demandantes, párr. 63; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 38.

[153] Memorial de las Demandantes, párr. 95; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 102; Réplica de las Demandantes, párr. 64; **Anexo C-67**, Oficio N.º 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016.

> *costo de un financiamiento, ni se atiene a lo que el mercado financiero interpreta o entiende como el costo de un financiamiento. Dicho procedimiento es incorrecto y desvirtúa el costo del Endeudamiento Garantizado Permitido presentado por la Concesionaria*[154].

157. El informe del MTC del 25 de noviembre de 2016 además determinó que el EGP propuesto no se ajustaba a lo dispuesto en las Bases y el Contrato de Concesión y que provocaría un perjuicio económico al Estado[155].

158. El 2 de diciembre de 2016, Kuntur Wasi respondió al informe del MTC del 25 de noviembre de 2016, y en esa respuesta objetó la posición de Perú y propuso una adenda al Contrato[156].

159. El 9 de diciembre de 2016, se celebró una reunión entre los representantes de Kuntur Wasi y el MTC, el Ministerio de Economía y Finanzas ("**MEF**") y OSITRAN para discutir los términos de la adenda al Contrato de Concesión[157]. Luego de esta reunión, el MTC envió un borrador de la adenda a Kuntur Wasi para su análisis. Este borrador se basó en los puntos principales establecidos en el correo electrónico del Sr. Rosa del 9 de noviembre de 2016[158]. El 16 de diciembre de 2016, se celebró una segunda reunión. De acuerdo con el Sr. Balta, en esa reunión, las Partes acordaron un nuevo esquema de financiamiento para el Proyecto, en virtud del cual: (i) el Estado pagaría un adelanto de USD 40 millones a Kuntur Wasi (que se deduciría del copago de USD 264.758.697 correspondiente a la etapa de construcción) para financiar el comienzo de las obras de construcción; y (ii) Kuntur Wasi firmaría tres cartas fianza[159].

160. El 2 de enero de 2017, el MTC le envió a Kuntur Wasi el texto definitivo de la adenda que sería enviado a las autoridades competentes (es decir, MEF, OSITRAN) para que emitieran

---

[154] **Anexo C-67**, Oficio N.º 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016, pág. 1.

[155] **Anexo C-67**, Oficio N.º 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016, págs. 1, 15.

[156] Memorial de las Demandantes, párr. 95; **Anexo C-68**, Carta N.º 195-2016-KW, 2 de diciembre de 2016.

[157] Memorial de las Demandantes, párr. 97; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párrs. 41, 42.

[158] Memorial de las Demandantes, párr. 97; **Anexo C-70**, Correo electrónico de Yaco Rosas (MTC) a José Balta (Kuntur Wasi), 9 de diciembre de 2016.

[159] Memorial de las Demandantes, párr. 98; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 43.

su opinión[160]. Esta adenda modificó el esquema de financiamiento del Proyecto, dado que establecía que Perú pagaría solamente a medida que avanzaran las obras conforme la aprobación de OSITRAN. En otros términos, en el marco de las disposiciones de la Adenda N.° 1, Perú ahora cofinanciaría las obras de construcción sobre una base de PPO, y el Estado realizaría pagos trimestrales hasta el monto de USD 265 millones (es decir, la propuesta económica de Kuntur Wasi)[161].

161. Sin embargo, la Adenda N.° 1 también estableció que el MTC realizaría un adelanto de USD 40 millones a Kuntur Wasi dentro de los treinta días de la suscripción de la adenda (el "**Adelanto**"). La Adenda N.° 1 contemplaba que el Adelanto estaba destinado a financiar los costos de construcción correspondientes a la Etapa 2 del Proyecto, aún si se abonara antes del inicio de la Etapa 1[162].

162. El monto del Adelanto se contabilizaría contra el FPAO de USD 265 millones, y el pago por parte del Estado estaba condicionado a la entrega de la carta fianza por Kuntur Wasi como Garantía de Adelanto por el valor del Adelanto[163]. Una vez que la carta fianza fuera entregada, el MTC depositaría el Adelanto en un Fideicomiso o en una cuenta bancaria designada por Kuntur Wasi[164].

(3) La Adenda N.° 1 recibe el respaldo de Perú y finalmente se adopta

163. En los meses que siguieron, distintas entidades del Gobierno peruano emitieron informes favorables y aprobaron la Adenda N.° 1. En particular:

a. Opinión técnica de OSITRAN a favor de la Adenda N.° 1

164. El 20 de enero de 2017, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió una opinión técnica a favor de la Adenda N.° 1, en la cual determinó que la Adenda N.° 1 se ajustaba a las

[160] Memorial de las Demandantes, párr. 99; Réplica de las Demandantes, párr. 70; **Anexo C-71**, Correo electrónico de Yaco Rosas (MTC) a José Balta (Kuntur Wasi), 2 de enero de 2017.

[161] Memorial de las Demandantes, párr. 100; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 103; **Anexo C-24**, Adenda N.º 1 al Contrato de Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero –Cusco, 3 de febrero de 2017 ("Adenda N.º 1").

[162] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 104; **Anexo C-24**, Adenda N.º 1, Cláusula 3, sección 12.

[163] **Anexo C-24**, Adenda N.º 1, Cláusula 3, sección 21.

[164] **Anexo C-24**, Adenda N.º 1, Cláusula 3, sección 12.

disposiciones del derecho peruano y no modificaba las condiciones de competencia en el marco de las cuales se había adjudicado la Concesión a Kuntur Wasi[165]. El informe de OSITRAN —aprobado por mayoría— estableció lo siguiente:

> *[E]n la medida que con el esquema de pago propuesto, el Concedente no pagará intereses, sino el monto del Fondo de Pago por Obras propuesto, no se modifica el equilibrio económico financiero, manteniendo el valor del dinero en el tiempo, toda vez que el Concedente pagará exactamente el monto del Fondo de Pagos por Obras que fue propuesto por el Concesionario y que forma parte de su propuesta económica…*[166]

165. Sin embargo, el Presidente de OSITRAN emitió una opinión por separado, en la que, según su punto de vista, la Adenda N.° 1 modificaría sustancialmente los aspectos económicos del Contrato y las condiciones de competencia en el marco de las cuales se había llevado adelante el concurso originalmente y que, por ese motivo, la Adenda no se ajustaba a las disposiciones del derecho peruano[167].

b. El MEF favorece la adopción de la Adenda N.° 1

166. El 27 de enero de 2017, el MEF emitió una opinión técnica a favor de la Adenda N.° 1, indicó que las modificaciones introducidas por la Adenda le ahorrarían al Estado un monto sustancial de dinero si se comparaba con el esquema del financiamiento que había propuesto Kuntur Wasi en el marco del Contrato original y determinó que no alteraba el equilibrio económico del Contrato[168].

---

[165] Memorial de las Demandantes, párr. 101; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 105, 106; Réplica de las Demandantes, párr. 75; **Anexo C-72**, Oficio Circular N.º 006-17-SCD-OSITRAN, 20 de enero de 2017, Anexos 1 y 2.

[166] **Anexo C-72**, *Oficio Circular N.º 006-17-SCD-OSITRAN*, 20 de enero de 2017, donde se adjunta el Acuerdo N.º 2009-607-17-CD-OSITRAN, Anexo 1, párr. 7.

[167] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 106; **Anexo C-72**, Oficio Circular N.º 006-17-SCD-OSITRAN, donde se adjunta el Acuerdo N.º 2009-607-17-CD-OSITRAN, 20 de enero de 2017, Anexo 3.

[168] Memorial de las Demandantes, párr. 102; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 107; Réplica de las Demandantes, párr. 76; **Anexo C-73**, Informe N.º 016-2017-EF/68.01, 27 de enero de 2017, párrs. 2.22, 2.33, 2.6-2.40.

c. Anuncio televisivo del Presidente Kuczynski en respaldo de la Adenda N.° 1

167. El 30 de enero de 2017, el Presidente Kuczynski se presentó en televisión para explicar los beneficios de la Adenda N.° 1. Entre otros aspectos, se informó que el Presidente Kuczynski había dicho lo siguiente en relación con la Adenda N.° 1:

> *Nos hemos ahorrado 590 millones de dólares de intereses que podrían ir para hacer obras en el Cusco de mejora de saneamiento, de pistas, de vivienda. Entonces aquí se ha saneado el proyecto, y por eso queremos ir adelante y no dejarnos intimidar. Hace décadas que se iba hacer este aeropuerto, y lo vamos a hacer*[169].

d. El Consejo de Ministros respalda la decisión de firmar la Adenda N.° 1

168. El 1 de febrero de 2017, el Ministro Vizcarra declaró ante la prensa que el Consejo de Ministros había aprobado la decisión del MTC de firmar la Adenda N.° 1 y continuar con el Proyecto[170].

e. El MTC recomienda firmar la Adenda N.° 1

169. Finalmente, el 2 de febrero de 2017, el MTC emitió su informe, en el que recomendó firmar la Adenda N.° 1. De acuerdo con el informe del MTC, la Adenda N.° 1 ahorraría costos y no alteraba las condiciones en el marco de las cuales se había llevado a cabo el concurso relacionado con el Proyecto. El informe del MTC también estableció que los cambios al Contrato de Concesión estaban en línea con el "interés público" y que la Adenda N.° 1 era la "mejor alternativa"[171].

---

[169] **Anexo C-74**, Video publicado por Latina Noticias, "Aeropuerto de Chinchero: Pedro Pablo Kuczynski se pronuncia tras suspensión de proyecto", 30 de enero de 2017.

[170] Memorial de las Demandantes, párr. 104; Réplica de las Demandantes, párr. 77; **Anexo C-75**, Artículo periodístico publicado por RPP NOTICIAS, Vizcarra: "PPK viajará este Viernes al Cusco para iniciar obras en Chinchero", 1 de febrero de 2017.

[171] Memorial de las Demandantes, párr. 105; Réplica de las Demandantes, párr. 78; **Anexo C-116**, Memorándum N.º 528-2017-MTC/25, 2 de febrero de 2017, párrs. 10.9, 18.14; ("Ante las generalidades del Contrato de Concesión una adenda que permita el ahorro en costos mediante un esquema de pago por avance de Obra, de manera que se evite considerar los costos de estructuración financieros e intereses intercalares que incremente el valor de la Obra resulta lo más oportuno de acuerdo al marco legal aplicable".) *Ver también* **Anexo C-76**, Informe N.º 105-2017-MTC/25, 2 de febrero de 2017.

f. Kuntur Wasi y el MTC firman la Adenda N.° 1

170. Sobre la base de las opiniones favorables y aprobaciones antes indicadas, el 3 de febrero de 2017, Kuntur Wasi y el MTC suscribieron la Adenda N.° 1[172]. La Adenda se firmó ante cámaras de televisión, y luego el Presidente Kuczynski realizó una declaración en la que demostró un sólido respaldo al Proyecto[173].

171. Pocos días después, el 9 de febrero de 2017, el Ministro Vizcarra siguió expresando su respaldo a la Adenda N.° 1 en una presentación pública ante una Comisión Permanente del Congreso de la República durante la cual declaró que la Adenda N.° 1 "favorece al Estado […] hemos puesto nuestro máximo esfuerzo para que esta Adenda sea en toda su extensión beneficiosa para el Estado"[174].

E. RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN POR PARTE DE PERÚ

(1) Informe de la Contraloría del 22 de febrero de 2017 sobre la Adenda N.° 1

172. De acuerdo con la Adenda N.° 1, el MTC le transferiría el Adelanto de USD 40 millones a Kuntur Wasi dentro del plazo de 30 días contados desde la firma de la Adenda, siempre que Kuntur Wasi hubiera presentado la Garantía del Adelanto[175]. Sin embargo, ello nunca ocurrió. Los hechos que tuvieron lugar luego de la firma de la Adenda N.° 1 constituyen el núcleo de la disputa entre las Partes.

173. El 22 de febrero de 2017, la Contraloría emitió un informe preliminar en el que indicó que el compromiso del MTC de entregar a Kuntur Wasi el Adelanto de USD 40 millones durante la Etapa 1 de las obras (en lugar de hacerlo durante la Etapa 2, que era la etapa a la que supuestamente se destinaría) y a través de una cuenta bancaria que no era el Fideicomiso, representaba "un riesgo potencial de que el Concesionario pu[diera] utilizar dicho monto para un fin distinto al previsto", a pesar de la prohibición en el apartado 1.120-

[172] Memorial de las Demandantes, párrs. 106, 107; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 108; **Anexo C-24**, Adenda N.º 1.

[173] Memorial de las Demandantes, párr. 107; **Anexo CWS-2**, Primera Declaración de Barrenechea, párr. 45; **Anexo C-95**, "PPK en Chinchero", 3 de febrero de 2017.

[174] **Anexo C-117**, Video del Ministro Martín Vizcarra ante la Comisión Permanente del Congreso, Congreso de la República del Perú, 9 de febrero de 2017, minuto 29:30 en adelante.

[175] **Anexo C-24**, Adenda N.º1, Cláusula 3, sección 12.

A de la Cláusula 1 de la Adenda N.° 1. La Contraloría recomendó que el MTC analizara esos riesgos y adoptara las medidas adecuadas[176].

174. A la luz del informe de la Contraloría, el 27 de febrero de 2017, el MTC le pidió a Kuntur Wasi que suspendiera temporalmente el Contrato de Concesión[177]. El 2 de marzo de 2017, el MTC y Kuntur Wasi firmaron un acuerdo para la suspensión temporal del Contrato de Concesión, el cual suspendió las obligaciones de las Partes en el marco de ese instrumento hasta 30 días después de que la Contraloría emitiera su informe definitivo, o por un plazo de 90 días a contar desde la firma de la suspensión, lo que ocurriera en primer término[178].

175. El 18 de mayo de 2017, en el contexto de un proceso de interpelación, el Ministro Vizcarra se presentó ante el Congreso para responder preguntas en relación con el Aeropuerto Chinchero[179]. En esa sesión parlamentaria, se consultó al Ministro Vizcarra sobre la legalidad de la Adenda N.° 1. El Ministro Vizcarra declaró lo siguiente:

> *Para concluir, hago hincapié en la absoluta legalidad de los procesos de negociación y suscripción de la adenda al Contrato, realizados en estricto cumplimiento del Marco legal de las APPs y contando con la opinión favorable de los entes competentes.*
>
> *Mi gestión, frente a un cierre financiero que a todas luces atentaba contra los intereses del Estado y las desventajas económicas y sociales de declarar la caducidad al contrato original, propone la modificación del contrato a través de una adenda, evitando así que se produzcan serios perjuicios económicos para el país.*
>
> *Además, el pronto inicio del Proyecto de construcción del Aeropuerto Internacional de Chinchero, es el cumplimiento del compromiso con el pueblo cusqueño de hacer realidad un anhelo esperado hace 40 años, que va*

[176] Memorial de las Demandantes, párr. 111; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 109; **Anexo C-29**, Oficio N.º 00331-2017-CG/DC, 22 de febrero de 2017.

[177] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 110; **Anexo C-31**, Acta de Acuerdo, Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 2 de marzo de 2017, párrs. 2.4, 3.2; **Anexo R-75**, Oficio N.º 0813-2017-MTC/25, 27 de febrero de 2017.

[178] Memorial de las Demandantes, párr. 113; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 110; **Anexo C-31**, Acta de acuerdo de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 2 de marzo de 2017, sección V.

[179] Memorial de las Demandantes, párr. 115; Réplica de las Demandantes, párr. 86.

contribuir con el desarrollo del Cusco y del Perú.

[…]

En conclusión, un análisis correcto para determinar el impacto de la suscripción de la Adenda N.º 1 al Contrato de Concesión debe considerar la comparación de los resultados de la Adenda N.º 1 frente a los resultados de la solicitud de aprobación del EGP que realizó el Concesionario, en el cual se concluye en un ahorro de US$ 587 millones.

[…]

Declarar una razón de interés público requiere un sustento firme y la firma de varios Ministros. Sin duda si existieran esas razones se podría invocar esa cláusula, en el caso del Aeropuerto "Chinchero" no había forma de configurar una situación legal de ese tipo.

Si fuera tan fácil como la pregunta sugiere cualquier contrato del Estado podría ser resuelto en cualquier momento.

Caducar un contrato en forma unilateral necesariamente pasa por el "CIADI" y si el sustento es débil las indemnizaciones a cargo del Estado serían lamentables para el erario nacional.[180].

176. Sin embargo, el 19 de mayo de 2017, la Contraloría emitió su informe definitivo sobre el Aeropuerto Chinchero (si bien no fue publicado hasta el 22 de mayo de 2017)[181]. En este informe, la Contraloría concluyó que la Adenda N.° 1 no cumplía con las normas aplicables a las asociaciones público-privadas y modificaba los términos de competencia que se establecieron en el concurso[182]. Las Partes no están de acuerdo respecto de los efectos del

[180] Memorial de las Demandantes, párrs. 116, 117; Réplica de las Demandantes, párr. 87; **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, Respuesta a las Preguntas N.º 1 y 2, págs. 15-17, y Pregunta N.º 10, pág. 23.

[181] Memorial de las Demandantes, párr. 119; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 112; Réplica de las Demandantes, párr. 93; **Anexo C-30**, Informe de Auditoría N.º 265-2017-CG/IMPROY-AC, 19 de mayo de 2017. El informe se publicó el 22 de mayo de 2017.

[182] Memorial de las Demandantes, párr. 119; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 112; **Anexo C-30**, Informe de Auditoría N.º 265-2017-CG/IMPROY-AC, 19 de mayo de 2017, Conclusiones (pág. 111 del PDF).

informe de la Contraloría y si, en particular, requería que Perú resolviera el Contrato de Concesión.

177. En la misma fecha en que se publicó el informe de la Contraloría, el Ministro Vizcarra se presentó en la televisión y declaró que "no estamos de acuerdo con esa posición [de la Contraloría]", y la Viceministra Molinelli indicó que el informe de la Contraloría era "político, poco serio" y que carecía de "sustento técnico y legal"[183].

178. A pesar de estas declaraciones, sin embargo, de acuerdo con las Demandantes, el 21 de mayo de 2017, la Viceministra Molinelli llamó al Sr. Vargas y le indicó que, como consecuencia del informe de la Contraloría, el MTC resolvería el Contrato de Concesión y le solicitó al Sr. Vargas si ellos podían anunciar que las Partes habían llegado a un arreglo para la resolución de mutuo acuerdo. Según las Demandantes, el Sr. Vargas se negó a aceptar este ofrecimiento[184]. Más tarde ese mismo día, el Ministro Vizcarra se presentó en televisión y declaró que "[d]espués de evaluar la posición del Congreso y de la Contraloría, les hemos hecho conocer [a Kuntur Wasi] que la voluntad y el deseo del Gobierno es dejar sin efecto este contrato y lanzarlo nuevamente"[185].

179. Un día después, el 22 de mayo de 2017, el Ministro Vizcarra renunció a su cargo de Ministro de Transporte y Comunicaciones[186]. Ese mismo día, el MEF publicó una comunicación en la que criticó severamente las conclusiones de la Contraloría. Según la opinión del MEF, la Adenda N.° 1 le ahorraría al Estado entre USD 245 y USD 340

[183] Réplica de las Demandantes, párr. 94; **Anexo C-120**, Clip de noticias de Buenos Días, Perú, "Vizcarra sobre Chinchero: Decidimos dejar sin efecto contrato que desde el inicio partió mal", 22 de mayo de 2017, minuto 1:04-1:16; **Anexo C-121**, Clip de noticias de *CANAL N*, "Viceministra Molinelli: Informe de Contraloría no tiene sustento técnico", minuto 00:04-00:09, 22 de mayo de 2017.

[184] Memorial de las Demandantes, párr. 124; **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 37.

[185] Memorial de las Demandantes, párr. 125; Réplica de las Demandantes, párr. 98; **Anexo C-35**, Artículo periodístico publicado por Semana Económica, "Aeropuerto de Chinchero: Ejecutivo dejará sin efecto contrato de concesión", 22 de mayo de 2017. *Ver también* **Anexo C-34**, Clip de noticias de Cuarto Poder, "Martín Vizcarra: "Chinchero va, pero el contrato no", 21 de mayo de 2017, minuto 9:13-9:32.

[186] Memorial de las Demandantes, párr. 126; **Anexo C-36**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "Martín Vizcarra renuncia al MTC tras dejar sin efecto contrato de Chinchero", 22 de mayo de 2017.

millones, y si bien cambió el esquema de pagos original, la Adenda N.° 1 mantendría la "asignación de riesgos" y el "equilibrio económico" del Contrato[187]:

> *1. La CGR afirma que la Adenda N.° 1 genera un perjuicio económico al Estado de US$ 40 millones. Sin embargo, por el contrario, la Adenda N.° 1 no genera un perjuicio económico, sino más bien un ahorro de costos para el Estado por los siguientes motivos: […]*
>
> *b. De la lectura del Informe de Auditoría se evidencia que el cálculo del perjuicio económico realizado por la CGR se basa en una comparación entre la Adenda N.° 1, con un documento interno de ProInversión (Modelo Económico), el cual, teniendo carácter Confidencial, no fue conocido por los postores ni recogido por el Contrato de Concesión. […]*
>
> *e. Utilizando la comparación correcta, la Adenda N.° 1 genera un ahorro estimado para el Estado de entre US$ 245 millones y US$ 340 millones.*
>
> *2. Pero incluso si tomamos como válida la comparación realizada por la CGR entre la Adenda N.°1 y el Modelo Económico, la tasa de descuento aplicada no refleja el costo de oportunidad para el Estado. Corrigiendo la tasa de descuento, la Adenda N.° 1 generaría un ahorro al Estado de US$ 56 millones y no un perjuicio de US$ 40 millones.*
>
> *3. La CGR observa que la Adenda N.° 1 altera el equilibrio económico financiero del contrato, basándose en que se traslada al Estado el riesgo financiero. Por el contrario la Adenda N.° 1 no modifica el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión por los siguientes motivos: […]*
>
> *c. Para mitigar dicho problema, la Adenda N.° 1 cambió el esquema de pagos, respetando la propuesta económica original, manteniendo el equilibrio económico financiero y suprimiendo los pagos excesivos por los intereses*[188].

[187] Memorial de las Demandantes, párr. 120; **Anexo C-78**, "Comunicado en relación a observaciones realizadas por la Contraloría", 22 de mayo de 2017, MEF.

[188] Réplica de las Demandantes, párr. 94; **Anexo C-185**, Artículo periodístico publicado por Agencia Peruana de Noticias Andina, "MEF: adenda sobre Chinchero genera ahorro económico y no perjuicio económico", 22 de mayo de 2017.

180. El 23 de mayo de 2017, el Presidente Kuczynski se presentó en televisión y anunció que no resolvería el Contrato de Concesión, sino que intentaría modificarlo con el fin de tomar en cuenta los comentarios recibidos de parte del Congreso y de la Contraloría[189].

181. El 25 de mayo de 2017, el Sr. Bruno Giuffra fue designado como nuevo Ministro de Transporte y Comunicaciones[190].

(2) Las negociaciones posteriores con el Ministro Giuffra

182. El 24 de mayo de 2017, el MTC le solicitó a Kuntur Wasi que extendiera la suspensión del Contrato de Concesión con el fin de permitir la implementación de las recomendaciones de la Contraloría incluidas en su informe del 19 de mayo de 2017[191].

183. El 31 de mayo de 2017, luego de una serie de intercambios entre las Partes respecto de si el informe de la Contraloría era vinculante, el MTC y Kuntur Wasi firmaron un acuerdo para extender la suspensión del Contrato de Concesión por un plazo adicional de 90 días, calculados a partir del 1 de junio de 2017[192]. A continuación, hubo una serie de reuniones y llamadas entre el Sr. Vargas y el Ministro Giuffra y otros miembros del Gobierno con el fin de renegociar los términos del Contrato de Concesión.

184. El 1 de junio de 2017, la oposición anunció que se presentaría una nueva moción en el Congreso para interpelar al Ministro Giuffra acerca de la decisión de extender la suspensión del Contrato de Concesión[193].

185. En la misma fecha, el Ministro Giuffra y el Sr. Vargas firmaron un documento que estableció lo que parecen haber sido los términos de la discusión que mantuvieron ese día (la "**Hoja de Ruta**"). En ese documento, las Partes acordaron que procurarían renegociar un número significativo de los términos del Contrato de Concesión, incluido el esquema

[189] **Anexo C-138**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "PPK afirma que aeropuerto de Chinchero "va adelante" pero con modificaciones", 23 de mayo de 2017.

[190] **Anexo C-37**, Resolución Suprema N.º 072-2017-PCM, 25 de mayo de 2017.

[191] Réplica de las Demandantes, párr. 100; **Anexos C-79**, Oficio N.º 2118-2017-MTC/25, 24 de mayo de 2017.

[192] Réplica de las Demandantes, párr. 103; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 118; **Anexo C-32**, Adenda al Acta de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 31 de mayo de 2017.

[193] Réplica de las Demandantes, párr. 105; **Anexo C-139**, Artículo periodístico publicado por Semana Económica, "Caso Chinchero: Acción Popular plantea interpelar al ministro Bruno Giuffra", 1 de junio de 2017.

de financiamiento y el plazo de la Concesión. La evidencia también demuestra que las Partes convinieron que, si las renegociaciones culminaban sin éxito, intentarían llegar a un arreglo para la resolución por mutuo acuerdo del Contrato[194].

186. Sin embargo, las Partes no coinciden en cuanto al modo en el que se desarrollaron los hechos en los días que siguieron. Para el Sr. Giuffra, hasta ese momento, la posición de Perú era la de intentar renegociar el Contrato de Concesión con Kuntur Wasi. El punto de inflexión tuvo lugar cuando el Sr. Vargas comunicó que Kuntur Wasi necesitaría un plazo adicional como mínimo de seis meses para obtener el financiamiento para el Proyecto. Cuando fue interrogado por los Abogados de las Demandantes en la Audiencia, el Sr. Giuffra dijo que no recordaba exactamente cuándo había tenido lugar esa conversación[195]. El Sr. Giuffra explicó que ese plazo de seis meses habría presentado una demora significativa para el Proyecto y era inaceptable para la Demandada, dado que Kuntur Wasi ya había tenido tres años desde la celebración del Contrato de Concesión para obtener el financiamiento. El Sr. Giuffra además explicó que la solicitud de Kuntur Wasi era un indicio para la Demandada de que Kuntur Wasi no sería capaz de obtener el financiamiento para el Proyecto y, por lo tanto, seguir con los esfuerzos de renegociación habría sido en vano[196].

187. Por otra parte, las Demandantes hacen referencia al anuncio del 2 de junio de 2017, por parte del Congresista Lescano, quien declaró que, según cual fuera la decisión del Gobierno con respecto a Kuntur Wasi, interpelaría al Ministro Giuffra[197]. De acuerdo con las Demandantes, este anuncio derivó en una conversación telefónica mantenida el 3 de junio de 2017 (es decir, dos días después de la Hoja de Ruta), entre el Ministro Giuffra y el Sr. Vargas, en la cual el primero le informó a Kuntur Wasi que el MTC daría por terminado el Contrato de Concesión por mutuo acuerdo porque la "la tensión política entre el Poder Ejecutivo, por un lado, y el Poder Legislativo y la Contraloría, por otro, era

[194] **Anexo R-16**, Carta del Ministro Giuffra a Kuntur Wasi, 1 de junio de 2017; Transcripción, Día 5 (Español), 991-992.

[195] Transcripción, Día 5 (Español), 1043:3-6.

[196] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 121, 122; **Anexo RWS-1**, Primera Declaración de Giuffra, párrs. 9-11; Transcripción, Día 5 (Español), 993-994:1.

[197] Réplica de las Demandantes, párrs. 111, 112.

insostenible"[198]. El Sr. Giuffra niega que la decisión de la resolución se debiera a motivos políticos, y argumenta que se basó exclusivamente en aspectos técnicos y formales en virtud de las circunstancias del caso[199].

188. El 4 de junio de 2017, el Ministro Giuffra anunció en televisión y por medio de un comunicado del MTC que "Kuntur Wasi no participar[ía] en la construcción y operación del aeropuerto internacional de Chinchero" y que Kuntur Wasi y el MTC habían acordado "ir por la ruta del mutuo disenso"[200].

(3) Notificación de resolución formal del MTC del 13 de julio de 2017

189. Luego del anuncio antes mencionado, el MTC, incluido el Ministro Giuffra, y la gerencia de Kuntur Wasi se reunieron en varias ocasiones para discutir los términos para la resolución del Contrato de Concesión. En esas reuniones, las Partes discutieron los gastos en los que Kuntur Wasi había incurrido en el desarrollo del Proyecto y la devolución del área de Concesión[201]. Según las Demandantes, en esas reuniones el Ministro Giuffra amenazó a Corporación América y Andino con que sus demás concesiones en el país estarían en riesgo si no llegaban a un acuerdo con Perú[202].

190. El 13 de julio de 2017, a solicitud del MTC[203], el MINCETUR y el MTC emitieron informes, que confirmaron el interés público en la construcción del Aeropuerto

---

[198] **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 42. *Ver también* Memorial de las Demandantes, párr. 133; Réplica de las Demandantes, párrs. 29, 112; **Anexo CWS-6**, Segunda Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 30.

[199] Transcripción, Día 5 (Español), 994:2-19.

[200] Memorial de las Demandantes, párr. 133; **Anexo C-40**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "Gobierno y Kuntur Wasi acordaron resolver contrato por Chinchero, anuncia Giuffra", 4 de junio de 2017. Se adjunta a este artículo periodístico un comunicado del MTC en el que anuncia la terminación del Contrato por mutuo acuerdo.

[201] Memorial de las Demandantes, párr. 134; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 61; **Anexo CWS-2**, Primera Declaración de Barrenechea, párr. 54; **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 45; Transcripción, Día 5 (Español), 994:20-996:10.

[202] Memorial de las Demandantes, párr. 135; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párr. 61; **Anexo CWS-2**, Primera Declaración de Barrenechea, párr. 54; **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 45.

[203] **Anexo R-17**, Oficio N.º 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión de MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto

Internacional Chinchero. Hay desacuerdo entre las Partes respecto de si estos informes constituyen fundamentos suficientes para justificar la decisión de Perú de resolver unilateralmente el Contrato en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 15.5.1. Las Demandantes argumentan que estos informes simplemente analizan *in abstracto* si el Aeropuerto Chinchero es un proyecto de interés público, pero no analizan si existieron razones de interés público para justificar la resolución unilateral del Contrato[204]. Por el contrario, la Demandada sostiene que el motivo de interés público para resolver el Contrato fue precisamente la necesidad de interés público de construir el Nuevo Aeropuerto[205].

- Informe MINCETUR 016-2017: El MINCETUR determinó que la construcción del Aeropuerto Internacional Chinchero era de interés público[206];

- Informe MTC N.º 0347-2017-MTC/12.08: Este informe también estableció que era necesario y de interés público construir el Aeropuerto Internacional Chinchero[207]; e

- Informe MTC N.º 0567-2017-MTC: También este informe concluyó que la construcción del Aeropuerto Internacional Chinchero dentro de los plazos contemplados originalmente era de interés público[208].

191. Las Demandantes también cuestionan el momento en el que estos informes fueron emitidos. Las Demandantes argumentan que el MTC solicitó informes el 12 de julio de

Chinchero, 12 de julio de 2017; **Anexo R-18**, Memorándum N.º 0524-2017-MTC-12.08, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 0347-2017-MTC/12.08, Opinión del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017; **Anexo R-19**, Memorándum N.º 3410-2017-MTC/25, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 0567- 2017-MTC/25, Opinión legal del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017.

[204] Réplica de las Demandantes, párrs. 128-131.

[205] Dúplica de la Demandada, párr. 152.

[206] **Anexo R-17**, Oficio N.º 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión del MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 12 de julio de 2017, pág. 10.

[207] **Anexo R-18**, Memorándum N.º 0524-2017-MTC-12.08, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 0347-2017-MTC/12.08, Opinión del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017, pág. 6.

[208] **Anexo R-19**, Memorándum N.º 3410-2017-MTC/25, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.º 0567-2017-MTC/25, Opinión legal del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017, págs. 2, 4.

2017, es decir, un día antes de que fueran emitidos y de la notificación por parte de Perú de su decisión de resolver unilateralmente el Contrato[209]. La Demandada declara que la solicitud se efectuó formalmente el 12 de julio de 2017, pero los equipos del MTC y el MINCETUR habían discutido el contenido de los informes ya semanas antes de la resolución[210].

192. El mismo día, 13 de julio de 2017, Perú notificó a Kuntur Wasi su decisión "unilateral e irrevocable" de resolver el Contrato de Concesión por "razones de interés público". La notificación establecía lo siguiente:

> *[E]n la actual situación no es posible concretar la ejecución del Proyecto en la forma y oportunidad originalmente previstas, lo cual pone en peligro el logro de la finalidad pública de alto interés nacional de dotar al Cusco de un nuevo aeropuerto internacional.*
>
> *En este escenario, la solución que se encuentra más acorde con los intereses públicos involucrados es la resolución unilateral del Contrato AICC prevista en el numeral 15.5.1 del mismo*[211].

193. Dado que el Contrato de Concesión estableció que la resolución unilateral tendría efecto seis meses luego de que el MTC notificara sobre la resolución a Kuntur Wasi, la resolución del Contrato surtió efecto el 13 de enero de 2018[212].

F. HECHOS QUE TUVIERON LUGAR LUEGO DE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN EJERCIDA POR PERÚ

(1) Trato Directo

194. El 18 de julio de 2017, Kuntur Wasi le envió una carta al MTC en la que rechazó formalmente la decisión del MTC de resolver unilateralmente el Contrato de Concesión. La carta expresó que el MTC no había explicado las razones, de haber alguna, de interés público que justificaban la resolución del Contrato. La carta también fue una notificación

[209] Réplica de las Demandantes, párrs. 133-135.

[210] Dúplica de la Demandada, párr. 151.

[211] **Anexo C-44**, Oficio N.º 142-2017-MTC/01, 13 de julio de 2017, pág. 2.

[212] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.9; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 131.

de disputa con respecto a la resolución unilateral del Contrato y solicitó el inicio del período de Trato Directo en el marco de la Cláusula 16.5.3[213]. En esa misma carta, Kuntur Wasi solicitó a Perú el inicio de consultas amistosas conforme al Artículo 10 del TBI. Corporación América solicitó a Perú iniciar consultas amistosas el 11 de septiembre de 2017[214].

195. El Trato Directo entre Kuntur Wasi, Corporación América y Perú comenzó el 13 de septiembre de 2017[215].

196. El 21 de diciembre de 2017, el MTC solicitó a Kuntur Wasi que devolviera el área de Concesión al Estado[216]. El 28 de diciembre de 2017, Perú pidió una prórroga del plazo límite para el Trato Directo hasta el 4 de marzo de 2018[217].

197. El 9 de enero de 2018, Kuntur Wasi respondió a la solicitud del MTC de fecha 21 de diciembre de 2021, y se negó a devolver el área de Concesión al MTC porque, según la opinión de Kuntur Wasi, el Contrato de Concesión aún se encontraba vigente[218]. Ese mismo día, Kuntur Wasi aceptó la solicitud de Perú de prorrogar el plazo para las negociaciones[219].

198. Para la Demandada, a estas alturas, las discusiones no versaban sobre el modo de avanzar con Kuntur Wasi para que llevara adelante el Proyecto, sino sobre la determinación de los montos que debían pagarse a Kuntur Wasi en relación con la resolución del Contrato[220]. Las Demandantes, por otro lado, explican que las Partes todavía estaban negociando el

[213] **Anexo C-45**, Carta N.º 091-2017-KW, 18 de julio de 2017; Memorial de las Demandantes, párr. 141; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 133.

[214] **Anexo C-47**, Carta de Corporación América al MEF y al MTC, 11 de septiembre de 2017.

[215] **Anexo C-81**, Carta N.º 101-2017-KW, 13 de septiembre de 2017; Memorial de las Demandantes, párr. 142; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 133.

[216] **Anexo C-82**, Oficio N.º 5379-2017-MTC/25, 21 de diciembre de 2017, pág. 1; Memorial de las Demandantes, párr. 143; Réplica de las Demandantes, párr. 157.

[217] **Anexo C-83**, Oficio N.º 285-2017-EF/CE-36, 28 de diciembre de 2017; Memorial de las Demandantes, párr. 143; Réplica de las Demandantes, párr. 157.

[218] **Anexo C-84**, Carta N.º 005-2018-KW, 9 de enero de 2018; Memorial de las Demandantes, párr. 144; Réplica de las Demandantes, párr. 157.

[219] **Anexo C-85**, Carta N.º 004-2018-KW, 9 de enero de 2018; Memorial de las Demandantes, párr. 144; Réplica de las Demandantes, párr. 157.

[220] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 136.

modo de avanzar con el Proyecto, y que el Estado peruano actuó de manera inconsistente al solicitar por un lado la devolución del área de Concesión y por el otro la prórroga del plazo límite para las negociaciones[221].

199. El 12 de enero de 2018, Perú reiteró su solicitud de que Kuntur Wasi devolviera el área de Concesión e informó a Kuntur Wasi que los representantes del MTC viajarían al área de Concesión, junto con un notario público, el 16 de enero de 2018 para que se efectuara la devolución de esa área[222].

200. De acuerdo con la Demandada, hacia principios del mes de enero de 2018, el Sr. Vargas llamó al Ministro Giuffra para informarle que Kuntur Wasi estaba lista para devolver el área de Concesión. La Demandada explica que como consecuencia de ese llamado el Ministro Giuffra organizó un viaje, junto con su Viceministro, para recibir personalmente la devolución del área de Concesión[223].

201. El 15 de enero de 2018, Kuntur Wasi respondió y le informó a Perú que no devolvería el área de Concesión porque la resolución del Contrato era "indebida, inválida e ineficaz"[224].

202. El 16 de enero de 2018, los representantes del MTC, un notario público y uno de los representantes de Kuntur Wasi (Dr. Abel Flores) se reunieron en el área de Concesión. De acuerdo con la Demandada, ellos asistieron a la reunión porque Kuntur Wasi les había hecho creer que devolvería el área de Concesión. Sin embargo, en la reunión, el representante de Kuntur Wasi, el Dr. Flores, se negó a firmar los documentos necesarios para el intercambio y devolver el área en cuestión[225].

[221] Memorial de las Demandantes, párr. 143.

[222] **Anexo C-86**, Oficio N.º 200-2018-MTC/25, 12 de enero de 2018; Memorial de las Demandantes, párr. 145.

[223] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 139.

[224] **Anexo C-87**, Carta N.º 007-2018-KW, 15 de enero de 2018; Memorial de las Demandantes, párr. 145; Réplica de las Demandantes, párr. 159.

[225] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 139, 140; Memorial de las Demandantes, párr. 146.

203. Poco tiempo después, el 18 de enero de 2018, Perú notificó a Kuntur Wasi que el Trato Directo había finalizado[226].

204. El 19 de enero de 2018, el MTC le escribió a Kuntur Wasi reiterando su solicitud respecto de la devolución del área de Concesión y amenazó con iniciar acciones legales si Kuntur Wasi se mantenía en su posición de retener el área en cuestión[227]. El 22 de enero de 2018, Kuntur Wasi una vez más se negó a cumplir con la solicitud del MTC y solicitó a Perú que subsanara una serie de incumplimientos en el marco del Contrato[228].

205. El 25 de enero de 2018, la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversiones le envió una carta formal a Kuntur Wasi en respuesta a su carta del 22 de enero de 2018, en la cual la Comisión le explicó que el MTC se había visto obligado a dar por terminado el Trato Directo porque el Estado ya no confiaba en que Kuntur Wasi negociaría de buena fe[229].

(1) Resolución ejercida por Kuntur Wasi por incumplimiento del Contrato de Concesión

206. Finalmente, el 7 de febrero de 2018, Kuntur Wasi envió una carta formal al MTC y le informó sobre la resolución del Contrato de Concesión por incumplimiento contractual por parte del MTC[230]. El 8 de febrero de 2018, Kuntur Wasi devolvió el área de Concesión a Perú[231].

(2) Perú encuentra otro concesionario

207. En 2018, el MTC aprobó el procedimiento de concurso público a fin de seleccionar una empresa para que llevara adelante el Proyecto Aeropuerto Chinchero. El MTC dividió el

[226] **Anexo C-48**, Oficio N.º 010-2018-EF/CE-36, 18 de enero de 2018; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 141; Réplica de las Demandantes, párr. 161.

[227] **Anexo C-125**, Oficio N.º 020-2018-MTC/12, 19 de enero de 2018; Memorial de las Demandantes, párr. 148.

[228] **Anexo C-88**, Carta N.º 014-2018-KW, 22 de enero de 2018; Memorial de las Demandantes, párr. 148.

[229] **Anexo R-70**, Oficio N.º 013-2018- EF/CE-36, 25 de enero de 2018.

[230] Memorial de las Demandantes, párrs. 149, 460; Réplica de las Demandantes, párr. 163; **Anexo C-89**, Carta N.º 018-2018-KW, 7 de febrero de 2018.

[231] **Anexo C-126**, Acta de reversión de los Bienes de la Concesión del Nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco, 8 de febrero de 2018.

Proyecto en dos etapas: en la Etapa 1 se realizarían las obras necesarias de movimiento de tierras; la Etapa 2 comprendería la construcción del aeropuerto[232].

208. El 12 de noviembre de 2018, finalizó el concurso con la selección de la empresa Altesa Contratistas Generales, S.A. para completar las obras de movimiento de tierras por una suma de aproximadamente USD 10 millones[233]. La Etapa 1 finalizó el 14 de octubre de 2019[234].

209. Con respecto a la Etapa 2 del Proyecto, el 24 de octubre de 2019, el Gobierno de Perú firmó un "Contrato de Asistencia Técnica" de Estado a Estado con el Gobierno de Corea del Sur para la construcción del Proyecto[235]. En virtud de este contrato, Corea del Sur (i) analizará y revisará el estudio de ingeniería preparado por Kuntur Wasi; (ii) brindará asesoramiento para el proceso de selección de un contratista nuevo; (iii) prestará asistencia en la gestión de contratos del Proyecto; y (iv) brindará ayuda en el inicio de las operaciones en el Aeropuerto[236]. De acuerdo con la Demandada, se espera que la construcción del nuevo Aeropuerto Internacional Chinchero quede concluida para el año 2024[237].

(3) Investigaciones penales contra empleados de Kuntur Wasi y de Corporación América

210. Poco tiempo después de la firma de la Adenda N.° 1, el 10 de febrero de 2017, el MTC solicitó a la Fiscalía que iniciara una investigación sobre los hechos vinculados a la

[232] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 142, 143.

[233] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 143; **Anexo R-48**, "Ayuda Memoria" de MTC, 9 de enero de 2020, párr. 7; **Anexo R-49**, Artículo periodístico publicado por RPP Noticias, "Aeropuerto Chinchero: Movimiento de tierras iniciará en diciembre", 13 de noviembre de 2018, pág. 2. El monto en dólares estadounidenses se calculó al tipo de cambio de 1:0,28855 (PEN:USD). *Ver* **Anexo R-50**, Conversor de Divisas Oanda, disponible en www1.oanda.com/currency/converter.

[234] **Anexo R-48**, "Ayuda Memoria" de MTC, 9 de enero de 2020, pág. 3; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 143.

[235] **Anexo R-48**, "Ayuda Memoria" de MTC, 9 de enero de 2020, pág. 5; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 145.

[236] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 145; **Anexo R-48**, "Ayuda Memoria" de MTC, 9 de enero de 2020, pág. 5.

[237] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 146.

suscripción del Contrato de Concesión, a raíz de las conclusiones de la Contraloría en el informe del 22 de febrero de 2017[238].

211. El 3 de marzo de 2017, la Procuraduría Anticorrupción solicitó a la Fiscalía que las investigaciones se ampliaran para contemplar los hechos que llevaron a la suscripción de la Adenda N.° 1 y que se investigara a todos los involucrados con la Adenda N.° 1, incluido el Ministro Vizcarra, así como también los funcionarios de Kuntur Wasi y de Corporación América[239].

212. Como resultado de estas investigaciones, en marzo de 2017, los representantes de Kuntur Wasi debieron entregar los siguientes documentos al Procurador General: (i) registro de acciones de Kuntur Wasi; (ii) actas de reuniones del directorio; (iii) actas de asambleas de accionistas; (iv) inventarios y balances correspondientes a los ejercicios desde 2014 hasta 2016; (v) planillas; (vi) registros de compras desde 2014 hasta 2017; (vii) registros de ventas correspondientes a los ejercicios desde 2014 hasta 2017; (viii) el libro diario de la sociedad correspondiente al período desde 2014 hasta 2017; y (ix) el libro mayor general de la sociedad correspondiente al mismo período[240]. También en marzo de 2017, la Fiscalía ordenó el allanamiento de las oficinas de Kuntur Wasi[241]. Más tarde ese mismo año, la Fiscalía solicitó que se levantara el derecho al secreto bancario de Kuntur Wasi [redacted][242].

213. El 10 de octubre de 2017, la Fiscalía decidió ampliar el alcance de las investigaciones preliminares [redacted] para incluir posibles delitos de lavado de dinero[243].

---

[238] **Anexo C-128**, Video publicado por Diario Correo, "Procuraduría del MTC lleva caso Chinchero a la Fiscalía", 24 de febrero de 2017; **Anexo C-127**, Artículo periodístico publicado por GESTIÓN, "Vizcarra: denunciaremos a los funcionarios que realizaron el primer contrato de Chinchero", 9 de febrero de 2017; Memorial de las Demandantes, párrs. 150, 151.

[239] **Anexo C-129**, Artículo periodístico publicado por GESTIÓN, "Procuraduría Anticorrupción denunció a Vizcarra por adenda de Chinchero", 4 de marzo de 2017; Memorial de las Demandantes, párr. 152; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 148, 149.

[240] Memorial de las Demandantes, párrs. 162, 658.

[241] Memorial de las Demandantes, párr. 163.

[242] Memorial de las Demandantes, párr. 164.

[243] Memorial de las Demandantes, párr. 155.

214. Sin embargo, [redacted] apelaron ante los juzgados peruanos a fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales sobre la base de que la solicitud no contaba con los motivos suficientes conforme lo exigen las leyes en materia penal de Perú[244]. Tanto el juzgado de primera instancia como la sala de apelaciones confirmaron, en enero de 2018, que se habían violado los derechos [redacted], e intimó al Fiscal a explicar con mayor detalle los hechos, las circunstancias y las consecuencias legales de los eventos que se estaban investigando[245].

215. En febrero de 2018, un mes antes de que el Ministro Vizcarra se convirtiera en Presidente, se archivaron las investigaciones penales en su contra[246].

216. El 31 de enero de 2019, [redacted] fue convocado a dar testimonio en el procedimiento penal; [redacted] prestó testimonio el 21 de enero de 2019, y [redacted] lo hizo el 24 de abril y el 11 de junio de 2019[247].

217. El 23 de agosto de 2019, la Fiscalía decidió cerrar la investigación relacionada con el Contrato de Concesión, pero decidió inciar formalmente investigaciones preliminares en contra del [redacted] con respecto a la Adenda N.° 1 bajo el cargo de "colusión"[248]. El Fiscal también decidió remitir la investigación sobre lavado de dinero a la Fiscalía Especializada en Delitos de Lavado de Activos[249].

---

[244] Memorial de las Demandantes, párr. 157; **Anexo C-130**, Expediente [redacted].

[245] **Anexo C-130**, Expediente [redacted]; **Anexo C-163**, [redacted]; Memorial de las Demandantes, párrs. 158-160.

[246] **Anexo C-28**, [redacted]; Memorial de las Demandantes, párr. 169.

[247] Memorial de las Demandantes, párr. 165.

[248] Memorial de las Demandantes, párr. 166 en referencia al **Anexo C-131**, [redacted] **Anexo C-132**, [redacted]. El Anexo C-131 y el Anexo C-132 son el mismo documento.

[249] Memorial de las Demandantes, párr. 167; Réplica de las Demandantes, párr. 169; **Anexo C-131**, [redacted] **Anexo R-55**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, [redacted].

218. Además, como parte de las investigaciones preliminares, a ciertos funcionarios de Kuntur Wasi [redacted], quienes requerían autorización judicial para viajar, se les exigió que se presentaran en forma periódica ante la Fiscalía y abonaran una caución con el fin de garantizar que no se fugarían durante la investigación[250].

219. El 16 de enero de 2020, la Fiscalía archivó la investigación en contra de Kuntur Wasi y de los representantes de Corporación América[251].

IV. JURISDICCIÓN

220. Perú alega que el Tribunal carece de jurisdicción sobre **(A)** los reclamos relativos al TBI, porque Kuntur Wasi (es decir, Sociedad Aeroportuaria Kuntur Wasi S.A.) no está controlada por una sociedad argentina y, por lo tanto, no es un inversor argentino en virtud del TBI ni en virtud del Convenio del CIADI, de modo tal que no puede ser demandante en este arbitraje; y **(B)** los reclamos relativos al contrato, porque Corporación América —el único inversor extranjero legitimado para presentarse ante este Tribunal— no es parte ni del Contrato de Concesión ni del Contrato de Garantía, y Kuntur Wasi —que es parte en dichos contratos y puede presentar reclamos relacionados con ellos— no es propiamente demandante en este arbitraje.

A. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LOS RECLAMOS RELATIVOS AL TRATADO FORMULADOS POR KUNTUR WASI

(1) La posición de las Partes

a. La posición de la Demandada

221. La primera objeción que opone la Demandada a la jurisdicción se relaciona con la legitimación de Kuntur Wasi para efectuar reclamos en virtud del TBI. En particular, la Demandada sostiene que las Demandantes no han logrado probar que Kuntur Wasi —una

[250] Memorial de las Demandantes, párrs. 168, 659, 660.

[251] **Anexo R-55**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, [redacted]

entidad peruana— sea un inversionista protegido en virtud del TBI y el Convenio del CIADI en razón del control extranjero[252].

222. De acuerdo con las alegaciones de la Demandada, tanto el Convenio del CIADI como el TBI permiten a una sociedad peruana iniciar un procedimiento de arbitraje ante el CIADI para resolver una disputa con Perú solo cuando las demandantes pueden probar la existencia de "control extranjero" real o efectivo[253]. El control puede existir ya sea en razón del porcentaje de participación accionaria, derechos legales conferidos mediante instrumentos o acuerdos, o una combinación de ambos, y derechos de voto específicos que la participación accionaria confiera[254].

223. La Demandada reconoce que la mención del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI en el Contrato de Concesión y en el Contrato de Garantía indica que al momento de la firma, las Partes acordaron atribuirle a Kuntur Wasi el carácter de nacional extranjero a los fines del Convenio del CIADI[255]. No obstante, la Demandada sostiene que las Demandantes deben probar tanto que Kuntur Wasi es efectivamente controlada por Corporación América como que Perú prestó consentimiento para atribuir a Kuntur Wasi el carácter de empresa argentina a los fines del Convenio del CIADI y del TBI[256].

224. De acuerdo con las alegaciones de la Demandada, las Demandantes no han podido probar el control a través de los argumentos presentados. En primer lugar, la Demandada alega que el "control negativo" o poder de veto no es suficiente para establecer el control extranjero[257]. Según la Demandada, tener poder de veto solo significa que Kuntur Wasi no

[252] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 154.

[253] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 155, 156.

[254] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 159-161.

[255] Dúplica de la Demandada, párr. 203.

[256] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 157, 163, donde cita el **Anexo RL-9**, *Vacuum Salt Products Limited c. República de Ghana*, Caso CIADI N.º ARB/92/1, Laudo, 16 de febrero de 1994 (en adelante, *Vacuum Salt c. Ghana*), párr. 36 ("[E]l acuerdo de las partes de atribuir a la Demandante el carácter de nacional extranjero 'por estar sometida a control extranjero' no otorga jurisdicción de pleno derecho") [Traducción del Tribunal]; **Anexo RL-10**, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2001 (en adelante, *Autopista c. Venezuela*), párrs. 110-126 (al establecer si el propietario estadounidense de una sociedad venezolana de hecho controlaba dicha sociedad sin perjuicio del acuerdo de las partes de tratar a dicha sociedad como una sociedad extranjera a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI); Dúplica de la Demandada, párr. 201.

[257] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 165.

puede tomar decisiones societarias sin el acuerdo y el consentimiento tanto de Andino como de Corporación América, y por lo tanto, ninguno de ellos "controla efectivamente" a la sociedad en los términos del TBI. En opinión de la Demandada, el estándar de control del derecho internacional aplicable a esta disputa exige un poder afirmativo para gobernar y administrar la sociedad local (y no el mero derecho de veto respecto de ciertas decisiones) [258].

225. Las principales alegaciones de la Demandada contra el supuesto control de Corporación América sobre Kuntur Wasi son las siguientes[259]:

a. Corporación América no tiene una participación accionarial de control en Kuntur Wasi: Corporación América ha mantenido en todo momento el mismo porcentaje de acciones que Andino y ha designado siempre la misma cantidad de directores[260]. Incluso de acuerdo con los documentos constitutivos de Kuntur Wasi, el 50% de los votos no resulta suficiente para adoptar decisiones societarias significativas, las que requieren una mayoría calificada del 67% de las acciones con derecho a voto en las asambleas de accionistas[261].

b. La falta de autoridad de Corporación América para controlar las decisiones societarias de Kuntur Wasi: Las decisiones del Directorio requerían la aprobación de tres de los cuatro directores, en tanto que Corporación América solo tenía la facultad de designar dos directores. Por consiguiente, las decisiones significativas de la sociedad requerirían la aprobación por parte de los directores de Andino, lo que demuestra que Corporación América nunca tuvo la facultad de controlar las decisiones societarias de Kuntur Wasi[262].

c. La falta de control gerencial u operativo de Corporación América sobre Kuntur Wasi en cualquier nivel[263]: La Demandada alega que el hecho de que Corporación América

[258] Dúplica de la Demandada, párrs. 205 y ss.
[259] Dúplica de la Demandada, párr. 203.
[260] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 165.
[261] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 166.
[262] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 166.
[263] Dúplica de la Demandada, párrs. 231 y ss.

tuviera el conocimiento técnico y la experiencia para desarrollar el Proyecto Aeropuerto Chinchero, y que Kuntur Wasi no habría sido elegida en el concurso sin Corporación América carece de peso legal y no constituye prueba suficiente de control tal como se lo define en el Convenio del CIADI o en el TBI[264]. Asimismo, incluso de acuerdo con los argumentos de las propias Demandantes, las dos personas que mayor responsabilidad tenían en el progreso del Proyecto eran el Sr. Arruda y el Sr. Mobilia, ambos empleados de Corporación América, y quienes evidentemente no tenían rol alguno en Kuntur Wasi (como gestionar o dirigir a empleados de Kuntur Wasi), ni llevaban a cabo acciones en nombre de Kuntur Wasi.

Más bien, los hechos demuestran que era Andino quien administraba Kuntur Wasi, ya que Andino: (i) identificó el Proyecto Aeropuerto Chinchero; (ii) seleccionó a Corporación América como su socia; (iii) recomendó que el Sr. José Balta, Gerente de Finanzas de Andino en ese momento, se desempeñara como el Gerente General de Kuntur Wasi; (iv) desarrolló las relaciones de Kuntur Wasi con el Estado peruano; y (v) el Sr. Vargas, Director Ejecutivo (CEO) de Andino, se desempeñó como Presidente del Directorio de Kuntur Wasi[265].

226. Según la Demandada, si una sociedad extranjera "controlase" a una sociedad local a través de su conocimiento técnico y experiencia, como sostienen las Demandantes, la sociedad extranjera debería emplear ese conocimiento técnico y experiencia para gestionar o dirigir el accionar de la sociedad local. En otras palabras, la sociedad "controlante" debe prestar su experiencia a la sociedad local, por ejemplo, mediante la designación de gerentes o directores para que dirijan a la sociedad local, y aprovechar así la experiencia de la empresa controlante[266]. No obstante, en este caso, las Demandantes no han presentado pruebas que demuestren que Corporación América de hecho ejerció influencia sobre la administración de Kuntur Wasi[267].

[264] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 167.

[265] Dúplica de la Demandada, párr. 235.

[266] Dúplica de la Demandada, párr. 236.

[267] Dúplica de la Demandada, párr. 244.

227. Asimismo, de acuerdo con la Demandada, las Demandantes no han identificado un solo caso en el que un tribunal haya determinado que un inversor extranjero controlaba a una sociedad local a través del conocimiento técnico, la experiencia y la administración en el que la sociedad extranjera (i) no tenía una participación accionaria mayoritaria en la sociedad local; y (ii) no nombraba a la mayoría de los miembros del directorio de la sociedad local[268].

228. La Demandada también niega que el Protocolo del TBI, en el que se apoyan las Demandantes, sirva para respaldar el argumento de las Demandantes sobre la jurisdicción[269]. En particular, la Demandada alega que el Protocolo del TBI indica que es posible establecer la existencia de control, entre otros hechos, cuando hay "un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una persona jurídica que permita un control efectivo tal como, en particular, una participación en el capital superior a la mitad"[270]. Sin embargo, Corporación América posee solo el 50% de las acciones de Kuntur Wasi, participación que no es "superior a la mitad".

229. Otro hecho que indica la existencia de control según el Protocolo del TBI es "la posesión directa o indirecta de la cantidad de votos que permita tener una posición determinante en los órganos societarios o influir de manera decisiva en el funcionamiento de la persona jurídica"[271]. En este caso, no puede considerarse que la participación del 50% otorga una posición determinante puesto que el otro accionista, Andino, posee la misma cantidad de acciones, y por lo tanto Corporación América no tiene el poder de "influir de manera decisiva" sobre la operación de Kuntur Wasi.

[268] Dúplica de la Demandada, párrs. 237-243.

[269] Dúplica de la Demandada, párrs. 224 y ss.

[270] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 161.

[271] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 162. La Demandada sostiene que la composición del Directorio refleja esta igualdad de poder (dos directores por cada accionista, en tanto las resoluciones requieren la aprobación de tres directores).

230. En consecuencia, la Demandada alega que el único inversor extranjero y Demandante legítimo con derecho a comparecer ante este Tribunal es Corporación América, y que Kuntur Wasi debe ser desestimada del proceso[272].

b. La posición de las Demandantes

231. Las Demandantes alegan que el Tribunal tiene jurisdicción para conocer y resolver los reclamos relativos al tratado presentados por las Demandantes así como sobre los reclamos de Kuntur Wasi que surgen en relación con el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía[273]. En opinión de las Demandantes, la jurisdicción del Tribunal respecto de los reclamos de Kuntur Wasi encuentra fundamento en los Artículos 1(2)(c) y 10 del TBI, el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI y la Cláusula 16.6.1 del Contrato de Concesión[274].

232. En cuanto a la objeción formulada por la Demandada respecto de la jurisdicción sobre los reclamos de Kuntur Wasi relativos al tratado, las Demandantes sostienen que Kuntur Wasi cumple los requisitos para incoar un reclamo en virtud del Artículo 10 del TBI, en particular porque:

(i) la controversia se relaciona con las inversiones protegidas de Kuntur Wasi y los incumplimientos del TBI por parte de Perú [275];

(ii) la controversia surge entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante[276]. Según las Demandantes, Kuntur Wasi es un inversor protegido porque, si bien es una entidad constituida en virtud de las leyes de Perú, está efectivamente controlada por Corporación América, una persona jurídica argentina[277];

[272] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 170.
[273] Memorial de las Demandantes, párrs. 170 y ss.
[274] Memorial de las Demandantes, párrs. 172, 177, 183, 190.
[275] Memorial de las Demandantes, párr. 199.
[276] Memorial de las Demandantes, párr. 200.
[277] Memorial de las Demandantes, párr. 201.

(iii) Kuntur Wasi respetó el período de seis meses para resolver de forma amigable la controversia (la disputa se notificó el 18 de julio de 2017 y la Solicitud de Arbitraje se presentó el 21 de junio de 2018)[278], y

(iv) Kuntur Wasi no ha llevado la controversia ante los tribunales locales[279].

233. Las Demandantes también sostienen que Kuntur Wasi cumple los requisitos establecidos en el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI porque:

(i) hay una diferencia de naturaleza jurídica entre las Partes que surge directamente del Contrato de Concesión, el Contrato de Garantía y el TBI[280];

(ii) tanto Perú como Kuntur Wasi otorgaron su consentimiento para someter las diferencias relativas al TBI y las diferencias en virtud del Contrato de Concesión al CIADI[281]; y

(iii) la diferencia surge entre Perú, que es un Estado Contratante del Convenio del CIADI, y Kuntur Wasi, a quien Perú acordó atribuir el carácter de "nacional de otro Estado"[282] a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI por estar sometida a control extranjero[283].

234. En cuanto al elemento de "control" en virtud del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, las Demandantes reconocen que les corresponde demostrar *tanto* que el Estado receptor ha acordado atribuir a las entidades constituidas localmente que son controladas por nacionales extranjeros el carácter de inversores protegidos (criterio subjetivo) *como* que la entidad local, está, de hecho, sometida a control extranjero (criterio objetivo)[284].

235. Con respecto al criterio subjetivo, las Demandantes sostienen, sobre la base del dictamen del profesor Schreuer, que Perú acordó atribuir a Kuntur Wasi el carácter de inversor

[278] Memorial de las Demandantes, párr. 202
[279] Memorial de las Demandantes, párr. 203.
[280] Memorial de las Demandantes, párr. 186.
[281] Memorial de las Demandantes, párr. 188.
[282] Memorial de las Demandantes, párr. 192; **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cl. 16.6.1(b).
[283] Memorial de las Demandantes, párrs. 187, 206.
[284] Memorial de las Demandantes, párr. 211; Réplica de las Demandantes, párr. 193.

extranjero mediante la Cláusula 16.6.1(b)(i) del Contrato de Concesión, la Cláusula 3 del Contrato de Garantía y el Artículo 1(2)(c) del TBI[285]. A lo largo de sus presentaciones, las Demandantes han ido modificando su posición respecto del valor legal de la Cláusula 16.6.1 del Contrato de Concesión. Al principio, las Demandantes —en función del dictamen del profesor Schreuer— alegaron que este reconocimiento contractual no es suficiente en sí mismo para probar el control, pero sí crea "una fuerte presunción en favor del control extranjero"[286], ya que presupone que Perú consideró, al momento de firmar el Contrato de Concesión, que Kuntur Wasi estaba, de hecho, controlada por una entidad extranjera[287]. En este contexto, las Demandantes también alegaron que cuando existe un acuerdo expreso de tratar a una entidad local como "extranjera", junto con la detallada definición de control en el correspondiente TBI, los tribunales deberían ser menos *rigurosos* en cuanto al concepto de control[288]. No obstante, en escritos posteriores, las Demandantes profundizaron este argumento hasta llegar a la teoría de los actos propios, alegando que Perú no puede oponerse al hecho de que acordó y reconoció que Kuntur Wasi debería ser considerada un inversor extranjero a los fines del arbitraje ante el CIADI[289].

236. Con respecto al criterio objetivo, el desacuerdo de las Partes surge respecto de si Kuntur Wasi estaba *efectivamente* sometida a control extranjero[290]. En tal sentido, las Demandantes alegan lo siguiente:

(i) El Convenio del CIADI no contiene, deliberadamente, una definición del concepto de "control", y no hay nada ni en los antecedentes de negociación del Convenio del

[285] Réplica de las Demandantes, párrs. 196-199; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 36 y ss.

[286] **Anexo CER-5**, Peritaje Jurídico de Schreuer, párr. 155: "… esta Cláusula representa el reconocimiento por parte de Perú del hecho de que Kuntur Wasi es controlada por Corporación América a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. Este reconocimiento crea una fuerte presunción en favor del control extranjero difícil de impugnar por el Estado que otorgó su consentimiento respecto de dicho control". [Traducción del Tribunal]

[287] Réplica de las Demandantes, párrs. 203-205; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 35-42. Según las Demandantes, Perú ha reconocido de manera inequívoca y consistente que Corporación América controla a Kuntur Wasi, no solo a través de la Cláusula 16 del Contrato de Concesión, sino porque además Perú volvió a utilizar la misma Cláusula de arbitraje al negociar la Adenda, y nunca planteó objeción alguna respecto del control por Corporación América hasta este arbitraje.

[288] Réplica de las Demandantes, párr. 221.

[289] Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 35-50.

[290] Réplica de las Demandantes, párrs. 198-202.

CIADI ni en su contexto, objeto o propósito que exija un "control afirmativo" o "control efectivo" como sostiene la Demandada[291].

(ii) Con respecto al Contrato de Concesión, las Demandantes reconocen que el Contrato de Concesión no contiene una definición de control a los fines de la Cláusula 16.6.1(b)(i)[292].

(iii) En cuanto al TBI, las Demandantes alegan que el Artículo 1(2) del TBI establece una definición amplia de "inversor", y que el Protocolo del TBI (que es parte integrante del TBI y tiene igual valor legal) establece que el elemento de control se cumple si la entidad extranjera ejerce "control efectivo" o mantiene una "posición determinante". Según las Demandantes, la participación accionaria mayoritaria es una de las maneras de detentar el control efectivo, pero no es un requisito formal para la existencia de control y mucho menos para probar que Corporación América tiene una "posición determinante". Asimismo, las Demandantes sostienen que el Protocolo del TBI permite al Tribunal considerar cualquier criterio de control dentro de parámetros razonables, ya que utiliza la expresión "entre otros" antes de enumerar los ejemplos, y que el "control afirmativo" no es un requisito para establecer la existencia de "control efectivo" ni de una "posición determinante"[293].

237. En cuanto a los hechos del caso que nos ocupa, las Demandantes argumentan que Corporación América "influye de manera decisiva" sobre Kuntur Wasi en el sentido del segundo ejemplo enumerado en el Protocolo del TBI[294]. En particular, las Demandantes se basan en los siguientes hechos para afirmar que Corporación América siempre ha podido "influir de manera decisiva" sobre Kuntur Wasi:

(1) La estructura corporativa formal y la composición del directorio indican que las decisiones de Kuntur Wasi requerían la aprobación de Corporación América: Corporación América ha mantenido siempre el 50 % de las acciones de Kuntur Wasi

[291] Réplica de las Demandantes, párrs. 207 y ss. Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 54 y ss.

[292] Réplica de las Demandantes, párr. 220.

[293] Réplica de las Demandantes, párrs. 215-219; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 60 y ss.

[294] Réplica de las Demandantes, párrs. 228-232; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 63 y ss.

y siempre ha podido designar dos de los cuatro miembros del Directorio. Dado que todas las decisiones de la sociedad requerían el voto del 67 % de las acciones con derecho a voto, la aprobación por parte de Corporación América ha sido necesaria para adoptar todas las decisiones dentro de Kuntur Wasi, y por lo tanto, Corporación América ha mantenido un "control negativo" sobre Kuntur Wasi[295].

Según las alegaciones de las Demandantes, el hecho de que el Sr. Vargas (Presidente del Directorio) y el Sr. Balta, Gerente General de Kuntur Wasi, eran ambos empleados de Andino, no modifica el hecho de que Corporación América debía aprobar todas las decisiones que se adoptaran dentro de Kuntur Wasi[296].

(2) Gestión operativa y experiencia técnica: Con fundamento en el dictamen del profesor Schreuer, las Demandantes alegan que los tribunales que entienden en materia de tratados de inversión han considerado la capacidad del inversor extranjero de dirigir las decisiones de la entidad local en virtud de su experiencia y *know-how* como indicativa de la existencia de control extranjero[297]. Para probar la gestión operativa, las Demandantes se apoyan en el hecho de que Corporación América era el único accionista que contaba con el conocimiento técnico y el *know-how* para resultar adjudicatario en el concurso y para llevar adelante la construcción y la operación del Aeropuerto Chinchero[298]. Las Demandantes sostienen que al requerir que Corporación América tuviera una "Participación Mínima" en el proyecto de al menos un 25 % de las acciones desde la fecha del Contrato de Concesión y mantuviera esta participación durante al menos 5 años a contar desde el inicio de la Etapa de Operación del Aeropuerto Chinchero, Perú reconoció de manera implícita que Corporación América administraba Kuntur Wasi[299].

---

[295] Memorial de las Demandantes, párr. 215; Réplica de las Demandantes, párrs. 217, 226, 227, 232-238; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 79, 80, 101.

[296] Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 81-83.

[297] Réplica de las Demandantes, párrs. 242, 243, donde se cita el **Anexo CER-5,** Peritaje Jurídico de Schreuer, párr. 80; **Anexo CL-159**, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*, Caso CIADI N.º ARB/04/5, Decisión sobre Jurisdicción, (en adelante, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*), 19 de diciembre de 2005, párr. 40.

[298] Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 84 y ss.

[299] Réplica de las Demandantes, párr. 259.

Asimismo, las Demandantes alegan que Kuntur Wasi fue un vehículo con un propósito específico creado exclusivamente a los fines de la construcción y administración del aeropuerto y que, sin la participación de Corporación América, nunca habría podido cumplir ese propósito[300]. De hecho, en virtud del Contrato de Concesión, redactado en forma unilateral por Perú, Corporación América era la entidad que debía, en virtud del Contrato de Concesión, cumplir las principales obligaciones relativas a la administración del Aeropuerto Chinchero[301]. En la práctica, de hecho, así fue, ya que Corporación América era también el accionista que dirigía el cumplimiento por parte de Kuntur Wasi de las obligaciones en virtud del Contrato de Concesión, tales como el EDI y la obtención del financiamiento necesario[302].

Las Demandantes niegan el argumento de la Demandada que sostiene que las dos personas que mayor responsabilidad tenían en el progreso del Proyecto (el Sr. Arruda y el Sr. Mobilia) se desempeñaron en todo momento como empleados de Corporación América y no a través de Kuntur Wasi. Según alegan las Demandantes, si bien la preparación del EDI y las negociaciones para obtener el financiamiento estuvieron dirigidas por Corporación América, ambas acciones fueron coordinadas en estrecha colaboración con Kuntur Wasi[303].

Por último, según afirman las Demandantes, al requerir que solo Corporación América (y no Andino) se comprometiera a "no impedir, con sus actos u omisiones, que Kuntur Wasi desarrolle normalmente sus actividades y, en especial, aquellas que impliquen la ejecución del Contrato de Concesión"[304], Perú volvió a reconocer que Corporación América era el único accionista que podía dirigir las acciones de Kuntur Wasi.

[300] Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 87, 110 y ss.

[301] Réplica de las Demandantes, párrs. 240 y ss.; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párr. 88.

[302] Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párr. 91.

[303] Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 93-97.

[304] Réplica de las Demandantes, párr. 260; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párr. 89, donde se cita el **Anexo C-43**, Convenio entre Corporación América y Kuntur Wasi, 30 de junio de 2014, Cl. 2.1 .

238. En virtud de todo lo anterior, las Demandantes concluyen que Corporación América controla Kuntur Wasi según el significado que se le asigna a dicho término en el TBI y el Convenio del CIADI[305].

(2) El análisis del Tribunal

239. En opinión del Tribunal, Kuntur Wasi es un "nacional de otro Estado Contratante", de acuerdo con el significado que se le atribuye a esta expresión en el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI así como una entidad que está "efectivamente controlada" por una persona jurídica de otro Estado parte en virtud del Artículo 1 (2)(c) del TBI y su Protocolo. Por lo tanto, el Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos presentados por Kuntur Wasi en este procedimiento.

240. Las secciones que siguen detallan el análisis realizado por el Tribunal sobre estas cuestiones. Ante todo, el Tribunal advierte que estos temas plantean cuestiones de derecho internacional y de interpretación de tratados.

a. En virtud del Convenio del CIADI

241. El punto de partida del análisis del Tribunal es el Convenio del CIADI. El Artículo 25 del Convenio del CIADI establece lo siguiente (parte relevante):

> *Artículo 25*
>
> *(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.*
>
> *(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":*
>
> *(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del*

[305] Réplica de las Demandantes, párr. 262; Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párr. 124.

> *Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y*
>
> *(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. [Énfasis agregado]*

242. No están en disputa ninguno de los elementos del Artículo 25, excepto el último: si Kuntur Wasi es, en efecto, un "nacional de otro Estado Contratante", tal como se define en la segunda parte del Artículo 25(2)(b). Esta disposición, tal como han advertido otros tribunales, constituye una excepción a la regla general de que un nacional de un Estado Contratante no puede presentar reclamos contra ese Estado. Para analizar esta cuestión, el Tribunal evaluará, en primer lugar, la importancia del acuerdo de las Partes contenido en la Cláusula 16.6.1 del Contrato de Concesión según el cual Kuntur Wasi es un nacional de otro Estado Contratante por estar sometida a control extranjero.

243. La redacción concreta de la Cláusula 16.6.1(b) del Contrato de Concesión es la siguiente:

> *[E]l CONCEDENTE, en representación del Estado de la República del Perú, declara que al CONCESIONARIO se le considerará como "Nacional de Otro Estado Contratante", por estar sometido a control extranjero según lo establece el Literal b) del Numeral 2 del Artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, y el CONCESIONARIO acepta que se le considere como tal*[306].

244. Esta redacción, que es parte de la Cláusula del Contrato de Concesión que somete las controversias legales a arbitraje del CIADI, fue claramente diseñada teniendo en cuenta el Artículo 25(b)(2) del Convenio. De hecho, menciona dicha disposición en forma explícita y utiliza la misma terminología del Convenio. Por lo tanto parece evidente que su objetivo

[306] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 16.6.1(b).

fue expresar el acuerdo de las Partes de atribuir a Kuntur Wasi el carácter de nacional de Argentina a los fines de cualquier controversia relativa a las inversiones tal como la que nos ocupa.

245. Este acuerdo y esta declaración de la Demandada están reforzados por el Contrato de Garantía, en el que, en primer término, se reafirman, entre otras cuestiones, todas las declaraciones del Concesionario del Contrato de Concesión en los términos siguientes:

> *2.1 En virtud del presente CONTRATO DE GARANTIA, EL ESTADO garantiza a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en el CONTRATO DE CONCESION. Esta garantía no constituye una garantía financiera*[307].

246. De manera que la cuestión es si dicha Cláusula, reforzada por el Contrato de Garantía, es suficiente para cumplir los requerimientos del Artículo 25(2)(b) del Convenio, cuyo texto incluye dos elementos: el consentimiento para someter la disputa a arbitraje y la existencia de control extranjero en el momento en que se otorga dicho consentimiento. Ambas Partes, la opinión no controvertida del perito de las Demandantes, el Profesor Schreuer, así como decisiones anteriores en las que se interpretó esta disposición, parecieran coincidir en que no lo es. No obstante, tanto el perito de las Demandantes como decisiones clave indican que constituye una presunción con respecto a la cuestión del control extranjero. Tal como ha indicado el Profesor Schreuer (en referencia a la Cláusula 16.6.1(b)(i) del Contrato de Concesión):

> *154. Esta cláusula en el Contrato de Concesión entre Perú y Kuntur Wasi es un entendimiento inequívoco de que, debido al control extranjero, las partes han acordado que Kuntur Wasi sea tratada como nacional de otro Estado Contratante a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI.*
>
> *155. Al mismo tiempo, esta cláusula representa el reconocimiento por parte de Perú del hecho de que Kuntur Wasi es controlada por Corporación América a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. Este reconocimiento crea una fuerte presunción en favor del control extranjero difícil de impugnar por el*

[307] **Anexo C-49**, Contrato de Garantía, Cláusula 2.1.

Estado que otorgó su consentimiento respecto de dicho control[308].

247. La decisión en *Vacuum Salt c. Ghana*, en la que la Demandada se apoya notablemente en sus escritos, y de gran trascendencia en la interpretación del Artículo 25(2)(b), establece lo siguiente:

> *[E]l acuerdo de las partes de atribuir a la Demandante el carácter de nacional extranjero 'por estar sometida a control extranjero' no otorga jurisdicción ipso jure. La referencia en el Artículo 25(2)(b) a "control extranjero" necesariamente establece un límite objetivo al Convenio más allá del cual no puede existir jurisdicción del CIADI y por lo tanto las partes no tienen la facultad para invocar dicho Convenio independientemente de cuán fervientemente hayan querido hacerlo*[309].

248. El Tribunal en *Vacuum Salt c. Ghana* concluyó que:

> *[L]a existencia de consentimiento respecto de una cláusula de arbitraje como [la cláusula en ese caso] en circunstancias tales que la jurisdicción podría estar basada únicamente en la segunda oración del Artículo 25(2)(b) plantea una presunción refutable de que en la fecha en la que se otorgó el consentimiento se ha cumplido el criterio de "control extranjero" establecido en la segunda oración del Artículo 25(2)(b)*[310].

249. La decisión de jurisdicción en *Autopista c. Venezuela*, en la que también se apoya la Demandada, no se expresó en términos de presunción, pero utilizó – con el mismo efecto – el término deferencia en ausencia de abuso:

> *[E]l Tribunal debe determinar si las partes han ejercido su autonomía dentro de los límites del Convenio del CIADI, es decir, si han definido el control extranjero empleando criterios razonables. Con ese fin, el Tribunal debe analizar las circunstancias concretas del caso sin que esté limitado por formalidades. Sin embargo, en tanto la definición de control extranjero elegida por las partes sea razonable y no se haya desvirtuado el objeto del Convenio (por ejemplo en los casos de fraude o declaración engañosa), el Tribunal de Arbitraje debe hacer*

[308] **Anexo CER-5**, Peritaje Jurídico de Schreuer, párrs. 154, 155. [Traducción del Tribunal]

[309] **Anexo RL-9**, *Vacuum Salt c. Ghana*, párr. 36. [Traducción del Tribunal]

[310] **Anexo RL-9**, *Vacuum Salt c. Ghana*, párr. 38. [Traducción del Tribunal]

cumplir la elección de las partes[311].

250. El Tribunal considera que el enfoque apropiado es considerar que las disposiciones del Contrato de Concesión generan una presunción que puede refutarse con hechos que demuestren que la designación de las partes carece de fundamento razonable[312]. El uso del término "desvirtuado" que hace el tribunal en *Autopista c. Venezuela*, y el propio peritaje del profesor Schreuer, sugieren que el acuerdo de las Partes tendría que constituir "una selección no razonable de nacionalidad que no pueda ser sostenida mediante ninguna interpretación racional de los hechos"[313].

251. La Demandada ha planteado muchos argumentos respecto de los hechos y las circunstancias que en este caso podrían rebatir la presunción de control extranjero. Entre ellos, se destaca el argumento que sostiene que el control negativo no es suficiente como prueba de control. La Demandada también objeta los demás hechos y circunstancias presentados por las Demandantes como indicadores de control. El Tribunal considerará cada uno de ellos.

252. En primer lugar, no hay controversia respecto del hecho de que Corporación América ejerce poder sobre la toma de decisiones societarias en Kuntur Wasi. Corporación América posee, o mantuvo durante el período relevante, el 50 % de las acciones de Kuntur Wasi, y tenía el derecho de designar, y efectivamente designó, el 50% de los miembros del Directorio de la sociedad (dos de cuatro). En virtud del Estatuto de Kuntur Wasi, tenía el poder de bloquear prácticamente cualquier decisión importante de la sociedad mediante las disposiciones relativas al voto de la súper mayoría tanto para las asambleas de accionistas

[311] **Anexo RL-10**, *Autopista c. Venezuela*, párr. 116. En ese caso, el tribunal respetó la elección de las partes de limitar la investigación de titularidad directa de acciones, y concluyó que este criterio es razonable para determinar el control (párrs. 120-211). Este Tribunal no es tan restrictivo.

[312] **Anexo CER-5,** Peritaje Jurídico de Schreuer, párr. 155.

[313] **Anexo CL-154**, C. Schreuer, L. Malintoppi, A Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (2.ª edición, 2009), art. 25, párr. 815. [Traducción del Tribunal]

como para las reuniones del Directorio, incluido el requerimiento de aprobación de tres de los cuatro directores para las decisiones del Directorio[314].

253. No obstante, Corporación América no podía efectivamente llevar las decisiones de Kuntur Wasi por esa vía porque el accionista que tenía el otro 50 % de las acciones, Andino, tenía igual facultad para aprobar o bloquear esas decisiones, tanto en las asambleas de accionistas como en las reuniones del Directorio. De hecho, el poder de Corporación América a través de su participación accionaria y del Directorio es un reflejo del de Andino. Lo que Corporación América podía bloquear, también podía ser bloqueado por Andino.

254. En opinión del Tribunal, "control" a los fines del Convenio del CIADI no apunta a la participación mayoritaria, sino que significa, como lo expresa el profesor Schreuer, el "poder real de dirigir la inversión"[315] de una empresa a través del poder que sea (incluso el poder de bloqueo) y la autoridad que esa parte tiene. Si bien es posible que el control negativo en algunos casos sea suficiente para lograr ese resultado, cuando el poder para bloquear es compartido en partes iguales por dos accionistas, como ocurre en este caso, ese poder pareciera quedarse corto incluso para alcanzar el control negativo. De acuerdo con las disposiciones formales sobre gobernanza de Kuntur Wasi, serán necesarias acciones concertadas de ambos accionistas para tomar esas decisiones formales. Por supuesto es posible que Corporación América dirigiera esas acciones formales, pero no constan en el expediente pruebas en tal sentido. En consecuencia, el poder de Corporación América para bloquear las decisiones de los accionistas o del Directorio de Kuntur Wasi, en virtud de los hechos en este caso, no puede ser suficiente para dar por cumplido el requisito establecido en el Convenio.

255. No obstante, ello no significa que la investigación debe resolver con la gobernanza formal de la sociedad. Tal como aclara el profesor Schreuer en su peritaje, al analizar los antecedentes de esta disposición del Convenio, y también distintos casos, se desprende que

[314] **Anexo C-17**, Acta de Constitución y Estatuto Social de Kuntur Wasi, 11 de junio de 2014, art. 29, (que establece el requisito del 67 % de las acciones con derecho a voto presentes para que la junta general de accionistas quede válidamente constituida), art. 30 (que establece el requisito del 67 % de los votos favorables de las acciones con derecho a voto), art. 48 (el quórum del directorio es la mitad más uno de sus miembros), art. 51 (los acuerdos del directorio se adoptan con el voto aprobatorio de tres directores).

[315] **Anexo CER-5**, Peritaje Jurídico de Schreuer, párr. 88. [Traducción del Tribunal]

el estándar para establecer el control no es formalista ni formulaico ni mira únicamente la tenencia accionaria o la gobernanza a nivel del Directorio, o incluso la administración formal. Más bien se trata de un estándar flexible que tiene en cuenta todos los hechos y las circunstancias relevantes relativos a la operación y la administración de la sociedad, incluida la experiencia y el *know-how*, que permitan el control operativo[316].

256. En virtud de todos los hechos y las circunstancias relevantes de este caso, el Tribunal cree que la presunción de control extranjero estipulada en el Contrato de Concesión no ha sido rebatida.

257. El Tribunal encuentra diversos hechos que resultan relevantes para la cuestión del control extranjero. En primer lugar, es importante tener en cuenta que Kuntur Wasi es efectivamente un vehículo con un propósito especial, establecido únicamente para ejecutar el Contrato de Concesión. Esto puede verse claramente en el estatuto de Kuntur Wasi, donde se establece lo siguiente:

> *ARTICULO 2° OBJETO=== LA SOCIEDAD TIENE POR OBJETO DEDICARSE ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES RELATIVOS AL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA EL DISEÑO, FINANCIAMIENTO, CONSTREGISTRO [sic] UNICO DE CONTRIBUYENTECIÓN [sic], OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL NUEVO AEROPUERTO INTERNACIONAL DE CHINCHERO – CUSCO (AICC) (EN ADELANTE, EL "CONTRATO DE CONCESIÓN"), Y OTRAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN ÉSTE, TENIENDO LA CALIDAD DE*

[316] **Anexo CER-5**, Peritaje Jurídico de Schreuer, párrs. 53, 80; **Anexo RL-9,** *Vacuum Salt c. Ghana,* párr. 43. Tal como sostuvo el tribunal: "Cada caso que se plantea en virtud de dicha Cláusula debe ser considerado a la luz del contexto particular, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias. No hay una fórmula". Naturalmente, la titularidad extranjera del 100 % casi con certeza implicará el control extranjero, independientemente del estándar que se aplique, y la ausencia total de titularidad extranjera prácticamente excluiría la existencia de dicho control. Sin embargo, no puede determinarse en abstracto cuánto es "suficiente". Así pues, durante las negociaciones para la redacción del Convenio, se planteó de distintas maneras que "aquellas participaciones lo suficientemente importantes como para bloquear cambios significativos en la sociedad" podrían considerarse "participación dominante" (Historia del Convenio del CIADI, Vol. 11, 447); que "el control podría de hecho adquirirse mediante la titularidad de solo el 25 % del capital de una sociedad" (ibídem, 447-48); e incluso que "el 51 % de las acciones podría no ser una participación dominante" mientras que para ciertos fines "el 15 % sería suficiente" (ibídem, 538). Tal como afirma Amerasinghe, "el concepto de 'control' es amplio y flexible... [L]a cuestión consiste en determinar […] si la nacionalidad elegida representa un ejercicio de control razonable que justifique su elección sobre la base de un criterio razonable", C.F. Amerasinghe, *Jurisdiction Ratione Personae Under The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,* 1974-1975 Brit. Y.B. Int'l L. 227, 264-65. [Traducción del Tribunal]

CONCESIONARIO DEL ESTADO DE LA REPUBLICA DEL PERÚ[317].

258. De manera que su única actividad consiste en la construcción y la operación del Aeropuerto Chinchero. Ello torna toda distinción entre la actividad de la sociedad y el Proyecto cubierto por el Contrato de Concesión en una diferencia de índole académica —de hecho ambos son coincidentes y congruentes.

259. Tampoco existe controversia respecto del hecho de que, de los dos accionistas de la sociedad, solo uno de ellos —Corporación América— contaba con el conocimiento técnico necesario en la construcción y operación de aeropuertos. Históricamente la actividad desarrollada por Andino era completamente diferente[318], y su elección respondió a los supuestos beneficios de tener un accionista local para proyectos en Perú[319]. La necesidad de contar con gestión local también fue considerada al momento de seleccionar la gerencia de Kuntur Wasi[320].

260. En función de los documentos del concurso, resulta claro que un oferente sin el conocimiento técnico en construcción y operación de aeropuertos no estaría técnicamente calificado para participar en el proyecto[321]. De hecho, todos los oferentes que fueron precalificados en términos del aspecto técnico cumplían este requisito. El conocimiento técnico era "la puerta de entrada" al Proyecto. Al no cumplir con estos requisitos técnicos, Andino solo no podría haber resultado adjudicatario del Contrato de Concesión, y mucho menos haber sido precalificado y haber tenido la oportunidad de ofertar. La participación de Corporación América fue fundamental para el proceso.

261. Tampoco hay diferencias respecto de que Corporación América era el miembro del consorcio calificado como el "Inversionista Estratégico" reconociendo su conocimiento técnico esencial para la ejecución del Contrato de Concesión (tanto la construcción del

[317] **Anexo C-17,** Acta de Constitución y Estatuto Social de Kuntur Wasi, 11 de junio de 2014, art. 2.

[318] *Ver, por ejemplo,* **Anexo CWS-4**, Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, hasta párr. 26.

[319] De hecho, los dos accionistas ya tenían experiencia con este modelo a raíz de sus anteriores proyectos de inversión en Perú. *Ver, por ejemplo,* **Anexo CWS-4,** Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párrs. 10-18.

[320] *Ver, por ejemplo,* **Anexo CWS-2,** Primera Declaración de Barrenechea, párr. 36.

[321] **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, marzo de 2014, Cláusula 5.1 (en la que se definen los requisitos técnicos y operativos para los oferentes).

Proyecto como la operación del aeropuerto una vez completada la construcción)[322]. Los términos estándares del contrato establecidos por Perú impedían a los "Inversionistas Estratégicos" disponer de sus respectivas participaciones en el concesionario durante el período total de construcción y durante 5 años a contar a partir del inicio de la "Etapa de Operación".

262. La Cláusula 3.2.1(b) del Contrato de Concesión exigía que los estatutos del Concesionario incluyeran, entre otras, la siguiente restricción:

> *Una restricción a la libre transferencia, disposición o gravamen de acciones o participaciones que representen la Participación Mínima del(os) Inversionista(s) Estratégico(s) en el CONCESIONARIO, a terceros o a otros socios del CONCESIONARIO hasta el término de la Etapa de Ejecución de Obras o hasta por lo menos cinco (05) Años contados desde el inicio de la Etapa de Operación, según corresponda a los requisitos técnico - operativos acreditados por el(los) Inversionista(s) Estratégico(s) en la etapa de Concurso, salvo por lo previsto en el Literal c) del Numeral 10.4.1 de la cláusula Décima respecto de la posibilidad de gravar la Participación Mínima desde el inicio de la Concesión con la finalidad de obtener financiamiento*[323].

263. Así, Perú logró que Corporación América mantuviera su participación en Kuntur Wasi durante un determinado período y se aseguró a través del Contrato de Concesión que, al menos durante el período relevante para este caso, mantendría una participación significativa en el proyecto —"su propio dinero invertido"[324].

---

[322] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión. La Cláusula 1.68 define "Inversionista Estratégico" en los siguientes términos: "'Inversionista(s) Estratégico(s)', es el integrante del CONCESIONARIO que acredita los requisitos técnico - operativos de precalificación establecidos en las Bases y que es titular de por lo menos la Participación Mínima en el CONCESIONARIO"; **Anexo C-18,** Texto Único Ordenado de las Bases, marzo de 2014. La Cláusula 5.1 define los requisitos técnico – operativos que debían cumplir los oferentes, y luego define "Inversionista Estratégico" en la Cláusula 5.1.4 en función de tales requisitos.

[323] **Anexo C-4,** Contrato de Concesión, Cláusula 3.2.1. b). Esta limitación a la transferencia aparece en el Artículo 16 del **Anexo C-17**, Acta de Constitución y Estatuto Social de Kuntur Wasi, 11 de junio de 2014.

[324] El hecho de que la Concesión incluyera el derecho exclusivo de operar el Aeropuerto una vez completada la construcción confirma la importancia del rol del Inversionista Estratégico. Es difícil imaginar que Perú habría estado dispuesto a otorgar derechos de operación a un Concesionario que no contara con dichas calificaciones. De modo que más que como capacidad de financiamiento, el *know-how* y la experiencia del Inversionista Estratégico en el ámbito del desarrollo y la operación de aeropuertos surge como un aspecto central para el esquema de la Concesión.

264. También se presentó evidencia, principalmente los testigos de hecho tanto en sus declaraciones escritas como en la Audiencia, según la cual Corporación América aportó conocimiento técnico y *know-how* claves para la ejecución del Contrato de Concesión con anterioridad a su resolución, incluso respecto del estudio de ingeniería que fue completado (EDI) y el financiamiento[325]. Si bien la Demandada argumentó que no se demostró que este conocimiento técnico haya sido proporcionado en representación de Kuntur Wasi, el Tribunal considera que ese argumento se basa en un formalismo no exigido por el estándar aplicable. De acuerdo con las pruebas, es evidente que sus esfuerzos estaban dirigidos a la ejecución del Contrato de Concesión y por lo tanto eran parte de la razón de ser de Kuntur Wasi.

265. La Demandada sostiene, con fundamento en *Vacuum Salt c. Ghana*, que el rol técnico desempeñado por ciertos empleados de Corporación América no resulta probatorio del control. Pero como señala el profesor Schreuer, algunos tribunales han determinado que el *know-how* y la experiencia son relevantes para la cuestión del control[326]. Asimismo, al examinar detalladamente el caso de *Vacuum Salt* se observan diferencias fácticas claves entre el accionista extranjero en ese caso y la posición de Corporación América en Kuntur Wasi. El tribunal en *Vacuum Salt* concluyó que, teniendo en cuenta todos los hechos y las circunstancias relevantes, el inversor extranjero no ejerció influencia decisiva sobre la sociedad. Pero en *Vacuum Salt,* el accionista extranjero era titular solamente del 20 % de las acciones de la entidad local. No era el accionista mayoritario ni se encontraba en igual posición que otro accionista como ocurre en el caso que nos ocupa; más bien, un accionista local era el titular del mayor bloque de acciones con el 31 %. El accionista local también tenía funciones gerenciales claves, roles a los que las actividades técnicas del accionista extranjero estaban subordinadas[327].

---

[325] *Ver, por ejemplo,* **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de Balta del Río, párrs. 9, 11; **Anexo CWS-2**, Primera Declaración de Barrenechea, párrs. 23-26, 35-39; **Anexo CWS-3**, Declaración de Mobilia, párrs. 13-26; **Anexo CWS-4,** Primera Declaración de Vargas Loret de Mola, párrs. 23, 24.

[326] **Anexo CER-5**, Peritaje Jurídico de Schreuer, párrs. 81-89, donde cita el **Anexo RL-10,** *Autopista c. Venezuela*; **CL-159,** *Compagnie d'Exploitation c. República Gabonesa*; **CL-162,** *United Utilities (Tallinn) B.C. y Aktsiaselts Tallinna Vesi c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/14/24, Laudo, 21 de junio de 2019.

[327] **Anexo RL-9**, *Vacuum Salt c. Ghana,* párr. 53.

266. Por último, el control negativo de Corporación América sobre Kuntur Wasi, en tanto no resulta suficiente en sí mismo y por sí mismo para establecer la existencia de control, es también una consideración relevante en la totalidad de los hechos y las circunstancias. Ese control negativo, sumado a otras circunstancias establecidas precedentemente, se torna gerencial de hecho. El control negativo en los aspectos de gobernanza formal de la Sociedad no impide, en última instancia, la existencia de control y de hecho bien puede contribuir con dicho control. Y si bien no contamos con pruebas directas en el expediente que demuestren que Corporación América dirigió la toma de decisiones concertada por los accionistas, el Directorio y la gerencia, tampoco obra en el expediente prueba en contrario, ni prueba que demuestre que el otro accionista, Andino, no estuvo de acuerdo con dichas decisiones o las bloqueó, y sí hay prueba circunstancial suficiente que sirve de fundamento para inferir que Corporación América así lo hizo.

267. Por ello, el Tribunal concluye que los hechos y las circunstancias presentados por la Demandada no alcanzan para rebatir la presunción creada por las disposiciones del Contrato de Concesión, reafirmada por el Contrato de Garantía, de que Kuntur Wasi se encuentra bajo el control de Corporación América. Por lo tanto, el Tribunal considera, sobre la base de la totalidad de los hechos y las circunstancias, que Kuntur Wasi es un "nacional de otro Estado Contratante" según el significado que se le asigna a dicha expresión en el Convenio del CIADI.

b. En virtud del TBI

268. El Artículo 1(2)(c) del TBI atribuye el carácter de "inversor" a los fines del TBI a:

> *[T]oda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por personas físicas o jurídicas de la otra Parte Contratante*[328]*. [Énfasis agregado]*

269. El Protocolo del TBI explica este requisito en los siguientes términos:

> *Ad. Art. 1, párrafo 2) (e): La Parte Contratante en cuyo territorio las inversiones tienen lugar puede solicitar la prueba del control invocado por los inversores de*

[328] **Anexo C-50,** TBI Perú-Argentina, art. 1(2)(c).

> *la otra Parte Contratante. Cualquiera de los siguientes hechos, entre otros, puede ser considerado como evidencia del control:*
>
> *i) un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una persona jurídica que permita un control efectivo, tal como, en particular, una participación en el capital superior a la mitad;*
>
> *ii) la posesión directa o indirecta de una cantidad de votos que permita tener una posición determinante en los órganos societarios o influir de manera decisiva en el funcionamiento de la persona jurídica*[329].

270. Por lo tanto, la cuestión clave consiste en determinar si Kuntur Wasi está "efectivamente controlada" por Corporación América, y si la prueba que se ha presentado puede ser considerada evidencia de dicho control.

271. El lenguaje liso y llano del TBI, en especial el uso del término "efectivamente" en relación con "controlada" pareciera dejar claro que el estándar, al igual que en el Convenio del CIADI, es de naturaleza práctica más que formal. Y la expresión "entre otros" utilizada en el Protocolo del TBI confirma este entendimiento, ya que indica que el control efectivo puede establecerse mediante diversas circunstancias. En opinión del Tribunal, y contrario a las alegaciones de la Demandada, no está limitado en cuanto a su alcance por el hecho de que los incisos que siguen mencionan cuestiones tales como la titularidad de acciones o la dirección formal. Esa enumeración prácticamente agota los mecanismos de gobernanza formal, y no habría necesidad de utilizar la expresión "entre otros" si no se contemplara un alcance mayor. Asimismo, la interpretación práctica es reafirmada por el uso de la expresión "influir de manera decisiva" en el inciso (ii), lo que sugiere que esa es la consideración clave.

272. Si bien la disposición del Contrato de Concesión analizada anteriormente respecto del control extranjero está enmarcada en los términos del Convenio del CIADI, y no del TBI, ambos textos tienen un elemento en común que es el control. Así pues, los mismos motivos que llevaron al Tribunal a concluir que Kuntur Wasi cumple con los requisitos del Artículo 25(2)(b) del Convenio, llevan ahora al Tribunal a la conclusión de que Kuntur Wasi

[329] **Anexo C-50,** TBI Perú-Argentina, art. 1(2)(c).

también está efectivamente controlada por una persona jurídica de otra Parte Contratante, a saber, Corporación América, a los fines del TBI.

273. El Tribunal considera que a los fines del TBI, así como ocurrió con el Convenio del CIADI, la disposición del Contrato de Concesión, reafirmada por el Contrato de Garantía, constituye prueba indiciaria de control efectivo de hecho. Asimismo, considera que mientras el poder del control negativo por si solo no constituye control efectivo a los fines del TBI, el control negativo sumado a los demás hechos y circunstancias analizados precedentemente no impide el establecimiento del control efectivo de Kuntur Wasi por Corporación América y, a la luz de los hechos de este caso, contribuye para establecer dicho control.

274. Por todo lo expuesto, el Tribunal concluye que Kuntur Wasi es efectivamente controlada por Corporación América y por lo tanto califica como "inversor" [de otra Parte contratante] en virtud del TBI.

275. Por lo tanto, la objeción jurisdicional de la Demandada carece de sustento, y los reclamos presentados por Kuntur Wasi quedan comprendidos dentro de la competencia de este Tribunal.

276. En función de tal conclusión, el Tribunal considera innecesario analizar las alegaciones sobre la teoría de los actos propios expuestos por las Demandantes, salvo para señalar que dichas alegaciones, especialmente dada la existencia del Contrato de Garantía, tienen considerable fuerza respecto de los hechos de este caso en términos de los elementos de promesa y confianza.

B. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LOS RECLAMOS RELATIVOS AL CONTRATO FORMULADOS POR CORPORACIÓN AMÉRICA

(1) La posición de las Partes

a. La posición de la Demandada

277. La Demandada reconoce que Corporación América califica como inversor protegido en virtud del TBI[330]. Sin embargo, según las alegaciones de la Demandada, dado que Corporación América no es parte del Contrato de Concesión (ni del Contrato de Garantía), no puede presentar reclamos contractuales ante un tribunal del CIADI[331]. Según la Demandada, el Contrato de Concesión claramente dispone que solo las controversias entre las "Partes" del Contrato de Concesión podrán ser sometidas a la competencia del CIADI:

> *[Cuando] las Controversias No-Técnicas que tengan un monto involucrado superior a Treinta Millones y 00/100 dólares (USD 30.000.000,00) o su equivalente en moneda nacional, las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo […] En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo referido en el párrafo precedente, las controversias suscitadas serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones…*[332]*. [Énfasis omitido]*

278. En este caso, las Partes del Contrato son el MTC y Kuntur Wasi; al no ser parte del Contrato de Concesión, Corporación América no puede presentar reclamos de índole contractual ante el CIADI[333]. Y lo mismo ocurre con el Contrato de Garantía.

279. Tampoco puede Corporación América iniciar reclamos contractuales en virtud de una cláusula paraguas, ya que, de acuerdo con la Demandada: (i) el TBI Perú-Argentina no contiene una cláusula paraguas, (ii) la cláusula paraguas no puede introducirse mediante una cláusula de NMF, e (iii) incluso en el hipotético caso de que se introdujera una cláusula paraguas en el TBI, dicha cláusula no sería aplicable a compromisos asumidos por el MTC

[330] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 170.

[331] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 171.

[332] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 172, donde se cita el **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 16.6.1(b)(i).

[333] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 173.

en virtud del Contrato de Concesión o el Contrato de Garantía porque Corporación América no es parte en ninguno de ellos[334].

280. En consecuencia, si bien Corporación América califica como inversor extranjero y como Demandante legitimada para comparecer ante este Tribunal, el Tribunal solo tiene jurisdicción para conocer los reclamos de Corporación América relacionados con el tratado.

b. La posición de las Demandantes

281. Las Demandantes sostienen que Corporación América no presenta reclamos en virtud del Contrato de Concesión *per se*, sino que presenta un reclamo en virtud de una cláusula paraguas en función de las obligaciones contractuales que Perú asumió respecto de Kuntur Wasi, a través de la aplicación de la cláusula de NMF del TBI (Artículo 3(1) del TBI). En opinión de las Demandantes, la objeción interpuesta por la Demandada no es una "objeción a la jurisdicción" propiamente dicha, sino una objeción sobre el mérito relacionada con el alcance de las cláusulas de NMF y paraguas del TBI[335].

282. De acuerdo con las Demandantes, la cláusula de NMF incluida en el Artículo 3(1) del TBI es amplia y no establece ningún tipo de prohibición o restricción respecto de qué garantías pueden ser "importadas" mediante su aplicación, como sugiere la Demandada[336]. Las Demandantes afirman que la Demandada no ha presentado pruebas que demuestren que Perú haya mostrado en algún momento la intención de excluir una cláusula paraguas del TBI y que la interpretación de la Demandada pretende dar más peso a una omisión que a los términos expresos del TBI (que incluye una cláusula de NFM)[337].

---

[334] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 174, 175. Para ilustrar este "requerimiento de vínculo contractual directo de la Cláusula paraguas" la Demandada cita el **Anexo RL-14**, *Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N.º ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párr. 214; **Anexo CL-61**, *Impregilo S.p.A c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, párr. 185; **Anexo CL-76**, *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, (en adelante, *Azurix Corp. c. Argentina*), párr. 384.

[335] Réplica de las Demandantes, párr. 181, nota al pie 172.

[336] Réplica de las Demandantes, párr. 851.

[337] Réplica de las Demandantes, párr. 853.

283. Las Demandantes reconocen que la jurisprudencia está dividida entre los tribunales que respaldan el uso de cláusulas de NMF para incorporar estándares procesales y aquellos que consideran que deberían limitarse a la aplicación de estándares sustantivos[338]. No obstante, en este caso, las Demandantes sostienen que solo afirman que los derechos sustantivos pueden ser "importados" mediante la aplicación de la cláusula de NMF.

284. Por último, las Demandantes también rechazan el argumento de la Demandada que sostiene que Corporación América no puede basarse en la cláusula paraguas porque no tiene una relación directa con el Contrato de Concesión ni el Contrato de Garantía. De acuerdo con las Demandantes, el texto de la cláusula paraguas del TBI entre Tailandia y Perú se relaciona en forma general con obligaciones "que haya contraído con relación a las inversiones"[339] y por lo tanto, no exige que las obligaciones contractuales hayan sido contraídas respecto de un inversor determinado[340]. Las Demandantes afirman que los tribunales competentes en diferencias relativas a tratados de inversión que debieron considerar esta cuestión en casos anteriores, tales como los tribunales en *Casualty c. Argentina*, *Enron c. Argentina* o *Supervisión y Control c. Costa Rica*, se han inclinado por la interpretación de las Demandantes respecto de cláusulas paraguas de redacción similar[341].

(2) El análisis del Tribunal

285. Dado que el Tribunal ha establecido que tiene jurisdicción para entender en los reclamos presentados por Kuntur Wasi al amparo tanto del Convenio del CIADI como del TBI, el Tribunal no considera pertinente en este punto analizar si Corporación América, sin perjuicio de su falta de vínculo contractual directo, puede presentar los reclamos en virtud

[338] Réplica de las Demandantes, párrs. 857 y ss.

[339] Réplica de las Demandantes, párr. 871, donde se cita el **Anexo CL-112**, TBI entre Perú y Tailandia, art. 4(e).

[340] Réplica de las Demandantes, párrs. 871-876.

[341] Réplica de las Demandantes, párrs. 873-875, donde se cita el **Anexo CL-148**, *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008 (en adelante, *Casualty c. Argentina*), párr. 297; **Anexo CL-249**, *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007 (en adelante, *Enron c. Argentina)*, párr. 277; **Anexo CL-236**, *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/12/4, Laudo, 18 de enero de 2017 (en adelante, *Supervisión y Control c. Costa Rica*), párr. 287.

del Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía mediante la aplicación de la cláusula de NMF del TBI[342].

V. RESPONSABILIDAD

286. Las Demandantes han formulado diez reclamos en virtud del Contrato de Concesión, el Contrato de Garantía y el derecho peruano en los siguientes términos:

1. La resolución unilateral del Contrato de Concesión ejercida por Perú fue contraria a los términos del Contrato y al derecho peruano;

2. Perú actuó de mala fe y su conducta no fue congruente con las promesas y los compromisos asumidos ante las Demandantes;

3. La resolución del Contrato de Concesión que realizó Kuntur Wasi fue válida y tiene consecuencias en virtud del derecho peruano;

4. La falta de pago por parte de Perú del Adelanto constituye un incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión, en su forma enmendada;

5. Las exigencias de Perú para que Kuntur Wasi restituyera el área de Concesión fueron indebidas;

6. Perú incumplió el Contrato de Concesión al beneficiarse con el EDI sin haber pagado por dicho estudio;

7. Perú repudió el Contrato de Concesión;

8. Perú incumplió el Contrato de Concesión al no cumplir con el Contrato de Garantía;

[342] Si bien estas cuestiones fueron planteadas por la Demandada en relación con su objeción a la jurisdicción, la Demandada las describió como "consecuencias" de la supuesta falta de jurisdicción sobre los reclamos de Kuntur Wasi más que como cuestiones jurisdiccionales en sentido estricto (Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 170). El Tribunal coincide en que ésta no es una cuestión jurisdiccional, sino, en opinión del Tribunal, una cuestión de admisibilidad y/o aplicación de la Cláusula de NMF del TBI y de interpretación de las disposiciones incorporadas en virtud de dicha Cláusula y por lo tanto no es necesario analizarla aquí.

9. Perú actuó con dolo y culpa inexcusable; y

10. Las acciones de Perú causaron un daño a la imagen, el honor y la buena reputación de Kuntur Wasi y sus accionistas.

287. Las Demandantes también presentan múltiples reclamos en virtud del TBI, los que se encuentran resumidos en el párrafo 599 más adelante. La Sección A de esta Parte de la Decisión tratará los reclamos contractuales y en virtud del derecho peruano en el orden establecido en el párrafo precedente, en tanto que la Sección B se ocupará de los reclamos en virtud del TBI y del derecho internacional.

A. SUPUESTO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE PERÚ DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, DEL CONTRATO DE GARANTÍA Y DEL DERECHO PERUANO

(1) La resolución unilateral del Contrato de Concesión ejercida por Perú fue contraria a los términos del Contrato de Concesión y al derecho peruano

a. La posición de las Partes

(i) La Posición de las Demandantes

288. En su primer reclamo sobre el fondo, las Demandantes sostienen que Perú incumplió el Contrato de Concesión al declarar su resolución en forma unilateral sin causa. Según las Demandantes, la Cláusula 15.5.1 del Contrato permitía a Perú dar por terminado unilateralmente el Contrato por razones de interés público[343]. Sin embargo, las Demandantes sostienen que el Contrato no permitía la resolución a voluntad; si no que el MTC debía establecer que existía una razón de interés público debidamente fundada para dicha resolución[344].

289. En opinión de las Demandantes, en virtud del derecho peruano, la resolución unilateral del Contrato de Concesión por razones de interés público debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) debe existir un interés público que justifique la resolución; (ii) la solicitud de resolución debe estar fundamentada; y (iii) la decisión de resolver debe ser razonable y proporcional. Según las Demandantes, la Demandada no cumplió con ninguno de estos

[343] Memorial de las Demandantes, párr. 316.

[344] Memorial de las Demandantes, párr. 225.

requisitos y, por lo tanto, su decisión de resolver el Contrato de Concesión en forma unilateral fue arbitraria, ilegal, inválida y constituye, *per se*, un incumplimiento del Contrato de Concesión[345].

(a) La resolución no encuentra fundamento en una razón de interés público

290. En primer lugar, respecto del requerimiento (i) anterior, según el cual la resolución unilateral debe estar fundada en una razón de interés público, las Demandantes sostienen que si bien es el Estado quien debe determinar qué es lo que atiende el interés público en cada caso, tal determinación debe realizarse de conformidad con la legislación aplicable[346]. En este sentido, las Demandantes apuntan a diversas leyes que habían establecido que la construcción del Aeropuerto Chinchero era en razón del interés público. En particular, las Demandantes mencionan, entre otros, el Artículo 2 de la Ley 27.528, donde se establece que el Proyecto Aeropuerto Chinchero fue declarado "de necesidad y utilidad pública" y se lo consideró un Proyecto "de la más alta prioridad"[347], y el Decreto de Urgencia N.º 039-2010 del 9 de junio de 2010; en consecuencia, el Gobierno peruano declaró que el Aeropuerto Chinchero constituía un proyecto prioritario y de interés nacional[348]. En opinión de las Demandantes, estas leyes y regulaciones prueban que el Estado peruano había expresado en reiteradas oportunidades que el Aeropuerto Internacional Chinchero era de interés público.

291. Asimismo, según la opinión de las Demandantes, el interés público subyacente al proyecto del Aeropuerto Chinchero es justamente lo que llevó a la Adenda N.º 1[349]. Ello queda evidenciado mediante el informe del MTC emitido en relación con la Adenda N.º 1. Allí, el MTC subrayó lo siguiente:

> *Lo que motiva al Concedente para realizar la presente modificación contractual,*

[345] Memorial de las Demandantes, párr. 226.

[346] Memorial de las Demandantes, párr. 229.

[347] **Anexo CL-5**, Ley 27.528, que dispone la actualización de Estudios Definitivos y la Construcción del Aeropuerto de Chinchero, en el Departamento del Cusco, 4 de octubre de 2001, Artículo 2; Memorial de las Demandantes, párr. 230.

[348] **Anexo CL-6**, Decreto de Urgencia No. 039-2010, 9 de junio de 2010, Artículo 1; Memorial de las Demandantes, párr. 231.

[349] Memorial de las Demandantes, párrs. 234-235.

es la necesidad de adoptar medidas que aseguren el Interés Público, esto es, […] que la ciudad de Cusco – Chinchero cuente en el corto plazo con una infraestructura aeroportuaria…[350]

292. Del mismo modo, las Demandantes se basan en el informe emitido por el MEF el 27 de enero de 2017, en el cual dicho ministerio concluyó que la Adenda N.º 1 generaría "un ahorro considerable de costos al Concedente"[351], y en el informe emitido por OSITRAN de fecha 20 de enero de 2017 favorable a la Adenda N.1º 1, el cual, según las Demandantes, confirmaba el interés público del Proyecto[352]. Las Demandantes también hacen referencia a distintas declaraciones públicas del Presente Kuczynski, del Sr. Martín Vizcarra (en ese entonces Ministro de Transporte y Comunicaciones), del MTC y del MEF a principios de 2017, en las que confirmaban que la Adenda N.º 1 generaría beneficios y ahorros significativos para el Estado peruano y era, por tanto, de interés público[353].

293. Por otra parte, las Demandantes alegan que la resolución del Contrato de Concesión el 13 de julio de 2017 no estuvo fundada en razones de interés público, sino que más bien se trató de una "decisión totalmente arbitraria, sin motivación o fundamento alguno y contraria a expresas declaraciones previas de las autoridades peruanas que defendieron tanto el interés público para aprobar la Adenda No. 1…"[354] De acuerdo con las Demandantes, la Demandada intenta justificar la resolución del Contrato de Concesión sobre diversos motivos, ninguno de los cuales tiene respaldo:

(i) Un intento de Kuntur Wasi por "burlar el sistema" a través de su propuesta de financiamiento, llevando al Estado a perder confianza en la capacidad de Kuntur Wasi de construir el Aeropuerto Chinchero[355];

[350] **Anexo C-76***,* Informe N.º 105-2017-MTC/25, 2 de febrero de 2017, párr. 5.17.

[351] **Anexo C-73**, Informe N.º 016-2017-EF/68.01, 27 de enero de 2017, párr. 2.22; Memorial de las Demandantes, párr. 237.

[352] **Anexo C-72**, Oficio Circular N.º 006-17-SCD-OSITRAN, donde se adjunta el Acuerdo N.º 2009-607-17-CD-OSITRAN, 20 de enero de 2017; Memorial de las Demandantes, párrs. 238.

[353] Memorial de las Demandantes, párrs. 239-245.

[354] Memorial de las Demandantes, párr. 247.

[355] Réplica de las Demandantes, párr. 36.

(ii) El hecho de que Kuntur Wasi no lograra obtener el financiamiento una vez adoptada la Adenda N.º 1, lo cual significaba que Kuntur Wasi no podría construir el Aeropuerto Chinchero a tiempo[356];

(iii) El informe de la Contraloría, que hizo imposible la continuación del Proyecto con Kuntur Wasi en virtud de los términos de la Adenda[357];

(iv) Los hechos que se produjeron luego de que el informe de la Contraloría justificara la resolución del Contrato de Concesión[358].

294. En relación con el punto (i) anterior, las Demandantes alegan que hasta este arbitraje Perú nunca se quejó de una supuesta mala conducta de Kuntur Wasi y que la acusación es falsa[359]. En primer lugar, como fundamento para este argumento, las Demandantes señalan que el hecho de que la Adenda N.º 1 fuera aprobada y firmada significa que toda discusión en torno al proceso de EGP en virtud del Contrato de Concesión se tornó irrelevante[360]. Según las Demandantes, los argumentos respecto de la suficiencia o adecuación de la Primera Propuesta de Financiamiento de Kuntur Wasi son irrelevantes a la luz del hecho de que la Adenda N.º 1 cambió la estructura económica del Contrato de Concesión[361].

295. En segundo lugar, las Demandantes también señalan que, en cualquier caso, la propuesta financiera de Kuntur Wasi era razonable. Las Demandantes sostienen que el FPAO pretendía cubrir solo los costos de construcción, pero no el costo de financiamiento[362]. Las Demandantes se basan en el Anexo 23 del Contrato de Concesión que establecía lo siguiente: "Sub Etapa 2, correspondiente a la ejecución de las Obras que serán cofinanciadas a través del Fondo de Pagos del PAO"[363]; y en la Cláusula 1.2.iii del Apéndice 23, que estipulaba que "la suma de las valorizaciones de los avances de Hito o

[356] Réplica de las Demandantes, párr. 117.
[357] Réplica de las Demandantes, párr. 92.
[358] Réplica de las Demandantes, párrs. 425-445.
[359] Réplica de las Demandantes, párrs. 38-49.
[360] Réplica de las Demandantes, párrs. 170-176.
[361] Réplica de las Demandantes, párr. 177; párrs. 450-452.
[362] Réplica de las Demandantes, párrs. 459, 460.
[363] **Anexo C-4,** Contrato de Concesión, Anexo 23 – Apéndice 1, pág. 542.

Hito materia de Cofinanciamiento darán lugar al Fondo de Pagos del PAO"[364]. Según la visión de las Demandantes, si el FPAO es la suma de los montos cofinanciados para cada etapa de la obra, está claro que el FPAO solo pretendía cubrir los costos de construcción[365].

296. El PAO, por su parte, pretendía compensar a Kuntur Wasi tanto por la construcción como por los costos de financiamiento[366]. Según las Demandantes, el Contrato de Concesión requería que Kuntur Wasi obtuviera financiamiento desde el día uno, y el Estado solo comenzaría a pagar a partir del sexto año de construcción, mediante 60 cuotas trimestrales[367]. Era obvio, según las Demandantes, que este período de gracia implicaba que el Estado tendría que pagar intereses a Kuntur Wasi por haber financiado el Proyecto durante cinco años[368]. Kuntur Wasi también alega que, además de los pagos de intereses, Perú tenía que pagar otros gastos incurridos en relación con el financiamiento, tales como los gastos financieros, los gastos legales, costos de seguro, costos de fideicomiso, costo de clasificación, costos de estructuración de bonos, gastos generales de las transacciones, comisiones, etc.[369].

297. Las Demandantes sostienen que el hecho de que la fórmula para calcular el PAO establecida en el Anexo 23, Apéndice 1 del Contrato de Concesión no establecía un número fijo, ni una base ni un techo para la variable "i" (y, en cambio, solo establecía una definición general que la conectaba con el costo de financiamiento de Kuntur Wasi más un *spread* del 2,5 %) indica que siempre se pretendió compensar a Kuntur Wasi por el costo de financiamiento[370].

298. Las Demandantes también señalan que el Contrato de Concesión no define los términos "tasa promedio ponderado anual del Cierre Financiero de la Etapa de Ejecución de Obras" o "*spread* del 2,5 %" incluidos en la fórmula para calcular el PAO[371]. Según las

[364] **Anexo C-4,** Contrato de Concesión, Anexo 23 – Apéndice 1, Cláusula 1.2.iii.
[365] Réplica de las Demandantes, párrs. 454-459.
[366] Réplica de las Demandantes, párr. 461.
[367] Réplica de las Demandantes, párrs. 462, 264.
[368] Réplica de las Demandantes, párr. 465.
[369] Réplica de las Demandantes, párr. 466.
[370] Réplica de las Demandantes, párrs. 471, 472.
[371] Réplica de las Demandantes, párr. 474.

Demandantes, durante el concurso, la Contraloría advirtió a PROINVERSIÓN que no había techo para la variable "i" y, por lo tanto, para el PAO trimestral; y PROINVERSIÓN respondió expresamente que ese era el diseño pretendido de la Concesión y que ambos conceptos serían definidos más adelante durante el cierre financiero[372]. Las Demandantes se basan en la siguiente respuesta de PROINVERSIÓN a potenciales oferentes ante la pregunta de qué costos estaban incluidos en el PPO y en el PAO[373]:

> *En relación a la consulta (i), el PPO comprende exclusivamente el Movimiento de Tierras, conforme a lo definido en el Contrato de Concesión. Por su parte, el PAO no está asociado a ninguna partida, puesto que constituye el monto que requiere el Concesionario en función de su rentabilidad objetivo u otros criterios que juzgue conveniente*[374].

299. Según las Demandantes, esta respuesta respalda su interpretación de que el PAO pretendía cubrir costos del Proyecto que no fueran costos de construcción.

300. Las Demandantes también enfatizan que versiones anteriores del Contrato de Concesión establecían una fórmula para el PAO que solo incluía el FPAO y una "tasa de interés", aunque esta última fue sustituida en la versión final del Contrato de Concesión por una "tasa de descuento trimestral" lo que indica que se pretendía cubrir más que simplemente el interés[375].

301. Más aún, Kuntur Wasi explica que el costo de financiamiento que había sido ofrecido por los bancos, es decir, el 7,89 %, era razonable y que la variable "i" escaló al 19,56 % solo debido al largo período de gracia establecido en el Contrato de Concesión[376].

302. Por último, las Demandantes objetan que la Demandada se base en el Modelo de ALG y en la Opinión de OSITRAN 057/2013, los que supuestamente deberían haber alertado a las Demandantes acerca de que el PAO no pretendía cubrir los costos de financiación. Las

[372] Réplica de las Demandantes, párr. 475, donde se cita el **Anexo C-213**, Informe Previo N.º 00027-2014-CG/CPRE, 7 de abril de 2014. págs. 27, 28 y 46, numeral 2.12; **Anexo C-217**, Oficio N.º 126-2014/PROINVERSION/DE, 14 de abril de 2014, numeral 2.

[373] Réplica de las Demandantes, párrs. 489-494.

[374] **Anexo R-84**, Circular N.º 60 respecto del Concurso Chinchero, 17 de enero de 2014, consulta 105.

[375] Réplica de las Demandantes, párr. 476.

[376] Réplica de las Demandantes, párrs. 479 y ss.

Demandantes alegan que el Modelo de ALG era confidencial y nunca les fue compartido hasta este arbitraje (algo que, según las Demandantes, la Demandada no objeta). Las Demandantes también afirman que la Opinión de OSITRAN 057/2013 contiene estipulaciones incongruentes que contradicen el Contrato de Concesión así como citas incompletas, y que no es vinculante ni tiene como propósito complementar el Contrato de Concesión ni está dirigida a los oferentes[377].

303. Asimismo, según las Demandantes, OSITRAN aprobó la propuesta de financiamiento de Kuntur Wasi, y ni la Contraloría ni CAF recomendaron en ese momento resolver el Contrato de Concesión ni sugirieron que se hubiese producido un incumplimiento o una irregularidad de parte de Kuntur Wasi[378]. Más bien, estas instituciones solo recomendaron que la variable "i" debería ser renegociada debido a una ambigüedad en el Contrato de Concesión[379]. De hecho, las Demandantes alegan que el propio Perú cuestionó el informe de la Contraloría cuando fue emitido[380].

304. Asimismo, las Demandantes sostienen que la Demandada nunca se quejó de una supuesta mala conducta de las Demandantes en relación con su propuesta financiera durante la negociación de la Adenda N.º 1[381]. Según las Demandantes, la Adenda N.º 1 no fue motivada por un incumplimiento de Kuntur Wasi, sino porque el Estado quería modificar la estructura financiera del Contrato de Concesión. Durante la negociación de la Adenda N.º 1, fue Perú quien propuso modificar completamente la estructura financiera y pasar a un sistema en el cual Kuntur Wasi no tuviera que cofinanciar las obras durante la Etapa 2 y por lo tanto, toda discusión respecto de la variable "i" se tornó inútil. En opinión de las Demandantes, la evidencia que consta en el expediente del arbitraje demuestra que la

[377] Réplica de las Demandantes, párrs. 495 y ss.

[378] Réplica de las Demandantes, párrs. 178, 49, 93.

[379] Réplica de las Demandantes, párrs. 14, 52-54.

[380] Réplica de las Demandantes, párrs. 92-95; **Anexo C-185**, Artículo periodístico publicado por Agencia Peruana de Noticias Andina, "MEF: Adenda sobre Chinchero genera ahorro económico y no perjuicio económico", 22 de mayo de 2017; **Anexo C-120**, Clip de noticias de Buenos Días, Perú, "Vizcarra sobre Chinchero: Decidimos dejar sin efecto contrato que desde el inicio partió mal", 22 de mayo de 2017; **Anexo C-121**, Clip de noticias de CANAL N, "Viceministra Molinelli: Informe de Contraloría no tiene sustento técnico", 22 de mayo de 2017.

[381] Réplica de las Demandantes, párr. 15.

Adenda N.º 1 no fue suscripta a pedido o en beneficio de Kuntur Wasi (quien perdió el *spread* del 2,5 %); sino que fue pedida, diseñada y redactada por Perú[382].

305. En este sentido, las Demandantes hacen referencia, entre otros, al hecho de que el propio Ministro Vizcarra reconoció que el Contrato mismo no estipulaba de qué manera la variable "i" debía ser calculada:

> *El MTC, bajo mi gestión, siguiendo estrictamente las recomendaciones de la Contraloría General de la República:*
>
> *1. Confirmó a través de ProInversión, mediante Oficio No. 372-2016/PROINVERSIÓN/DE del 26 de octubre de 2016, que, efectivamente, los informes financieros del Consultor Integral NO fueron de conocimiento de los postores. Para efectos de la Contraloría General de la República, esta situación podría generar que cada postor aplique metodologías y supuestos diferentes para formular sus propuestas, en tanto dichos documentos no formaban parte de la información disponible como parte del proceso de promoción del referido proyecto…*[383]
>
> *Para calcular el pago trimestral, considerando la oferta del postor (USD 264,8 millones de cofinanciamiento), se requiere el uso de una tasa. Dado que el Contrato de Concesión no establece el valor de una tasa máxima a utilizar, Kuntur Wasi, con el aval del contrato suscrito en julio de 2014, tenía la posibilidad de presentar cualquier tasa para realizar el Cierre Financiero. Esta tasa es la que definía el valor del pago trimestral del cofinanciamiento por parte del Estado*[384].

306. Asimismo, las Demandantes se basan en el hecho de que todas las entidades peruanas (como OSITRAN, el MTC, el MEF) y los funcionarios (el Presidente Kuczynski, el Ministro Vizcarra, etc.) competentes tuvieron amplias oportunidades de oponer objeciones

[382] Réplica de las Demandantes, párrs. 17, 18, 50 y ss.

[383] Réplica de las Demandantes, párr. 270; Réplica de las Demandantes, párr. 270, donde se cita el **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 31.

[384] Réplica de las Demandantes, párr. 270; Réplica de las Demandantes, párr. 270, donde se cita el **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 50, 51.

a la propuesta de financiamiento de Kuntur Wasi o a la Adenda No.1 y nunca lo hicieron[385]. Como fundamento para este alegato, las Demandantes señalan entre otras cuestiones, que el 18 de mayo de 2017, el Ministro Vizcarra se presentó ante el Congreso en el contexto de una interpelación, justo después de que se aprobara la Adenda N.º 1, y confirmó que no había razón de interés público que justificara la resolución unilateral del Contrato de Concesión[386]:

> *… Declarar una razón de interés público requiere un sustento firme y la firma de varios Ministros. Sin duda si existieran esas razones [de interés público] se podría invocar esa cláusula [15.5], en el caso del Aeropuerto "Chinchero" no había forma de configurar una situación legal de ese tipo.*
>
> *Caducar un contrato en forma unilateral necesariamente pasa por el "CIADI" y si el sustento [para la terminación] es débil las indemnizaciones a cargo del Estado serían lamentables para el erario nacional…*
>
> *Haber roto unilateralmente el contrato hubiese implicado que el Estado incurra en un arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). De perder el caso, la indemnización a Kuntur Wasi incluiría, por lo menos, US$ 8 millones por indemnización, más el lucro cesante del contrato (US$ 264.8 mm) entre otros*[387].

307. De acuerdo con las Demandantes, el discurso del Ministro Vizcarra ante el Congreso expresaba la posición formal del Gobierno peruano en ese momento, es decir, que era en interés público que Kuntur Wasi construyera el Aeropuerto Chinchero y que no había justificación para resolver el Contrato[388]. Las Demandantes se basan en las declaraciones del Ministro Vizcarra, las que, en su opinión, son vinculantes para Perú y constituyen evidencia contemporánea que respalda su posición en este caso. Según las Demandantes, las declaraciones del Ministro Vizcarra son vinculantes para Perú porque el Sr. Vizcarra se desempeñaba, al momento de hacer tales declaraciones, como Ministro de Transporte, que

[385] Réplica de las Demandantes, párrs. 20, 22, 74-81, 448 y ss.

[386] Réplica de las Demandantes, párrs. 8, 9, 82 y ss.

[387] Réplica de las Demandantes, párrs. 8, 265, donde se cita el **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 23, 24; Memorial de las Demandantes, párrs. 248-250.

[388] Réplica de las Demandantes, párrs. 8-10, 263 y ss.

es la autoridad de mayor jerarquía en relación con el Contrato de Concesión, y porque las declaraciones fueron hechas en el contexto de una interpelación ante el Congreso. Las Demandantes sostienen que, bajo el derecho peruano, las entidades públicas tienen la obligación de suministrar información precisa y confiable y no pueden contradecir sus "actos propios"[389]. Por lo tanto, las Demandantes concluyen que de conformidad con los principios de "expectativa legítima", buena fe y "actos propios", dichas declaraciones son vinculantes[390].

308. Según las Demandantes, el anuncio del Ministro Giuffra del 4 de junio de 2017 —en medio de las negociaciones con Kuntur Wasi— en el que sostuvo que "Kuntur Wasi no participar[ía] en la construcción y operación del aeropuerto internacional de Chinchero"[391] y que Kuntur Wasi había acordado resolver el Contrato, derivó de la presión política a la cual estaba sometido[392]. El hecho de que la resolución obedeció a presiones políticas también queda demostrado, según las Demandantes, por el hecho de que luego de la declaración del Ministro Giuffra, la oposición anunció que ya no presentaría mociones contra el Ministro Giuffra[393].

309. Con respecto al punto (ii)[394] anterior, es decir, la afirmación de la Demandada según la cual el Contrato fue resuelto debido a que Kuntur Wasi no logró obtener el financiamiento necesario para las obras, las Demandantes alegan que esta afirmación es una construcción *ex post facto* y que carece de fundamento[395]. Las Demandantes afirman que si ésta hubiera sido la verdadera razón para la resolución del Contrato, la notificación formal la habría mencionado[396]. De hecho, según las Demandantes, no hay ningún documento

[389] En el contexto de la objeción jurisdiccional, las Demandantes utilizan el término "estoppel" como alternativa inglesa a la doctrina de los actos propios (por ejemplo, Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes, párrs. 35-50). Las Demandantes también se refieren a los actos propios en el contexto de las declaraciones del Ministro Vizcarra ante el Congreso y su impacto en el supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión por parte del Perú. El Tribunal sólo utilizará el término original en español para referirse a la doctrina de los actos propios.

[390] Réplica de las Demandantes, párrs. 264, 272-292.

[391] Memorial de las Demandantes, párr. 257.

[392] Réplica de las Demandantes, párr. 27; **Anexo C-40**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "Gobierno y Kuntur Wasi acordaron resolver contrato por Chinchero, anuncia Giuffra", 4 de junio de 2017.

[393] Memorial de las Demandantes, párr. 258.

[394] Ver *párr.* 293 *supra.*

[395] Réplica de las Demandantes, párrs. 117 y ss.

[396] Réplica de las Demandantes, párr. 119.

contemporáneo que respalde la posición de que el motivo de la resolución fue la supuesta demora causada por el incumplimiento de Kuntur Wasi respecto de la obtención de financiamiento[397]. Ninguno de los informes emitidos el 13 de julio de 2017 a solicitud del MTC recomendaba la resolución del Contrato de Concesión: el alcance de estos informes se limitaba a evaluar el interés público en la construcción del Aeropuerto Chinchero[398].

310. Asimismo, las Demandantes señalan que el Ministro Vizcarra reconoció expresamente que Kuntur Wasi no había incumplido el Contrato de Concesión y que, por lo tanto, el Estado no podía resolver el Contrato por causa de incumplimiento:

> *En el proceso de modificación contractual se analizó la factibilidad de optar por la caducidad del Contrato de Concesión, por incumplimiento de obligaciones a cargo del Concesionario (Cierre Financiero) o por decisión unilateral del Concedente (MTC).*
>
> *En el primer caso, se determinó que no era factible invocar dicha causal ya que, como anteriormente he señalado, el Concesionario presentó el Endeudamiento Garantizado Permitido.*
>
> *En el segundo caso, optar por la decisión unilateral implicaba pagar al Concesionario un monto equivalente al de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión ascendente a US$ 8 millones 687 mil, más las peticiones de lucro cesante que pueden llegar a cifras similares al valor de la construcción del Proyecto, entre otros conceptos. Por lo que se concluyó que era más conveniente suscribir la Adenda*[399].

311. Con respecto al punto (iii)[400], la afirmación de la Demandada en el sentido de que en virtud del informe de la Contraloría, no tenía otra opción más que resolver el Contrato[401], las Demandantes explican que bajo el derecho peruano, la Contraloría no era competente para

[397] Réplica de las Demandantes, párr. 120.

[398] Réplica de las Demandantes, párrs. 33, 123 y ss.

[399] Réplica de las Demandantes, párr. 269, donde se cita el **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 28.

[400] Ver *párr*. 293 *supra*.

[401] Réplica de las Demandantes, párr. 398.

ordenar la resolución del Contrato de Concesión[402]. La Contraloría solo podía hacer recomendaciones para mejorar la calidad de las acciones del Estado o bien iniciar acciones administrativas o legales contra los empleados públicos por sus acciones[403]. Las decisiones adoptadas por las entidades a cargo de los "proyectos de inversión" como el MTC no están sujetas al control de la Contraloría; más bien, tales entidades gozan de cierto grado de discreción en virtud de la legislación peruana para "optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la ley."[404].

312. Según sostienen las Demandantes, que el MTC no estaba sujeto a las recomendaciones de la Contraloría está demostrado por el hecho de que, en ocasiones anteriores, el MTC había ejercido su discreción y había adoptado conductas contrarias a las recomendaciones de la Contraloría[405]. Y en cualquier caso, el informe de la Contraloría en ningún momento recomienda la resolución del Contrato de Concesión[406].

313. En respuesta a la afirmación de la Demandada en el punto (iv)[407] anterior, en el sentido de que los hechos ocurridos entre junio y julio de 2017 justificaron la resolución del Contrato de Concesión, las Demandantes alegan que ni la suspensión de las obligaciones, ni el documento "Alternativas de Solución" de fecha 1 de junio de 2017 (la "Hoja de Ruta"), ni

[402] *Ver también* **Anexo CD-4**, Presentación de la Dra. Quiñones, págs. 21, 22; Alegato de Cierre de las Demandantes, pág. 36.

[403] Réplica de las Demandantes, párrs. 399-403. *Ver también* **Anexo CD-4**, Presentación de la Dra. Quiñones, págs. 21, 22: "El Informe Final de la Contraloría […] [n]o tiene ninguna incidencia en cuanto a la validez o legalidad del Contrato de Concesión y su Adenda 1".

[404] **Anexo CD-4**, Presentación de la Dra. Quiñones, págs., 21, 22. Las Demandantes también argumentan que las leyes invocadas por Perú son inadecuadas, ya que no estaban en vigor cuando la Contraloría emitió su informe. *Ver también* Réplica de las Demandantes, párrs. 405, 406, 416 y ss.; Transcripción, Día 9 (Español), 2117:5-15; Transcripción, Día 8 (Inglés), 1902:13-22; 1903: 1-13: La Dra. Quiñones declaró que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control **(Anexo R-73**), "…le prohíbe emitir recomendaciones vinculadas a, éste, decisiones que son discrecionales de otros órganos" [entonces] "si hay una recomendación que va en contra de la Ley del Sistema Nacional de Control, esa recomendación no es de obligatorio cumplimiento y no es vinculante. Y máxime en lo que se refiere a la ley de APP, porque hay una ley especial, que es la ley de APP, que establece que las opiniones de la Contraloría no tienen — no son vinculantes tampoco". Transcripción, Día 8 (Español), 1902:18-22, 1903:1-7.

[405] Réplica de las Demandantes, párrs. 408, 409. Transcripción, Día 9 (Español), 2115:1-2114.

[406] Réplica de las Demandantes, párrs. 411 y ss. Transcripción, Día 9 (Español), 2120:7-10.

[407] Ver *párr*. 293 *supra*.

el período de seis meses presuntamente solicitado por Kuntur Wasi para obtener el financiamiento, justifican la resolución[408].

314. Las Demandantes cuestionan la afirmación de Perú, de que dado que el informe del MTC del 13 de julio de 2017 indicaba que las obligaciones "se encuentran suspendidas temporalmente sin que aparentemente se hubiese previsto la continuación normal de las obligaciones una vez que dicha suspensión concluya"[409], la Demandada estaba justificada para resolver el Contrato. Las Demandantes explican que el hecho de que las obligaciones fueran suspendidas con posterioridad al informe de Controlaría no indica que cualquiera de las Partes estaba facultada para resolver el Contrato[410]. Asimismo, la Cláusula 4.3.1 del Contrato de Concesión expresamente establecía que toda suspensión sería temporal, y que las Partes tenían la obligación de procurar reanudar el cumplimiento de sus obligaciones lo antes posible[411].

315. De acuerdo con las Demandantes, el documento "Alternativas de Solución" del 1 de junio de 2017 no establece ninguna obligación y ciertamente no constituye una renuncia a los derechos de las Demandantes en virtud del Contrato de Concesión. Los escenarios contemplados en el documento "Alternativas de Solución" se utilizaron como base para las negociaciones y requirieron el acuerdo de las Partes. En cualquier caso, las Demandantes sostienen que el Estado en realidad no llevó a cabo ninguna negociación con Kuntur Wasi como se establece en el documento "Alternativas de Solución", ya que luego decidió en menos de tres días resolver el Contrato[412].

316. Asimismo, según las Demandantes, si las "Alternativas de Solución" hubiesen sido vinculantes, no habría sido necesario que Perú resolviese unilateralmente el Contrato de Concesión: habría sido suficiente que invocara el supuesto acuerdo del 1 de junio de 2017. También señalan las Demandantes que ninguno de los informes emitidos por el MTC y por

[408] Réplica de las Demandantes, párr. 425.
[409] Réplica de las Demandantes, párr. 426.
[410] Réplica de las Demandantes, párr. 427.
[411] Réplica de las Demandantes, párr. 429.
[412] Réplica de las Demandantes, párrs. 435 y ss.

el MINCETUR el 13 de julio de 2017, los que en opinión de la Demandada proporcionan el fundamento para la resolución, mencionan las "Alternativas de Solución"[413].

317. Por último, las Demandantes también niegan haber solicitado un período adicional de seis meses luego de que se firmara el documento "Alternativas de Solución" para obtener el financiamiento, y sostienen que, aun si ese hubiera sido el caso, seis meses habría sido un plazo razonable para obtener financiamiento[414].

(b) Perú no dio explicación alguna para la resolución

318. En segundo lugar, como se explicó anteriormente en el punto (ii)[415], las Demandantes alegan que en virtud del Contrato de Concesión y del derecho peruano, la solicitud de resolución debe estar fundamentada. En este sentido, las Demandantes alegan que de acuerdo con la Cláusula 15.5.1 toda resolución unilateral del Contrato de Concesión debía estar "debidamente fundada"[416]. Este es un requisito también establecido en el derecho peruano y por la Corte Constitucional, que limita el ejercicio de la función pública[417]. Está claramente estipulado en el derecho peruano que el Estado debe fundamentar suficientemente sus decisiones y, en particular, la fundamentación debe: (a) identificar el interés público específico que se afecta y de qué manera la decisión pública resolverá el problema[418]; (b) ser clara y puntual, es decir, no puede ser abstracta[419]; y (c) debe ser precisa y consistente con la realidad[420].

---

[413] Réplica de las Demandantes, párrs. 440, 441.

[414] Réplica de las Demandantes, párrs. 443, 444.

[415] Ver *párr.* 289 *supra*.

[416] Réplica de las Demandantes, párrs. 297 y ss.

[417] Memorial de las Demandantes, párrs. 265, 266.

[418] Memorial de las Demandantes, párr. 270; **Anexo CL-11**, Corte Superior de Justicia de Lima, Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, Sub Especialidad en Temas de Mercado, Municipalidad Metropolitana de Lima c. INDECOPI y Centrica Entertainment S.A.C., Expediente N.º 4649-2017, Resolución N.º 22, 1 de julio de 2019. Pág. 15.

[419] Memorial de las Demandantes, párr. 270; **Anexo CL-12**, Tribunal Constitucional del Perú, María Jesus Bustamante Agüero y otros c. Octavo Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de Lima, y Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Expediente N.º 05608-2013-PA/TC, Sentencia, 16 de abril de 2014, párr. 31; **Anexo CL-13**, Corte Suprema de Justicia de la República, Eliseo Matías Alvarado García c. Municipalidad Distrital de Comas, Casación N.º 194-2017 Lima Norte, 17 de marzo de 2019, párr. 8.

[420] Memorial de las Demandantes, párr. 270; **Anexo CL-3**, Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, Sentencia, 5 de julio de 2004, párr. 13. *Ver también* Réplica de las Demandantes, párrs. 316 y ss.

319. En opinión de las Demandantes, la comunicación oficial del MTC a Kuntur Wasi del 13 de julio de 2017 no contenía ninguna explicación sobre el "interés público" que respaldaba la decisión de rescindir el Contrato de Concesión y, por lo tanto, no cumple ninguno de los requisitos antes mencionados. Recordemos que la notificación decía lo siguiente:

> *"[E]n la actual situación no es posible concretar la ejecución del Proyecto en la forma y oportunidad originalmente previstas, lo cual pone en peligro el logro de la finalidad pública de alto interés nacional de dotar al Cusco de un nuevo aeropuerto internacional.*
>
> *En este escenario, la solución que se encuentra más acorde con los intereses públicos involucrados es la resolución unilateral del Contrato AICC prevista en el numeral 15.5.1 del mismo"*[421].

320. Las Demandantes alegan que la decisión del MTC no se refiere a ningún interés público afectado por el Contrato de Concesión, sino que establece simplemente que el Aeropuerto Chinchero era "de interés público" y que la construcción estaba en peligro por la "situación actual" y que "no e[ra] posible concretar la ejecución"[422]. Sin embargo, el MTC no mencionó a qué situación se refería; por qué la ejecución del Proyecto no era posible; ni por qué la resolución del Contrato era la solución al supuesto problema[423]. Asimismo, la comunicación del MTC solo incluye alegaciones vacías que carecen de fundamento y no son claras[424].

321. Según las Demandantes, el hecho de que el MTC hubiese emitido un extenso informe de 83 páginas cuando la Adenda N.º 1 fue aprobada contrasta con el escaso razonamiento ofrecido por el MTC en su comunicación para resolver el Contrato de Concesión. Las Demandantes sostienen que un cambio tan radical en la posición oficial del Estado debería haber sido explicado por el MTC[425]. Según las Demandantes, Perú ha intentado usar el

[421] **Anexo C-44**, Oficio N.º 142-2017-MTC/01, 13 de julio de 2017, pág. 2.
[422] Memorial de las Demandantes, párr. 273.
[423] Memorial de las Demandantes, párrs. 273, 274.
[424] Memorial de las Demandantes, párr. 276; Réplica de las Demandantes, párrs. 123-142.
[425] Réplica de las Demandantes, párrs. 308-311.

concepto de "interés público" como un comodín en beneficio propio a lo largo de este arbitraje[426].

322. Las Demandantes también afirman que ninguno de los informes del 13 de julio de 2017 emitidos por el MTC y por el MINCETUR —los que nunca fueron compartidos con las Demandantes hasta este arbitraje y en los cuales se basa la Demandada— establece si la resolución del Contrato de Concesión era en pos del interés público; mas bien, solo consideran si la construcción del Aeropuerto Chinchero era en atención al interés público[427]. Esto también fue reconocido expresamente por el Ministro Giuffra, quien declaró que él había solicitado estos informes al MTC y al MINCETUR para confirmar "si aún era de interés público construir el Aeropuerto de Chinchero"[428].

323. Las Demandantes también señalan que el argumento de la Demandada que sostiene que estos informes fueron el fundamento para su decisión debe fracasar debido a cómo se sucedieron los hechos en el tiempo. En particular, las Demandantes mencionan el hecho de que el MTC solicitó los informes recién el 12 de julio de 2017, es decir, apenas un día antes de que fueran emitidos, y que no es creíble que el MTC analizara los informes, emitiera la notificación formal de resolución, la enviara a un notario público y luego a las Demandantes, todo en un solo día[429].

324. Según las Demandantes, todo este procedimiento "*fast track*" contrasta con los informes emitidos en relación con la Adenda N.º 1, que específicamente analizaban si la celebración de la Adenda era en atención al interés público[430]. En opinión de las Demandantes, si el Estado cambiara su posición en forma tan radical, lo mínimo que se podría esperar es que los informes expliquen por qué ya no era de interés público continuar con el Contrato de Concesión. Sin embargo, no hay un solo documento que analice esto[431].

[426] Réplica de las Demandantes, párr. 307.
[427] Réplica de las Demandantes, párrs. 126-132, 313-315, 339-343.
[428] Réplica de las Demandantes, párr. 129, donde se cita el **Anexo RWS-1**, Primera Declaración de Giuffra, párr. 20.
[429] Réplica de las Demandantes, párrs. 135-139.
[430] Réplica de las Demandantes, párrs. 133, 139.
[431] Réplica de las Demandantes, párrs. 139, 140.

325. Por último, las Demandantes también alegan que la comunicación del MTC, que también incumple el derecho peruano, contiene declaraciones falsas y por lo tanto resulta arbitraria. En particular, las Demandantes objetan la declaración del MTC que sostiene que "no [era] posible concretar la ejecución"[432]. Según las Demandantes, siempre hicieron todo lo posible para finalizar la ejecución del Aeropuerto Chinchero tal como estaba contemplado originalmente en el Contrato y cumplieron con el Contrato y negociaron de buena fe con el Estado toda vez que fue necesario[433]. Las Demandantes alegan que resolver el Contrato y designar un nuevo concesionario no habría generado una reducción de tiempo ni de costos, y Perú estaba al tanto de ello cuando el MTC emitió la comunicación[434]. De hecho, si Perú no hubiera resuelto del Contrato de Concesión, la Adenda N.º 1 contemplaba que las obras habrían comenzado en abril de 2017. No obstante, la resolución unilateral del Contrato por parte de Perú y la posterior apertura de un nuevo concurso generaron demoras significativas y mayores costos para el Estado[435].

326. Ante el argumento de la Demandada que dice que, de acuerdo con el derecho peruano, aquella no tiene la obligación de expresar los motivos para su decisión de resolver el Contrato de Concesión, las Demandantes afirman que la posición de Perú en relación con la Cláusula 15.5.1 del Contrato de Concesión es contraria tanto a una interpretación literal como sistémica, tal como lo exige el Artículo 169 del Código Civil peruano. En particular, las Demandantes alegan que si una decisión no contiene el razonamiento que le sirve de base, entonces no es una decisión "debidamente fundada" tal como lo exige la Cláusula 15.5.1 del Contrato de Concesión[436]. Una interpretación sistémica del Contrato de Concesión también indica que se deben dar los motivos. En especial, las Demandantes se apoyan en el hecho de que: (a) la Cláusula 15.5.1 exige que la resolución unilateral debe

[432] Memorial de las Demandantes, párr. 279.

[433] Memorial de las Demandantes, párr. 280.

[434] Memorial de las Demandantes, párr. 289. *Ver también* **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 24: "Cabe señalar que postergar el proyecto generaría altos costos sociales y económicos para el Estado, debido a que se tendría que volver a iniciar el proceso de concurso público para construir el aeropuerto, ya sea mediante un APP o como Obra Pública. Se estima un tiempo promedio de 4-5 años para iniciar las obras del aeropuerto en ambas modalidades, contar con el aeropuerto en operación en ambas modalidades, según lo indicado en los siguientes cuadros es el tiempo que se perdería".

[435] Memorial de las Demandantes, párrs. 285-289.

[436] Réplica de las Demandantes, párrs. 322, 323.

ser notificada con anticipación y por escrito; (b) la Cláusula 15.5.2 requiere que la comunicación esté firmada por el ministro responsable de atender "tal problema de interés público"[437]; y (c) otras cláusulas del Contrato de Concesión que incluyen los términos "debidamente fundada" requieren en forma expresa un razonamiento fundamentado que respalde la decisión[438]. De acuerdo con las Demandantes, este requerimiento también se encuentra en las leyes peruanas aplicables a todos los actos de la administración[439].

327. Asimismo, las Demandantes objetan la posición de la Demandada según la cual el derecho administrativo peruano (y, en especial, los requerimientos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General – LPAG) no es aplicable a los actos del MTC en relación con el Contrato de Concesión. Para las Demandantes el Contrato de Concesión es una "relación jurídica de derecho público" que se relaciona con una concesión, que es un "acto administrativo"; y como tal, se encuentra regida por las disposiciones establecidas en el propio Contrato de Concesión y también por las normas del derecho administrativo[440]. Esto significa que los requerimientos del derecho administrativo relativos a los actos públicos son igualmente aplicables a los actos del MTC en relación con el Contrato de Concesión[441].

328. Además, las Demandantes también objetan la afirmación de la Demandada que sostiene que el Estado tiene plena discreción para definir qué es de interés público y qué no lo es, y que esa determinación no es arbitrable[442]. Según las Demandantes, no hay sustento ni legal ni contractual para la postura de Perú. El Contrato de Concesión establece en forma inequívoca —en las Cláusulas 15.5.1, 15.8.7 y 16.2.1— que las controversias relativas a la resolución por razones de interés público, incluso una diferencia respecto de si existió un interés público, pueden ser sometidas a arbitraje[443]. Aceptar la interpretación que hace la Demandada de la Cláusula 15.5.1 despoja de todo efecto al requerimiento de que el Estado

[437] Réplica de las Demandantes, párr. 323.

[438] Réplica de las Demandantes, párrs. 324, 325.

[439] Réplica de las Demandantes, párrs. 328 y ss. Según la opinión de las Demandantes, no hay distinción entre los diferentes tipos de Cláusulas de terminación unilateral de contratos en virtud del derecho peruano.

[440] Réplica de las Demandantes, párrs. 348-352.

[441] Réplica de las Demandantes, párrs. 354, 355.

[442] Réplica de las Demandantes, párrs. 380-382.

[443] Réplica de las Demandantes, párrs. 384-388.

establezca "razones de interés público debidamente fundadas"[444]. Las Demandantes también sostienen que el experto de la Demandada, el Dr. Ferrando, no puede señalar ni una sola fuente en el derecho peruano que respalde su postura, simplemente porque el derecho peruano exige que las decisiones que se toman en atención a un interés público pueden ser sometidas a procesos de resolución de controversias[445].

(c) La decisión de resolución de Perú no fue ni razonable ni proporcional

329. En tercer lugar y por último, las Demandantes alegan que la decisión de Perú de resolver el Contrato de Concesión no fue ni razonable ni proporcional, como lo exige el derecho peruano[446]. Las Demandantes señalan que en el derecho peruano, las autoridades públicas están facultadas para resolver contratos de concesión en forma unilateral, siempre que la resolución sea necesaria y proporcional para atender el interés público en cuestión[447]. Para determinar si una medida del gobierno es proporcional, los tribunales nacionales analizan lo siguiente: (1) si la medida es adecuada para alcanzar el propósito pretendido; (2) si la medida es necesaria (es decir, es la alternativa con menores efectos perjudiciales); y (3) si la medida es proporcional. En este caso, las Demandantes sostienen que la decisión del MTC de resolver el Contrato de Concesión no cumplió con dichos requerimientos[448].

330. De acuerdo con las Demandantes, la decisión del MTC de resolver el Contrato de Concesión no fue ni adecuada para el propósito pretendido ni necesaria para lograr dicho propósito, que supuestamente consistía en reducir costos y tiempos de construcción del Aeropuerto Chinchero[449]. Por el contrario, las Demandantes señalan que la Demandada sabía, al momento de resolver el Contrato, que tener que buscar un nuevo concesionario

[444] Réplica de las Demandantes, párr. 389.

[445] Réplica de las Demandantes, párrs. 389 y ss.

[446] Memorial de las Demandantes, párr. 291; **Anexo CL-3**, Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, Sentencia, 5 de julio de 2004, párr. 36; **Anexo CL-16**, Tribunal Constitucional del Perú, Caso Compañía Cervecera Ambev Perú S.A., Expediente N.º 1209-2006-PA/TC, Sentencia, 14 de abril de 2006; párr. 55.

[447] Memorial de las Demandantes, párr. 292; **Anexo CL-15**, Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 2488-2004-AA/TC, 10 de octubre de 2006.

[448] Memorial de las Demandantes, párr. 293.

[449] Memorial de las Demandantes, párrs. 294, 295, 298, 299.

demoraría significativamente el Proyecto[450]. De hecho, las Demandantes sostienen que mientras bajo la Adenda N.º 1 las obras comenzarían en abril de 2017, Perú celebró un contrato con el Gobierno de Corea para la asistencia técnica del Proyecto recién en octubre de 2019, y se previó que el contrato para el movimiento de tierras se celebraría no antes de junio de 2020[451].

331. Asimismo, las Demandantes sostienen que la resolución del Contrato de Concesión no generó ahorros para el Estado, sino todo lo contrario, ya que Perú no solo tendría que pagar la indemnización a Kuntur Wasi, sino que además incurriría en más gastos para adaptar el EDI de Kuntur Wasi y encontrar un nuevo concesionario[452]. Según Kuntur Wasi, la construcción del Proyecto en virtud de la Adenda N.º 1 le habría costado al Estado USD 410 millones, mientras que ahora, de acuerdo con el contrato celebrado con el Gobierno de Corea, le costará USD 770 millones en total[453].

332. Respecto de si la medida es proporcional *stricto sensu*, Kuntur Wasi alega también que en tanto la resolución del Contrato de Concesión no resultó en un beneficio para el Estado, no puede considerarse que la medida haya sido proporcional[454].

333. Por último, las Demandantes también rechazan el argumento de la Demandada según el cual no es necesario analizar la razonabilidad o la proporcionalidad de la decisión del MTC[455]. Según las Demandantes, todas las decisiones que toman las entidades públicas, en tanto creen obligaciones o impongan restricciones, deben tomarse dentro de los límites de la competencia de la entidad, deben ser proporcionales y ajustarse al interés público que la medida pretende atender[456]. En opinión de las Demandantes, la decisión del MTC de resolver el Contrato de Concesión no solo no estuvo fundada en motivos de interés público,

[450] Memorial de las Demandantes, párr. 296, donde se cita el **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 24; Réplica de las Demandantes, párrs. 143 y ss.

[451] Réplica de las Demandantes, párrs. 145-148.

[452] Memorial de las Demandantes, párr. 300.

[453] Réplica de las Demandantes, párr. 149.

[454] Memorial de las Demandantes, párr. 301.

[455] Réplica de las Demandantes, párr. 360.

[456] Réplica de las Demandantes, párr. 367.

sino que en realidad fue motivada por el deseo del Ministro Vizcarra y del Ministro Giuffra de evitar la presión política[457]. Esto, según alegan las Demandantes, constituye una desviación de poder[458].

(ii) La posición de la Demandada

334. La Demandada sostiene que el Contrato de Concesión permite al MTC resolver unilateralmente dicho Contrato por motivos de interés público, que es precisamente lo que hizo el MTC.

(a) Perú resolvió el Contrato de Concesión por razones de interés público

335. La Demandada alega que la construcción del Aeropuerto Internacional Chinchero ha sido declarada una necesidad urgente y pública en Perú desde el año 2001. Esto fue reconfirmado por el Estado en 2010 y luego una vez más en 2017, cuando el Estado y el MINCETUR llegaron a la conclusión de que la construcción del Aeropuerto Chinchero era un "proyecto urgente de necesidad pública"[459].

336. Según la Demandada, la resolución del Contrato de Concesión estuvo debidamente fundada por motivos de interés público ya que, hacia 2017, Kuntur Wasi había demostrado ser un socio deficiente para construir el Aeropuerto, puesto que no había podido reunir un paquete de financiación razonable para completar la construcción del Aeropuerto, y ello había generado importantes demoras[460]. En particular, la Demandada se basa en dos hechos como fundamento para afirmar que la resolución del Contrato de Concesión era en atención al interés público.

337. En primer término, la Demandada sostiene que hacia mediados de 2017, Kuntur Wasi presentó un paquete financiero que no era razonable y habría causado un perjuicio económico al Estado[461]. Según la Demandada, tanto en virtud de las Bases como del

[457] Réplica de las Demandantes, párrs. 371 y ss.
[458] Réplica de las Demandantes, párr. 372.
[459] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 187. [Traducción del Tribunal]
[460] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 188.
[461] Dúplica de la Demandada, párr. 41.

Contrato de Concesión, el FPAO era el "límite acordado" o "techo" que representaba el monto máximo de valor neto que el Estado tendría que pagar por la construcción del Proyecto[462]. En opinión de la Demandada, contrario a las Demandantes que sostienen que el FPAO solo pretendía cubrir los costos de construcción, el FPAO no estaba atado a ninguna obra, tarea o actividad[463]. La Demandada sostiene que ni la definición del FPAO en el párrafo 45 de las Bases, ni la Cláusula 1.54 ni el Anexo 23 del Contrato de Concesión respaldan el argumento de las Demandantes según el cual el FPAO estaba limitado a los costos de construcción. Estos instrumentos simplemente definen el FPAO como el monto del valor neto que sirve como base para el cálculo de los pagos trimestrales[464].

338. La Demandada reconoce que PROINVERSIÓN aclaró, durante el concurso —en una respuesta a los oferentes— que el PAO no estaba limitado a los costos de construcción, sino que correspondía al monto que cada oferente necesitaba que fuera cofinanciado por el Estado[465]. No obstante, de acuerdo con la Demandada, el hecho de que PROINVERSIÓN solo estableció que el PAO no estaba limitado a los costos de construcción —pero no estableció lo mismo respecto del FPAO— no significa que el FPAO y el PAO debían ser comprometidos para distintos costos: en opinión de la Demandada, el PAO es el FPAO multiplicado por la tasa de interés (es decir, la tasa de endeudamiento del concesionario) divido por 60[466].

339. Asimismo, según la Demandada, habría sido absurdo que el Estado seleccione el oferente sobre la base del FPAO más bajo, y luego éste cobre al Estado por costos adicionales ilimitados a través del PAO. Esto es contrario tanto al diseño del concurso como a la función misma del proceso de compras públicas[467].

[462] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 62; Dúplica de la Demandada, párrs. 44, 45.

[463] Dúplica de la Demandada, párrs. 42, 43.

[464] Dúplica de la Demandada, párrs. 45-47; **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Anexo N.º 7; **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.54.

[465] Dúplica de la Demandada, párr. 50, donde se cita el **Anexo R-84**, Circular N.º 60 respecto del Concurso Chinchero, 17 de enero de 2014, consultas 60, 91, 102, 105.

[466] Dúplica de la Demandada, párr. 51.

[467] Dúplica de la Demandada, párr. 57.

340. La Demandada sostiene que en virtud de la interpretación del Contrato que hacen las Demandantes, el hecho de que la "tasa de retorno promedio ponderado" no estuviera definida el Contrato no significaba que era ilimitada. Según la Demandada, el hecho de que el Apéndice 1 del Anexo 23 defina la variable "i" como la "tasa de descuento trimestral" esencialmente significa la tasa de interés y, por lo tanto, que la tasa promedio ponderado será la tasa de interés promedio ponderado que el concesionario podría obtener para su financiamiento[468].

341. Por último, la Demandada sostiene que los oferentes sabían o deberían haber sabido que la presunción de PROINVERSIÓN —sobre la base del Modelo Financiero de ALG— era que la variable "i" daría un interés asociado al endeudamiento del 7,01 % más una ganancia adicional (*spread*) del 2,50 %. En particular, la Demandada alega que los oferentes tenían acceso a la opinión técnica de OSITRAN sobre la versión definitiva del Contrato de Concesión, que incluía una explicación del entendimiento por parte del Estado de las variables aplicables a la fórmula del PAO trimestral[469]. Si bien reconoce que la opinión de OSITRAN no es vinculante, la Demandada alega, no obstante, que es "muy relevante", ya que proporcionaba a los oferentes un medio directo para comprender la lectura que hacía el Estado así como los planes de aplicación de términos económicos claves del Contrato[470], y que estaba disponible para el público[471].

342. En segundo término, la Demandada también explica que como resultado de los informes de la Contraloría, el Contrato no podía ser ejecutado en virtud de los términos de la Adenda N.º 1, salvo que las Partes lograran llegar a un acuerdo para modificar ciertos términos. En opinión de la Demandada, Contraloría estaba facultada para controlar el uso de fondos públicos en Perú y revisar las decisiones de las entidades estatales a fin de determinar si éstas podrían resultar perjudiciales para el Tesoro peruano (Ley 27.785)[472]. En este caso, el informe de la Contraloría estableció que las modificaciones al Contrato incluidas en la

[468] Dúplica de la Demandada, párrs. 59 y ss.

[469] Dúplica de la Demandada, párr. 65, 66; **Anexo R-57**, Informe N.º 057-13-GRE-GS-GAJ-OSITRAN, Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, 27 de diciembre de 2013, párrs. 108, 109.

[470] Dúplica de la Demandada, párr. 68.

[471] Dúplica de la Demandada, párr. 71.

[472] Transcripción, Día 9 (Español), 2241: 3-7.

Adenda N.º 1 violaban las normas del derecho peruano, ya que modificaban los términos competitivos del concurso y la estructura financiera del Contrato[473]. Por este motivo, la Contraloría instó al MTC a reestablecer el equilibrio económico original del Contrato[474].

343. La Demandada sostiene que la decisión de modificar la estructura financiera y reasignar los riesgos financieros del Proyecto, y de modificar los términos competitivos en función de los cuales los oferentes presentaron sus ofertas, no eran decisiones respecto de las cuales el MTC tuviera discreción[475]. En el derecho peruano, toda modificación al Contrato de Concesión debería mantener el "equilibrio económico financiero" y las "condiciones del proceso de promoción"[476]. Por lo tanto, el informe de auditoría de la Contraloría era vinculante y el hecho de no observar los hallazgos de la Contraloría podría haber derivado en procesos penales, civiles y administrativos contra los funcionarios gubernamentales involucrados en los actos que derivaron en las observaciones de la Contraloría[477].

344. Luego del informe de la Contraloría, las Partes llevaron adelante negociaciones y acordaron que, si no lograban un acuerdo respecto de la modificación de ciertos términos, resolverían mutuamente el Contrato. Según la Demandada, hacia mediados de 2017, resultaba claro que las Partes no llegarían a tal acuerdo ya que Kuntur Wasi informó a la Demandada que necesitaría seis meses más para obtener el financiamiento en virtud de los nuevos términos negociados[478]. Esto llevó a la Demandada a creer que Kuntur Wasi nunca sería capaz de construir el Aeropuerto Chinchero, dejando al MTC sin otra alternativa más que resolver unilateralmente el Contrato de Concesión. En opinión de la Demandada, si el MTC no hubiese terminado el Contrato de Concesión, el Proyecto aún estaría paralizado[479].

[473] **Anexo RD-1**, Alegato de Apertura de la Demandada, dispositiva 65.

[474] Alegato de Cierre de la Demandada, pág. 58; Transcripción, Día 9 (Inglés), 1947:6-9.

[475] Transcripción, Día 9 (Español), 2241:13-18.

[476] Transcripción, Día 9 (Español), 2241:19-21; 2242: 1-3.

[477] Alegato de Cierre de la Demandada, pág. 59; Transcripción, Día 9 (Español), 2245:8-11. La Demandada también señala que en su informe final, la Contraloría concluyó que sospechaba dolo criminal y recomendó que se remitiera el informe al "Órgano Instructor Competente" y a la "Procuraduría Pública" para que iniciaran procedimientos judiciales y de sanción. (Transcripción, Día 9 (Español), 2245: 15-21; 2246: 1)

[478] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 56, 57.

[479] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 205-208.

345. En respuesta al argumento de las Demandantes que sostienen que toda discusión sobre la propuesta financiera de Kuntur Wasi es irrelevante dada a la Adenda N.º 1, la Demandada afirma que, en realidad, se trata de un hecho relevante porque provee contexto a la controversia en este arbitraje. Demuestra, según la Demandada, que Kuntur Wasi intentó cobrar una tasa de interés excesiva e irrazonable al Estado y que tuvo problemas financieros desde el comienzo de la Concesión[480].

346. Con respecto a las declaraciones del Ministro Vizcarra ante el Congreso en relación con el Contrato de Concesión y la Adenda N.º 1, la Demandada afirma que el Ministro Vizcarra únicamente defendió una posición política así como las políticas que apoyaba ante el ataque del Congreso; pero que sus declaraciones no constituyen una interpretación autorizada del Contrato de Concesión o del derecho peruano y no deberían tener valor persuasivo para el Tribunal[481].

(b) Motivos suficientes para la comunicación del MTC de julio de 2017

347. Según la Demandada, es en este contexto que debe leerse la comunicación del MTC de julio de 2017. La Demandada sostiene que la comunicación del MTC "explicaba que la incapacidad de Kuntur Wasi de ejecutar el Proyecto en virtud de los términos de la Concesión, ponía en riesgo la posibilidad de satisfacer el interés público de construir el Aeropuerto"[482] y, por lo tanto, el MTC no tuvo otra alternativa más que resolver el Contrato en pos de la construcción del Aeropuerto.

348. En respuesta al argumento de las Demandantes según el cual el derecho peruano exige que la resolución se encuentre debidamente fundamentada, y sea razonable y proporcional, la Demandada alega que este estándar aplica solo a los "actos administrativos", cuando el Estado emplea el *ius imperium*. Sin embargo, cuando un Estado celebra un contrato de concesión, como el contrato en cuestión en este caso, el Estado está actuando como parte comercial, y sus actos son valorados de conformidad con los términos del propio Contrato. De modo que el Tribunal no necesita determinar si la resolución del Contrato que hizo el

[480] Dúplica de la Demandada, párr. 27.

[481] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 376.

[482] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 190. [Traducción del Tribunal]

MTC fue razonable, proporcional o estuvo debidamente justificada de conformidad con el derecho peruano. Según la Demandada, las acciones de las propias Demandantes demuestran que no consideran que la resolución del Contrato por parte del MTC sea un acto administrativo, puesto que nunca procuraron objetar la resolución ante la entidad que llevó a cabo el acto, es decir, lo que sería el recurso normal contra actos administrativos, sino que recurrieron a los recursos disponibles en virtud del Contrato[483].

349. Asimismo, según la Demandada y su experto en derecho peruano, Dr. Ferrando, la Cláusula 15.5.1 del Contrato de Concesión no exige que el Estado provea razones "individualizadas, justificadas y desarrolladas" para resolver el Contrato[484]. Más bien, el Dr. Ferrando explica que el requerimiento que establece la Cláusula 15.5.1 de razones de interés público "debidamente fundadas" significa que tales razones de orden público deben existir y tener mérito, pero el MTC no tiene la obligación de probarlas al momento de notificar al Concesionario la resolución del Contrato. La Demandada alega asimismo que las Demandantes conocían o deberían haber conocido esta disposición del Contrato, pues estaba incluida en el Contrato de Concesión que Kuntur Wasi firmó como parte de su oferta para resultar adjudicataria de la Concesión[485].

350. El Dr. Ferrando explica también en su informe que el concepto de interés público no se encuentra definido ni en el derecho peruano ni en el Contrato, pero sí ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia de Perú. Según esta doctrina y jurisprudencia, a fin de determinar si algo es de "interés público", el Estado debe analizar las circunstancias caso por caso y establecer qué alternativa generará un beneficio general para la comunidad. Es importante destacar que el Dr. Ferrando señala que corresponde únicamente al Estado determinar sus prioridades y qué es de "interés público"[486].

[483] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 200-203; **Anexo RER-2**, Primera Declaración de Ferrando Gamarra, párrs. 14, 85.

[484] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 183.

[485]Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 184; **Anexo RER-2**, Primera Declaración de Ferrando Gamarra, párrs. 15, 58, 136.

[486] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 186; **Anexo RER-2**, Primera Declaración de Ferrando Gamarra, párrs. 16, 97-105.

351. No obstante, la Demandada sostiene que, aun cuando la resolución fuera considerada un acto administrativo, habría sido razonable, proporcional y habría estado debidamente justificada a la luz de las circunstancias. En particular, en opinión de la Demandada, las circunstancias que se describen a continuación evidencian que la resolución fue proporcional y razonable:

352. Hacia mediados de 2017, Kuntur Wasi había demostrado ser un socio inidóneo para construir y operar el Aeropuerto Chinchero. Específicamente, la Demandada menciona el hecho de que las Demandantes presentaron en primer lugar un paquete financiero irrazonable y que causaba un perjuicio económico al Estado. Ello paralizó el Proyecto y generó importantes demoras en el inicio de la construcción del Proyecto[487].

353. La Demandada también explica que, como consecuencia de los informes de la Contraloría, el Contrato no podía ejecutarse en los términos de la Adenda N.º 1 a menos que las Partes lograran llegar a un acuerdo para modificar ciertas condiciones. Las Partes entablaron negociaciones y acordaron que, si no conseguían llegar a un acuerdo sobre la modificación de determinados términos, resolverían mutuamente el Contrato. Para la Demandada, a mediados de 2017, se hizo evidente que las Partes no podrían llegar a tal acuerdo, ya que Kuntur Wasi informó a la Demandada que necesitaría seis meses adicionales para obtener financiamiento en virtud de los nuevos términos negociados[488].

b. El análisis del Tribunal

354. Las Partes han discutido en extenso sobre los requisitos necesarios para que el Estado peruano terminase legítimamente el Contrato de Concesión por razones de interés público. La Cláusula 15.5.1 regula esta causal de resolución en los siguientes términos:

> *Por razones de interés público debidamente fundadas, el CONCEDENTE tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión en cualquier momento, mediante notificación previa y por escrito al CONCESIONARIO con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación. En igual plazo*

[487] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 205; Dúplica de la Demandada, párrs. 23-27.
[488] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 205-208.

deberá notificar tal decisión a los Acreedores Permitidos[489].

355. Las Demandantes sostienen, a partir de dicha cláusula, que Perú no estaba habilitado para resolver el Contrato de Concesión a su mera discreción, sino que únicamente podía resolverlo por "razones de interés público debidamente fundadas". Según Kuntur Wasi, esto significa que la resolución del Contrato podía ejercerse siempre y cuando: (i) existiera un interés público, (ii) la decisión fuera motivada y (iii) la decisión fuera razonable y proporcional[490].

356. La Demandada sostiene, en cambio, que el Estado peruano tiene la facultad de resolver el Contrato de Concesión toda vez que (i) exista una razón de interés público y (ii) ésta sea verdadera[491].

357. El Estado peruano argumenta que la terminación era una medida necesaria para satisfacer el interés público de construir el Aeropuerto Chinchero, toda vez que, atendidas diversas circunstancias posteriores a la adjudicación, Kuntur Wasi habría demostrado ser un socio incompetente para conseguir ese fin[492]. Aunque las Demandantes no discuten que la pronta construcción del Aeropuerto Chinchero haya sido el interés público que justificaba el Proyecto, controvierten que terminar el Contrato de Concesión fuese la vía necesaria para conseguirlo[493].

358. De esta manera, las Partes coinciden en que la terminación legítima del Contrato de Concesión, de acuerdo con la Cláusula 15.5.1, supone al menos la existencia de un interés público que justifique la resolución. Más allá de la necesidad de motivar la decisión, del momento oportuno para ejercerla y de su eventual razonabilidad y proporcionalidad, resulta claro para el Tribunal que la resolución debe estar apoyada en un *interés público* real que la justifique. En caso contrario, la resolución sería infundada y, por tanto, constituiría una infracción al Contrato de Concesión.

---

[489] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.5.1.

[490] *Ver* párr. 289 *supra*.

[491] *Ver* párr. 349 *supra*.

[492] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 187, 188, 204, 205.

[493] Memorial de las Demandantes, párrs. 263, 265.

359. De este modo, el Tribunal debe analizar, ante todo, si la decisión del Estado peruano de poner término anticipado al Contrato de Concesión estuvo justificada en una suficiente razón de interés público. A efectos de orden, el análisis de esta cuestión se estructurará en función de las circunstancias que, según Perú, demostrarían la falta de idoneidad de Kuntur Wasi para llevar adelante el Proyecto, que es precisamente la razón de interés público invocada por la Demandada[494]. Tales circunstancias son: (i) la inhabilidad de Kuntur Wasi para presentar una propuesta de financiamiento razonable, (ii) la invalidez del Adenda N.º 1, y (iii) la necesidad de Kuntur Wasi de contar con un plazo adicional de seis meses para buscar financiamiento[495].

360. Analizados estos hechos, esta sección concluye, en la subsección (iv), que la Demandada no acreditó la existencia de circunstancias que justificaran considerar a Kuntur Wasi como un contratista deficiente para ejecutar el Proyecto. En consecuencia, las razones de interés público alegadas por Perú fueron insuficientes para configurar la resolución anticipada del Contrato de Concesión prevista en la Cláusula 15.5.1.

(i) Propuesta de financiamiento

361. De acuerdo con el Contrato de Concesión, Kuntur Wasi debía presentar al Concedente, 30 días antes del inicio de la ejecución de las Obras, una propuesta de financiamiento para la construcción de todo el Proyecto[496]. Bajo los términos del Contrato, el esquema de financiamiento se denominaba EGP. Con la autorización del EGP presentado por el proponente, se cumpliría el Cierre Financiero (*supra*, párr. 121)[497].

362. Kuntur Wasi presentó su primera propuesta de financiamiento ante el MTC el 17 de septiembre de 2015. Esta propuesta fue rechazada por OSITRÁN el 7 de diciembre de 2015 por falta de documentación[498]. En mayo de 2016 Kuntur Wasi presentó una segunda propuesta de financiamiento[499]. Tras una serie de observaciones y correcciones OSITRAN

[494] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 204.

[495] Ver párr. 336 *supra*.

[496] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.44 y 10.4.7.

[497] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.23.

[498] La solicitud se realizó mediante Carta N.º 246-2015-KW, 17 de septiembre de 2015 (**Anexo R-71**). Esta solicitud se rechazó mediante Oficio N.º134-15-GRE del 7 de diciembre de 2015 (**Anexo R-38**).

[499] **Anexo C-20/C-194**, Carta N.º 089-2016-KW, 4 de mayo de 2016.

otorgó su opinión técnica favorable en julio de 2016[500]. No obstante, la misma fue rechazada por el MTC por considerar que la propuesta causaría un perjuicio económico al Estado peruano (*supra*, párr. 152). La cuestión se centró, entonces, en la correcta manera de determinar el EGP de acuerdo con las Bases y el Contrato de Concesión.

363. A partir de los antecedentes presentados, puede entenderse que el Contrato de Concesión tenía un vacío normativo capaz de generar diferencias interpretativas entre Kuntur Wasi y el Estado peruano, particularmente respecto del entendimiento de la variable "i" en la fórmula que determinaba el monto total del EGP.

364. Esta indeterminación se muestra en que, de acuerdo con Contraloría, CAF, el experto Finnerty y las declaraciones del Ministro Vizcarra en esa época, el Contrato de Concesión no contenía una definición clara de la tasa "i"[501]. A estos efectos, resulta particularmente clara la conclusión del informe de la Contraloría, emitido en el contexto de la solicitud de aprobación del EGP presentado por Kuntur Wasi:

> *La generalidad del Contrato, tal como ha quedado redactado y sin haberse planteado límites al respecto, no permite identificar los supuestos aplicables para la estimación de la Tasa 'i'…*[502]

365. Los antecedentes del caso muestran que el Estado peruano tenía ciertas expectativas sobre el valor que tendría la tasa "i". Se puede asumir que las bases de procedimiento fueron

[500] **Anexo C-57**, Oficio Circular N.º 027-16-SCD-OSITRAN, 7 de junio de 2016; **Anexo C-58**, Carta N.º 119-2016-KW, 5 de julio de 2016; **Anexo R-64**, Oficio N.º 088-16-GRE-OSITRAN, 11 de julio de 2016; **Anexo R-65**, Carta N.º 128-2016-KW, 14 de julio de 2016; **Anexo C-114**, Informe N.º 014-16-GRE-GAJ-OSITRAN, 20 de julio de 2016.
[501] **Anexo C-23**, Reporte de Conclusiones y Recomendaciones, CAF, 7 de noviembre de 2016, pág. 4: "El Contrato de Concesión no define que es la tasa promedio ponderado anual del Cierre Financiero de la Etapa de Ejecución de Obras (en adelante "Tasa Promedio del Financiamiento"), ni establece un procedimiento o fórmula para calcularla. Esto genera un vacío contractual que está sujeto a la interpretación de las partes." En el mismo sentido, el Primer Reporte del experto Finnerty señala: "La tasa de interés "i" ("Tasa de Interés Trimestral PAO"), sin embargo, no fue determinada explícitamente como parte del proceso de licitación que finalmente identificó a la Compañía a la que se le otorgaría la concesión para construir y operar el Aeropuerto de Chinchero (el "Concesionario"). [...] La Tasa de Interés Trimestral PAO debía determinarse como parte de la propuesta de financiación (la "Propuesta EGP") que Kuntur Wasi presentaría al MTC para su aprobación" (**Anexo RER-3**, Primer Informe Pericial de Finnerty, párr. 19) [Traducción del Tribunal]. Asimismo, en este sentido, el Ministro Vizcarra declaró lo siguiente: "Dado que el Contrato de Concesión no establece el valor de una tasa máxima a utilizar, Kuntur Wasi, con el aval del contrato suscrito en julio de 2014, tenía la posibilidad de presentar cualquier tasa para realizar el Cierre Financiero". (Réplica de las Demandantes, párr. 270, donde se cita el **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 49 y 50. *Ver también* Réplica de las Demandantes, párrs. 20-22, 448 y ss.).
[502] **Anexo C-22**, Oficio N.º 4268-2016 MTC/25, 27 de octubre de 2016, pág. 2 (pág. 4 del PDF).

diseñadas bajo el supuesto de que el EGP sería calculado utilizando las tasas de interés promedio disponibles en el mercado al momento de la licitación[503].

366. El Tribunal considera que esas expectativas del Estado peruano no formaron parte de los términos de la licitación, por lo que no pueden tenerse por vinculantes para las Demandantes. En efecto, Perú sustentó la fórmula para calcular el paquete financiero sobre la base del Modelo Económico Financiero de ALG. Sin embargo, dicho modelo era confidencial y no se reveló a los participantes de la licitación (*supra*, párr. 95).

367. Aun cuando algunas consideraciones del Modelo Económico Financiero de ALG hayan sido reveladas a través de la opinión de OSITRAN sobre el Contrato de Concesión[504], de la conducta del MTC con posterioridad al informe de la Contraloría de octubre de 2016 se sigue que la cuestión sobre la variable "i" no fue relevante para determinar si Kuntur Wasi fue un socio deficiente para la ejecución del Proyecto.

368. El MTC rechazó la propuesta económica de Kuntur Wasi por considerarla perjudicial para el Estado peruano[505]. La Cláusula 10.4.7 del Contrato le permitía al MTC "negar la solicitud de autorización del Endeudamiento Garantizado Permitido basándose en el perjuicio económico que dichos términos podrían ocasionarle"[506]. La decisión de no autorizar la propuesta de EGP fue fundada y comunicada a Kuntur Wasi mediante Oficio de 25 de noviembre de 2016[507].

[503] Dúplica de la Demandada, párr. 65.

[504] **Anexo R-35**, Publicación de la Opinión Técnica de OSITRAN sobre la Versión Final del Contrato de Concesión, El Peruano, 7 de enero de 2014.

[505] **Anexo C-67**, Oficio N.º 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016.

[506] En el mismo sentido, el Contrato define el EGP como "los principales términos del endeudamiento, incluyendo los montos del principal, la tasa o tasas de interés, disposiciones sobre amortización, gastos de proyecto, comisiones, penalidades por pago anticipado, seguros, impuestos, entre otros, requerirán la aprobación del CONCEDENTE, previa opinión del OSITRÁN. El CONCEDENTE no podrá negar la aprobación sin mediar causa justificada". (**Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 1.44). En otras palabras, Perú se reservaba la facultad de rechazar la propuesta, entre otras razones, por los términos económicos de la oferta. La Cláusula 10.4.7 sobre autorización del EGP señala expresamente esta facultad.

[507] El Informe N.º 1135-2016-MTC del 25 de noviembre de 2016 contiene las razones por las cuales esa autoridad emitió una opinión desfavorable a la solicitud de EGP. Dicho informe se adjunta en como **Anexo C-67**, Oficio N.º 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016, que comunica la decisión de rechazar la propuesta de EGP.

369. Perú no solo podía rechazar la propuesta en los términos en que lo hizo. El Contrato también habilitaba a Perú a declarar la resolución anticipada por incumplimiento del Concesionario a su obligación de obtener financiamiento. En efecto, la letra m) de la Cláusula 15.3.2 autorizaba al Concedente a poner término anticipado al Contrato de Concesión por "[i]ncumplimiento del Cierre Financiero por responsabilidad del CONCESIONARIO, de acuerdo a lo establecido en la cláusula novena"[508]. La Cláusula 9, a su vez, indica que "[e]n caso que el CONCESIONARIO no haya acreditado el Cierre Financiero, se considerará un incumplimiento del CONCESIONARIO y por lo tanto el CONCEDENTE, previo informe emitido por el OSITRAN, podrá optar por invocar la Caducidad de la Concesión por incumplimiento del CONCESIONARIO, siendo de aplicación lo establecido en el Numeral 15.3 del presente Contrato"[509].

370. En ese evento, Kuntur Wasi podía objetar la decisión del MTC argumentando que la propuesta había sido aceptada por OSITRAN, que se ajustaba a las prácticas de la industria y que, por lo tanto, Perú no tenía causa para resolver el Contrato.

371. Pero esta discusión es meramente hipotética. De hecho, el MTC no ejerció este remedio ni alegó un incumplimiento por parte de Kuntur Wasi. Por el contrario, el MTC optó por renegociar los términos de la propuesta económica de las Demandantes.

372. La propia Demandada explicó las razones de esta decisión. Durante el alegato de cierre, Perú señaló que, luego de rechazar la propuesta de financiamiento de Kuntur Wasi, "el MTC en ese momento hubiera tenido el derecho a resolver el contrato, de resolver el contrato, porque Kuntur Wasi no iba a poder lograr su cláusula financiera de acuerdo a las Cláusulas 9.2.1. y 15.3.2. Sin embargo el MTC decidió de buena fe trabajar con Kuntur Wasi para que siga el proyecto porque era en el interés público. Las partes negociaron, entonces, Adenda 1."[510].

---

[508] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[509] **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 9.2.1. La Cláusula se refiere al incumplimiento del Cierre Financiero, y no a la falta de aprobación del EGP. Con todo, el Cierre Financiero (al menos en este caso) suponía haber logrado la aprobación del EGP. Esto se explica porque, de acuerdo a la Cláusula 9.2.1, el Concesionario debía probar que contaba con financiamiento de terceros (es decir, EGP) o bien propio para financiar la ejecución de las obras. Kuntur Wasi no contaba con financiamiento propio. En consecuencia debía obtener la autorización del EGP.

[510] Transcripción, Día 9 (Español) 2240: 3-11.

373. Durante dicho proceso de renegociación, el MTC propuso la suscripción de la Adenda N.º 1, que prescindía completamente de la variable "i". El nuevo modelo de financiamiento modificó radicalmente el esquema original del Contrato de Concesión respecto a la Subetapa 2 de la ejecución de obras, reemplazando el sistema de endeudamiento garantizado y sus componentes (PAO y FPAO) por un mecanismo de pago por obras (PPO) similar al de la Subetapa 1 (*supra*, párr. 160-162).

374. La Adenda N.º 1 propuesta por el MTC fue aceptada por Kuntur Wasi y suscrita por las autoridades competentes del Perú (*supra,* párr. 164-171).

375. De este modo, el Tribunal concuerda con las Demandantes en que la suscripción de la Adenda N.º 1 volvió irrelevante la discusión sobre la propuesta inicial de Kuntur Wasi respecto del financiamiento[511]. En efecto, aunque existieran razones para pensar que la propuesta original de Kuntur Wasi no era consistente con las prácticas de la industria, el MTC, pudiendo resolver el Contrato de Concesión por incumplimiento de Kuntur Wasi de su obligación de obtener el Cierre Financiero, decidió renegociar el Contrato y suscribir la Adenda N.º 1.

376. Es significativo que el MTC tomó esta decisión considerando los hallazgos de la Contraloría y CAF[512]. Ambas entidades, habiendo identificado la ambigüedad del Contrato de Concesión respecto de la variable "i", sugirieron que Perú renegociara el PAO trimestral para obtener un mejor resultado. Ninguna de estas entidades interpretó los actos de Kuntur Wasi como un abuso a las reglas de licitación propuestas por el Estado.

377. En conclusión, la ambigüedad del Contrato de Concesión generó diferencias insalvables para lograr el Cierre Financiero. Una vez detectado el problema, las Partes acordaron solucionarlo modificando la estructura de financiamiento. De esta manera, las discusiones relativas a la forma de financiar el proyecto de acuerdo con el marco contractual original quedaron superadas con la suscripción del Adenda No.1. El Tribunal estima, por tanto, que

[511] Réplica de las Demandantes, Sección II.L

[512] *Ver* párr. 169 *supra.*

esas discusiones carecen de relevancia a efectos de evaluar las razones de Perú para resolver unilateral y anticipadamente el Contrato de Concesión.

(i) Validez de la Adenda N.º 1

378. El Tribunal analizará a continuación si la supuesta ilegalidad de la Adenda N.º 1 tiene relevancia para evaluar el mérito de las razones que fundaron la resolución anticipada del Contrato de Concesión. Como se ha expuesto, Perú sostiene que los reparos de la Contraloría a la Adenda N.º 1 hacían *imposible* ejecutar el acuerdo alcanzado, lo que obligó a las Partes a intentar una nueva renegociación[513].

379. Ante todo, el Tribunal Arbitral considera implausible que Contraloría tuviese atribuciones para instruir la resolución del Contrato de Concesión[514]. El Contrato solo podía resolver por la ocurrencia de alguna de las causales previstas en la Cláusula 15. La orden de la Contraloría no era una de ellas. En cualquier caso, Contraloría no ordenó ni recomendó tal acción al MTC.

380. Contraloría emitió su opinión formal respecto a la Adenda N.º 1 mediante el Informe de Auditoría Nº 265-2017. Dicho informe contiene dos conclusiones: 1) la Adenda N.º 1 fue suscrita dentro de los primeros tres años del Contrato de Concesión, sin la autorización del Acreedor Permitido; y 2) la Adenda N.º 1 modificó las condiciones de competencia definidas en el proceso de licitación, desvirtuando el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión. Ambas conclusiones implicaban, en opinión de la Contraloría, un incumplimiento a la Ley de Asociaciones Público Privadas ("**Ley APP**")[515]. A partir de estas conclusiones Contraloría recomendó al MTC:

> *6. Disponer las acciones para reestablecer las condiciones de competencia establecidas en las bases con las que participaron todos los postores y resultó ganador la propuesta del Concesionario, así como las condiciones técnicas, legales y económicas consideradas en la propuesta del postor ganador y del Contrato suscrito, para cuyo efecto deben tomarse en cuenta la Ley, las bases del concurso, el contrato, las directivas, lineamientos y guías aplicables para la*

[513] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 118, 205. Réplica de las Demandantes, párrs. 399 y ss.

[514] Las Demandantes así lo afirman en una frase de su escrito de Réplica (Réplica de las Demandantes, párr. 403).

[515] **Anexo C-30**, Informe de Auditoría N.º 265-2017-CG/IMPROY-AC, 19 de mayo de 2017, pág. 54.

ejecución contractual, en salvaguarda de los intereses del Estado.

7. Disponer la elaboración de un procedimiento que permita el registro de la agenda correspondiente a la evaluación conjunta dispuesta por la norma, así como de la documentación que ha sido materia de análisis.

8. Disponer, a fin de lograr el cierre financiero en el menor plazo posible, las acciones para que el Concesionario acredite formalmente al Acreedor Permitido y presente su propuesta de financiamiento, disponiendo a su vez que la evaluación de las propuestas recibidas permita obtener las mejores condiciones económicas para los intereses del Estado, manteniendo el equilibrio económico financiero[516].

381. Como puede observarse, ninguna de las recomendaciones ordena o sugiere la resolución anticipada del Contrato de Concesión.

382. Distinta es la cuestión relativa al mérito de los reparos de la Contraloría y a los efectos que sus recomendaciones tuvieron respecto de la validez de la Adenda N.º 1 (*supra,* párrs. 311, 312, 342, 343). El Tribunal considera que los argumentos de ilegalidad expuestos por Contraloría son discutibles y, en cualquier caso, no obligaban al MTC.

383. Como se ha expuesto, el Informe de Auditoría tenía dos críticas a la Adenda No.1. La primera se refería a la posibilidad de ejecutar una Adenda dentro de los primeros tres años del Contrato de Concesión sin contar con la autorización de un Acreedor Permitido.

384. A este respecto, el Tribunal considera convincente la explicación ofrecida por la experta María Teresa Quiñones. El Contrato de Concesión presentaba un vacío que hacía imposible alcanzar el Cierre Financiero en términos satisfactorios para ambas Partes. De ahí que Kuntur Wasi solicitara formalizar el nuevo acuerdo con una Adenda celebrada bajo los términos del Artículo 54 letra b) del Reglamento del Decreto Ley 1224, que regula las Asociaciones Público Privadas. Dicha disposición señala que "[d]urante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del contrato, no pueden suscribirse Adendas a los contratos de Asociación Público Privada, salvo que se trate de: b) Los

[516] **Anexo C-30**, Informe de Auditoría N.º 265-2017-CG/IMPROY-AC, 19 de mayo de 2017, pág. 55.

requerimientos sustentados de los acreedores permitidos, vinculados a la etapa de cierre financiero del contrato"[517].

385. Contraloría sostuvo que una Adenda bajo esa causal legal no era posible en ese momento, pues no existía un Acreedor Permitido autorizado que pudiese hacer un requerimiento válido de modificación[518]. No obstante, esta interpretación hacía imposible la aplicación de la norma.

386. Para considerarse Acreedor Permitido bajo los términos del Contrato de Concesión, el prestamista debía comprometer formalmente el financiamiento al Concesionario mediante la suscripción del Anexo 14. Sin embargo, ningún financista otorgaría dicho compromiso si los términos del EGP no estaban previamente aprobados por el Concedente. La aprobación del EGP, a su vez, no parecía posible sin la modificación del Contrato de Concesión, como se ha expuesto[519].

387. El sentido de la norma es justamente permitir la modificación del contrato cuando errores u omisiones, como lo era la indeterminación de la tasa de endeudamiento, tornan imposible el cierre financiero del Proyecto[520]. A este respecto, es razonable atender a criterios generales de interpretación que prefieren una aplicación práctica de la norma por sobre criterios formales que la dejarían sin efecto.

388. La segunda crítica de la Contraloría a la Adenda N.º 1 resulta sensata desde la perspectiva del interés Estatal envuelto en una licitación pública. En efecto, en un proceso de licitación el postor ganador es elegido por su superioridad en un contexto de ofertas competitivas. Si luego de adjudicado el concurso se realiza un cambio de las condiciones que le son inherentes, se produce un perjuicio a los participantes no seleccionados, que fueron

[517] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[518] De acuerdo con la definición del Contrato de Concesión, los "Acreedores Permitidos deberán contar con la autorización del CONCEDENTE para acreditar tal condición, cumpliendo con presentar previamente el Anexo 14 ante el CONCEDENTE para su aprobación". Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión.

[519] Como expresó la Dra. Quiñones, la interpretación de la Contraloría llevaba al dilema del huevo y la gallina: "se necesitaba alcanzar el cierre financiero como requisito previo para solicitar una Adenda de bancabilidad que permitiese alcanzar el cierre financiero". (**Anexo CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párr. 152).

[520] **Anexo CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párr. 142.

descartados en beneficio de una propuesta que, en definitiva, se ve modificada[521]. El Estado, a su vez, pierde la oportunidad de asociarse con un eventual postor más conveniente. En este sentido, la suscripción de la Adenda N.º 1 desnaturalizaría el objetivo del proceso de licitación.

389. Con todo, volver a las condiciones originales de la licitación supondría reabrir el debate sobre la manera de determinar el componente "i" de la fórmula para el PAO Trimestral. Consciente de esto, la Contraloría sugirió reestablecer las condiciones de competencia "disponiendo a su vez que la evaluación de las propuestas recibidas permita obtener las mejores condiciones económicas para los intereses del Estado, manteniendo el equilibrio económico financiero"[522].

390. En otras palabras, la Contraloría recomendó volver al esquema de financiamiento original, pero, esta vez, negociando el valor de la tasa de endeudamiento que sería restituida al Concesionario para mantener el equilibrio económico financiero del Contrato. Desde luego, la oferta de Kuntur Wasi en el proceso de licitación no incluía un límite al componente "i", como tampoco un proceso de negociación para determinarlo. En este caso no se ha presentado ninguna prueba de si otros oferentes lo contemplaron en sus propuestas.

391. De este modo, aunque la recomendación de la Contraloría no suponía resolver o modificar el Contrato de Concesión adjudicado, sí alteraba las bases sobre las cuales los participantes de la licitación habían hecho sus ofertas, en especial respecto de la tasa "i". Se trataba, entonces, de una recomendación impracticable, que no resolvía adecuadamente la ambigüedad del Contrato de Concesión. Esta ambigüedad colocaba a las Partes en la necesidad de llegar a un nuevo acuerdo no previsto bajo las reglas originales.

392. En el mismo sentido, el Tribunal Arbitral tampoco ha encontrado antecedentes suficientes para sostener que las recomendaciones de la Contraloría fueran vinculantes.

393. Ambas Partes reconocieron que el MTC gozaba de cierta discreción para modificar el Contrato de Concesión. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la

[521] **Anexo CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párr. 158.

[522] **Anexo C-30**, Informe de Auditoría N.º 265-2017-CG/IMPROY-AC, 19 de mayo de 2017, pág. 56.

Contraloría General de la República indica que los funcionarios públicos pueden gozar de *algún grado de discrecionalidad,* cuando sean autorizados expresamente por la ley vigente. En estos casos, la Contraloría no puede cuestionar las decisiones del MTC por el solo hecho de tener una opinión distinta[523].

394. Con todo, las Partes difieren en el grado de discreción que dicha disposición confiere. Las Demandantes sostienen que el MTC actuó dentro de las facultades discrecionales que le confiere la Ley de APP para aprobar, conducir, ejecutar, supervisar y fiscalizar los procesos de promoción de la inversión privada[524]. En este sentido, las recomendaciones del informe reflejaban simplemente una opinión no vinculante de la Contraloría[525]. En cambio, Perú afirma que, no obstante las facultades discrecionales del MTC y del MEF, la Contraloría conserva en todo momento autoridad para supervisar el correcto uso de los fondos públicos en Perú[526]. Al modificar la estructura económica financiera del Contrato de Concesión, las decisiones del MTC habrían sido susceptibles de revisión por parte de la Contraloría[527].

395. El Tribunal también observa que Perú planteó esta interpretación por primera vez en el presente arbitraje. En el momento en que se originó el conflicto, un funcionario del MTC declaró ante el Congreso peruano[528] y en televisión abierta que estaba en desacuerdo con

[523] **Anexo CL-262**, Ley N.º 29.622 que modifica la Ley N.º 27.785, Cuarta Disposición Complementaria Final: "En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno. O por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones; la decisión se aparte de la Interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia".

[524] Réplica de las Demandantes, párr. 405 donde se cita el **Anexo CL-9**, Decreto Legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privada y proyectos en activos aprobada mediante Decreto Legislativo 1224, 24 de septiembre de 2015, Disposición Complementaria Final Sexta.

[525] Réplica de las Demandantes, párrs. 406, 407.

[526] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 111-112.

[527] Así lo explicó Perú en el alegato de cierre: "En otras palabras, mientras el MTC puede decidir enmendar el contrato, no tiene la discreción de cambiar el equilibrio económico de la concesión -- y su equilibrio económico. Ya que la Contraloría tiene la autoridad de supervisar el uso de fondos públicos, sí tenía la autoridad de revisar el addendo y asegurarse de que todo cambio al contrato no afectaría en forma adversa el equilibrio económico del contrato y así dañar al Tesoro peruano". Transcripción, Día 9 (Español), 2242:4-13.

[528] **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, Respuesta a Pregunta N.º 1, pág. 12.

la posición de la Contraloría[529]. El MEF, por su parte, emitió un comunicado público afirmando la discrecionalidad de los funcionarios involucrados en la ejecución del Proyecto[530]. Perú incluso solicitó la elaboración de un estudio independiente que pudiese corroborar los hallazgos de la Contraloría. Dicho informe concluyó, por el contrario, que la suscripción de la Adenda N.º 1 beneficiaba al Estado peruano[531].

396. Todavía durante el arbitraje, el señor Bruno Giuffra, testigo de la Demandada, sostuvo que el informe de Auditoría no era vinculante:

> *Sr. Giuffra: … Pero desde un primer momento mi posición fue buscar una salida, independientemente de la recomendación de la Contraloría, sea A, o B, o C, buscar una salida D, que también, eventualmente, sea aceptada por Contraloría, evidentemente.*
>
> *Señor Bullard: Entonces, usted no consideró que el informe de Contraloría era vinculante.*
>
> *Señor Giuffra: Bueno, es sabido que el informe no era vinculante*[532].

397. A partir de estos antecedentes el Tribunal considera poco convincente la posición de Perú. Si bien existe un argumento de legalidad a favor de la obligatoriedad de los hallazgos de la Contraloría, la evidencia muestra que todos los funcionarios peruanos actuaron ―antes y después de la suscripción de la Adenda N.º 1― con la convicción de que tales hallazgos no obligaban al MTC, sino simplemente recomendaban un curso de acción.

398. En consecuencia, el Tribunal no encuentra razones suficientes que demuestren la ilegalidad de la Adenda N.º 1, ni que las recomendaciones fundadas en los reparos de la Contraloría hayan sido vinculantes. A mayor abundamiento, los expertos en derecho administrativo de

[529] **Anexo C-120**, Clip de noticias de Buenos Días, Perú "Vizcarra sobre Chinchero: Decidimos dejar sin efecto contrato que desde el inicio partió mal", 22 de mayo de 2017, minuto 1:04-1:16.

[530] **Anexo C-78**, "Comunicado en relación a observaciones realizadas por la Contraloría", 22 de mayo de 2017, MEF.

[531] **Anexo C-246**, Análisis del Informe N.º 265-2017-CG/MPROY-AC, de la Contraloría General de la República, Jorge Alejandro León Ballén, septiembre de 2017, conclusión 5.1.3.

[532] Transcripción, Día 5 (Español), 1175:11-20.

ambas Partes coincidieron en que, al tiempo de la resolución anticipada del Contrato, la Adenda N.º 1 era válida y se encontraba vigente.

399. Dra. María Teresa Quiñones, por parte de las Demandantes, dedicó una sección de su informe legal a justificar la validez de la Adenda N.º 1[533], y cuando fue interrogada por el Tribunal sobre su vigencia al momento de la resolución del Contrato de Concesión, respondió: "el texto que resultaba vigente era el del contrato modificado por la Adenda 1. Ese era el texto vigente"[534].

400. A su turno, el experto Enrique Ferrando, ante la misma pregunta, declaró estar de acuerdo con la Dra. Quiñones, agregando que "el contrato estaba modificado por la adenda 1 y ese era la relación contractual. Sin perjuicio de que la adenda 1 estaba siendo cuestionada por razones de nulidad, pero estaba vigente"[535].

401. Si bien el Tribunal no pone en duda que la Contraloría tenía cuestionamientos sobre el momento y la forma en que fue suscrita la Adenda N.º 1, es claro que el informe emitido por esa autoridad no declaró su caducidad o invalidez. Tampoco lo hizo el MTC, el MEF, ni constan en el expediente elementos para concluir que haya perdido su vigencia de pleno derecho. En definitiva, la Adenda N.º 1 seguía vigente al tiempo de la resolución, estableciendo un mecanismo concreto para financiar y ejecutar el Proyecto.

402. En conclusión, el Contrato de Concesión modificado por la Adenda N.º 1 era el marco contractual vigente al momento de la resolución por parte de Perú. Las recomendaciones de la Contraloría no obligaban al MTC, ni supusieron la caducidad del acuerdo. Si bien es razonable que el MTC haya tenido interés en adecuar el Proyecto a la postura del órgano contralor, la Adenda N.º 1 podía ejecutarse, por estar vigente, sin modificaciones. En efecto, la Hoja de Ruta no alteró la vigencia de Adenda N.º 1, simplemente invitaba a las Partes a negociar de buena fe un nuevo esquema de financiamiento. En estos términos, la falta de conformidad de la Contraloría respecto de la Adenda N.º 1 no puede calificarse

[533] **Anexo CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, Capítulo IV, Sección A sobre el "Análisis de los informes de la Contraloría", párrs. 137-165.

[534] Transcripción, Día 9 (Español), 2045: 19-21.

[535] Transcripción, Día 9, (Español), 2046: 3-7.

como motivo suficiente para justificar la resolución del Contrato de Concesión por razones de interés público. En el mismo sentido, de los cuestionamientos hacia la Adenda N.º 1 tampoco se infiere que Kuntur Wasi haya sido un concesionario deficiente para la ejecución del Proyecto o que la viabilidad de éste se haya visto afectada por deficiencias atribuibles a las Demandantes.

(ii) Plazo adicional para el financiamiento del Proyecto

403. La tercera circunstancia que, a juicio de Perú, habría motivado la resolución del Contrato de Concesión, fue la solicitud de Kuntur Wasi, formulada durante las últimas negociaciones entre las Partes, de contar con un plazo de seis meses adicionales para conseguir financiamiento. El análisis de este motivo requiere revisar los eventos que antecedieron al supuesto requerimiento de Kuntur Wasi.

404. La suscripción de la Adenda N.º 1 implicó dos cambios relevantes en la estructura financiera del Proyecto: 1) la sustitución del sistema de PAO para la Subetapa 2, por un sistema PPO; de este modo, tanto la ejecución de obras de la Subetapa 1 como la Subetapa 2 serían financiadas por Perú, conforme al avance de la obra y la aprobación de OSITRAN; 2) Perú entregaría un adelanto de USD 40 millones destinado a financiar la ejecución de las obras de la Subetapa 2, que sería restituido por Kuntur Wasi mediante descuentos en los PPO.

405. El 22 de febrero de 2017, la Contraloría emitió un reporte preliminar respecto a la Adenda N.º 1, advirtiendo que existían riesgos de que Kuntur Wasi utilizara el adelanto para fines distintos a los previstos por las Partes[536]. El 27 de febrero de 2017, el MTC envió una carta a Kuntur Wasi solicitando la suspensión del Contrato de Concesión.[537] Pocos días después las Partes suspendieron las obligaciones del Contrato[538]. En mayo de 2017, la Contraloría emitió su opinión definitiva respecto a la Adenda N.º 1, a través del Informe de Auditoría 265-2017[539]. Como fue analizado en la sección anterior, la Contraloría advirtió ciertos

[536] **Anexo C-29**, Oficio N.º 00331-2017-CG/DC, 22 de febrero de 2017, pág. 1.

[537] **Anexo R-75**, Oficio N.º 0813-2017-MTC/25, 27 de febrero de 2017.

[538] **Anexo C-31**, Acta de Acuerdo de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 2 de marzo de 2017.

[539] **Anexo C-30**, Informe de Auditoría 265-2017-CG/IMPROY-AC, 19 de mayo de 2017.

problemas legales y riesgos potenciales en relación con la Adenda N.º 1 y recomendó reestablecer, con los ajustes ya referidos, la estructura financiera original.

406. Pese a estas recomendaciones, el MTC optó por un camino alternativo. Tras la renuncia del Ministro Vizcarra, el nuevo Ministro propuso a Kuntur Wasi buscar una nueva solución que fuese aceptable para la Contraloría[540]. En este contexto, las Partes decidieron extender la suspensión de las obligaciones y discutieron posibles alternativas. El Tribunal desconoce el detalle de estas conversaciones. El único antecedente escrito es un documento suscrito el 1 de junio de 2017 entre el Ministro Giuffra y el Señor Vargas (la "Hoja de Ruta") (*supra*, párrs. 185, 186).

407. La Hoja de Ruta contiene dos alternativas: "1. Renegociación integral; o 2. Mutuo disenso en caso no funcione la primera". Respecto a la renegociación, el documento enumera los puntos que serían incluidos en una eventual nueva Adenda. Entre los puntos pertinentes a la discusión, las Partes previeron que: no habría pago de Adelanto, no habría pago de intereses, el plazo de operación se reduciría a 25 años y se mantendría el PPO como mecanismo de financiamiento de la ejecución de las obras de la Subetapa 2[541].

408. Según Perú, pocos días después de la suscripción de este documento, Kuntur Wasi habría solicitado al Ministro Giuffra un plazo adicional de seis meses para conseguir financiamiento de acuerdo a los términos de la Hoja de Ruta. Las Partes han discutido en extenso sobre la ocurrencia de esta conversación y su relevancia para la posterior resolución del Contrato de Concesión por parte de Perú.

409. Perú sostiene que, luego de tres años intentando conseguir el Cierre Financiero, esta solicitud mostraba la incapacidad de Kuntur Wasi para ejecutar el Proyecto de manera pronta o incluso en algún momento[542]. Kuntur Wasi sostiene, en cambio, que no existen antecedentes que demuestren la ocurrencia de esta conversación. En cualquier caso, de

[540] Transcripción, Día 5 (Español), 1175:4-16. *Ver* **Anexo C-79**, Oficio N.º 2118-2017-MTC/25, 24 de mayo de 2017.
[541] **Anexo R-16**, Carta del Ministro Giuffra a Kuntur Wasi, 1 de junio de 2017.
[542] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 121, 122.

haber sucedido, se trataba de una solicitud razonable considerando los cambios que implicaba la Hoja de Ruta en la estructura financiera del Contrato[543].

410. El Tribunal considera innecesario pronunciarse sobre la realidad de esta conversación a efectos de evaluar los motivos de Perú para resolver el Contrato de Concesión. Asumiendo que la solicitud de Kuntur Wasi efectivamente ocurrió, el Tribunal estima que, a diferencia de lo alegado por Perú, no indicaba una falta de capacidad financiera del Concesionario para desarrollar el Proyecto.

411. Todo indica, en opinión del Tribunal, que el plazo de seis meses propuesto por Kuntur Wasi era razonable, considerando la envergadura del Proyecto y los cambios que las Partes se proponían efectuar en la Hoja de Ruta en función de la Adenda N.º 1.

412. Los términos de la Hoja de Ruta diferían sustancialmente de los términos de la Adenda N.º 1, que era el acuerdo vigente en ese momento. En particular, la Hoja de Ruta contemplaba un régimen de financiamiento a cargo del Concesionario *sin adelanto ni pago de intereses*. De esto se infiere que el nuevo esquema de financiamiento sería más difícil de obtener que el previsto en los acuerdos anteriores o al menos que el contemplado en la Adenda N.º 1.

413. En efecto, el Contrato de Concesión contemplaba originalmente un sistema de pagos PAO que permitiría a Kuntur Wasi recuperar los montos invertidos para la ejecución de las obras de la Subetapa 2, más el interés asociado al financiamiento y una ganancia adicional (*spread*) del 2,5 %. Bajo esta estructura, Kuntur Wasi condujo un proceso competitivo que duró aproximadamente siete meses para elegir a Goldman Sachs como posible financista del Proyecto[544].

414. La Adenda N.º 1 simplificó la estructura financiera del Contrato, pues hacía de cargo de Perú el pago de la obra según su avance e incluía un Adelanto de USD 40 millones. De esta manera, Kuntur Wasi ya no tendría obligación de conseguir financiamiento para las

[543] Alegato de Cierre de las Demandantes, Transcripción, Día 9 (Español), 2126:4-2128:6.

[544] **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de José Balta, párrs. 18, 19.

obras de la Subfase 2, debiendo encargarse de la operación del Aeropuerto Chinchero por 40 años.

415. La Propuesta de Renegociación preveía nuevos cambios en la forma de financiar el Contrato de Concesión. Aunque las obras de la Subfase 2 todavía serían financiadas por Perú a través de un sistema PPO, bajo este acuerdo no había entrega de Adelanto, y el plazo de la Concesión disminuiría de 40 a 25 años. Sin duda, se trataba de cambios significativos que afectarían el compromiso preliminar que cualquier prestamista hubiese asumido. En este sentido, el experto Finnerty sostuvo que un cambio material en la estructura de financiamiento implicaría conseguir nuevamente el compromiso de los prestamistas:

> *PRESIDENTA LOW (Interpretado del inglés): Lo que está diciendo es que si hay un cambio material, entonces, hay que volver a hoja cero, ¿no es cierto? Con los prestamistas. ¿Verdad?*
>
> *SEÑOR FINNERTY (Interpretado del inglés): Sí, es correcto. Si hay un cambio sustancial y uno de los prestamistas no quiere firmar la carta de compromiso, entonces, hay que hacer algunas modificaciones al proyecto para encontrar un reemplazo y después volver al MTC…*[545]

416. Considerando que (i) el proceso de selección del prestamista bajo el esquema original duró aproximadamente 7 meses, (ii) las Partes consideraban modificar sustancialmente el Contrato de Concesión, disminuyendo el plazo de la Concesión a casi la mitad del período original, y (iii) el experto financiero de Perú confirmó que una modificación sustancial del Proyecto implicaría renovar los compromisos de préstamo, el Tribunal considera que la solicitud de Kuntur Wasi de contar con un plazo de seis meses para conseguir financiamiento bajo el nuevo esquema que se negociaba era razonable.

417. El Tribunal también descarta que esta solicitud haya sido demostrativa de la incapacidad o falta de idoneidad de Kuntur Wasi para ejecutar el Proyecto.

418. El Señor Giuffra indicó en su declaración que la excesiva solicitud de tiempo para conseguir fondos "era una clara señal de que no estaba preparado para seguir adelante con

[545] Transcripción, Día 4 (Español), 954:13-21.

el Proyecto y no disponía del financiamiento necesario para hacerlo. La afirmación del Sr. Vargas me hizo dudar seriamente de la habilidad de Kuntur Wasi para comprometerse a llevar a cabo el Proyecto y culminarlo"[546].

419. Más allá de las declaraciones del Señor Giuffra, no existen antecedentes que demuestren una incapacidad objetiva de Kuntur Wasi para honrar sus compromisos. El profesor Finnerty argumentó, en la tercera pregunta de su reporte legal, que Kuntur Wasi dependía de un tercero para conseguir financiamiento, y que en cualquier caso el financiamiento de un tercero requeriría de un acuerdo previo entre las Partes sobre los términos del Contrato de Concesión[547].

420. Ninguna de estas razones indica una incapacidad para llevar adelante el Proyecto. Si bien Kuntur Wasi no tenía respaldo crediticio para financiar el Proyecto por sí solo, el experto Finnerty sostuvo ante al Tribunal que el soporte crediticio de Corporación América y Andino hacían viable ese objetivo[548]. Por otra parte, la necesidad de un acuerdo previo entre las Partes pone de manifiesto que no era exigible a Kuntur Wasi contar con financiamiento inmediato, considerando que las bases del Proyecto se estaban renegociando.

421. A mayor abundamiento, si Perú consideraba que el plazo de seis meses era excesivo, lo razonable hubiese sido negociar con Kuntur Wasi un plazo menor. Cabe recordar que las Partes habían convenido intentar una *renegociación integral* del Contrato de Concesión, que ciertamente implicaría resolver asuntos como el supuestamente planteado por Kuntur Wasi. Atendido este antecedente, no parece justificado que, por la sola petición de Kuntur Wasi de un período adicional para obtener el financiamiento en función de los términos revisados de la Concesión, Perú adoptase de manera inmediata la decisión de no continuar con el Contrato de Concesión.

422. En conclusión, la alegada solicitud de Kuntur Wasi de contar con un plazo de seis meses para conseguir financiamiento bajo la estructura de la Hoja de Ruta, era razonable y

[546] **Anexo RWS-1**, Primera Declaración de Giuffra, párr. 11.

[547] **Anexo RER-3**, Primer Informe Pericial de Finnerty, párr. 56-59.

[548] Transcripción, Día 4 (Español), 956: 13-17.

ajustada a la situación del Proyecto. Además, no constituye evidencia de la supuesta incapacidad financiera de Kuntur Wasi para llevarlo adelante. En consecuencia, no puede considerarse que la razón invocada por Perú haya justificado el término anticipado del Contrato de Concesión.

(iii) Existencia de un interés público que justificara la resolución del Contrato de Concesión

423. El análisis del expediente del caso muestra que no existieron razones objetivas para concluir que Kuntur Wasi fuera un contratista inidóneo para la ejecución del Proyecto. En efecto, la presentación de una propuesta de financiamiento que, a juicio de Perú le era inaceptable, se explica por la ambigüedad del Contrato de Concesión. La decisión de suscribir la Adenda N.º 1 fue conjunta e informada. Las posteriores críticas de la Contraloría no hacían imposible su ejecución y, en cualquier caso, no eran atribuibles a Kuntur Wasi. Tampoco hay razones para reprobar el comportamiento de Kuntur Wasi en las negociaciones tras los reparos de la Contraloría. La alegada solicitud de contar con un plazo de seis meses para conseguir financiamiento, bajo el nuevo marco contractual pretendido en la Hoja de Ruta, era razonable y no muestra una incapacidad técnica para ejecutar el Proyecto.

424. Como se ha explicado, la resolución del Contrato de Concesión por *razones de interés público debidamente fundadas* requería, al menos, la existencia de una razón que la justificara. El Doctor Ferrando profundizó al respecto indicando que:

> *En realidad, la expresión "debidamente fundado" está referido a la existencia de un nexo de causalidad entre la resolución y el interés público que se busca proteger con la resolución. Es decir que sea cierto, que sea verdad que la razón de la resolución unilateral fue la que se argumenta, que exista una congruencia, de modo tal que el sustento del "interés público" no sea arbitrario o ajeno a la razón de la resolución. Debidamente fundado no es fundamentado, explicado, motivado o desarrollado*[549].

[549] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 136.

425. El Tribunal estima que la razón de interés público invocada por el Estado de Perú para resolver el Contrato de Concesión no satisface este estándar. No es efectivo que Kuntur Wasi haya demostrado ser un socio inidóneo para la ejecución del Proyecto, por lo que esa circunstancia no pudo motivar legítimamente la decisión del MTC.

426. Atendida esta conclusión, es innecesario resolver la discusión entre los expertos legales de las Partes sobre si era necesario motivar esa decisión y sobre el momento en que ello debía hacerse. La cuestión no es si Perú motivó su decisión, sino si su decisión se basó en alguna razón que justificara la terminación anticipada del Contrato de Concesión. El Tribunal considera que no fue así.

427. Por estas razones, el Tribunal Arbitral concluye que Perú incumplió el Contrato de Concesión, al resolverlo sin una razón de interés público debidamente fundada.

(2) Perú actuó de mala fe y su conducta no fue congruente con las promesas y compromisos asumidos ante las Demandantes

a. La posición de las Partes

(i) La Posición de las Demandantes

428. En su segundo reclamo, las Demandantes alegan que, al resolver el Contrato de Concesión, Perú actuó de mala fe y que su conducta no fue congruente con las promesas y los compromisos asumidos ante las Demandantes.

429. Las Demandantes fundamentan su reclamo en el Artículo 1362 del Código Civil peruano, que establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe. En virtud del derecho peruano, el principio de buena fe comprende distintos parámetros que todo buen hombre de negocios debe observar en sus transacciones, entre los que se incluyen el deber de actuar de manera coherente y con transparencia, y la prohibición de actuar de manera contraria a sus actos previos (doctrina de actos propios)[550].

[550] Memorial de las Demandantes, párrs. 304-306, donde se cita, entre otros: **Anexo CL-17**, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, Casación N.º 88-2014, Lima Sur, 2 de marzo de 2015, pág. 1; **Anexo CL-18**, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Casación N.º 1322-2006, Puno, 6 de noviembre de 2006, págs. 12, 13.

430. Las Demandantes sostienen que, en el derecho peruano, está claramente establecido que las entidades públicas también están obligadas a actuar de buena fe y, por lo tanto, se encuentran obligadas por la doctrina de los actos propios, la que les impide actuar de manera contraria a sus propios actos previos[551]. En especial, las Demandantes se apoyan en el Artículo 1.8 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que establece que la autoridad administrativa debe actuar de buena fe y no puede actuar contra sus propios actos, y el Artículo 1.15 de esa misma ley, que exige a las entidades públicas que actúen de manera congruente con la expectativa legítima de las personas. Las Demandantes afirman que para probar que se ha producido un incumplimiento de la doctrina de los actos propios, deben cumplirse tres condiciones: (i) debe existir una conducta vinculante que genere expectativa legítima en la otra parte; (ii) debe existir una conducta contradictoria; y (iii) debe haber identidad de los sujetos en los elementos (i) y (ii)[552].

431. En este caso, sostienen las Demandantes, su expectativa legítima derivó no solo del propio Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía, sino que también se produjo a partir de las declaraciones de las autoridades relevantes y altos funcionarios de Perú en el sentido de que la Adenda N.º 1 era válida, que no había impedimento para la ejecución del Contrato de Concesión y que no había ninguna razón de interés público que pudiera dar lugar a la resolución del Contrato[553]. En particular, las Demandantes alegan que las conductas que se indican a continuación fueron indicativas de que Perú respaldaba la Adenda N.º 1 y la aprobó hasta el 13 de julio de 2017.

- Opinión técnica del Consejo Directivo de OSITRAN del 20 de enero de 2017 favorable a la Adenda N.º 1, que establece lo siguiente:

> *... con el esquema de pago propuesto, el Concedente no pagará intereses, sino el monto del Fondo de Pago por Obras propuesto no se modifica el equilibrio económico financiero, manteniendo el valor del dinero en el tiempo, toda vez que*

[551] Memorial de las Demandantes, párrs. 308, 309; **Anexo CL-21**, Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27.444, 12ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pág. 103.

[552] Memorial de las Demandantes, párrs. 312, 314, 315. *Ver también* Réplica de las Demandantes, párrs. 272 y ss. en relación con la aplicación de la doctrina de los actos propios a las declaraciones del Ministro Vizcarra.

[553] Memorial de las Demandantes, párrs. 315, 318; Réplica de las Demandantes, párr. 96 y ss.

el Concedente pagará exactamente el monto del Fondo de Pagos por Obras que fue propuesto por el Concesionario y que forma parte de su propuesta económica[554].

- Informe del 27 de enero de 2017 emitido por el MEF, también a favor de la Adenda N.º 1[555].

- Declaración del Presidente Kuczynski en la televisión el 30 de enero de 2017, en la que sostuvo que la Adenda N.º 1 permitiría ahorrar aproximadamente USD 590 millones[556].

- Declaraciones del Ministro Vizcarra, del 1 de febrero de 2017, en las que sostuvo que después de analizar los términos de la Adenda N.º 1, el Consejo de Ministros decidió aprobarla porque reducía significativamente los costos[557].

- Video del MTC publicado el 1 de febrero de 2017, en el que se reitera que, con la Adenda N.º 1, el Gobierno "ha conseguido evitar un litigio que hubiese durado años y permitirá ahorrar 590 millones de dólares al Estado a valor nominal"[558].

- Memorándum del 2 de febrero de 2017 emitido por el MTC, en el que indicaba que lo que motivaba la suscripción de la Adenda N.º 1 era la necesidad de adoptar medidas que aseguren el interés público de dotar a la ciudad de Cusco-Chinchero de un nuevo aeropuerto; que la Adenda N.º 1 no alteraba el factor de competencia del concurso; y que permitiría al Estado un ahorro de entre USD 235 millones y USD 370 millones en intereses[559].

---

[554] Memorial de las Demandantes, párr. 319, donde se cita el **Anexo C-72**, Oficio Circular N.º 006-17-SCD-OSITRAN, donde se adjunta el Acuerdo N.º 2009-607-17-CD-OSITRAN, 20 de enero de 2017, pág. 5.

[555] Memorial de las Demandantes, párr. 320.

[556] Memorial de las Demandantes, párr. 322; **Anexo C-136**, Artículo periodístico publicado por RPP NOTICIAS, "Kuczynski: 'Vamos a ir adelante con el aeropuerto de Chinchero'", 30 de enero de 2017.

[557] Memorial de las Demandantes, párr. 323; **Anexo C-75**, Artículo periodístico publicado por RPP NOTICIAS, Vizcarra: "PPK viajará este viernes al Cusco para iniciar obras en Chinchero", 1 de febrero de 2017.

[558] Memorial de las Demandantes, párr. 324, donde se cita el **Anexo C-137**, Video publicado en el Portal Oficial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Perú, 1 de febrero de 2017

[559] Memorial de las Demandantes, párr. 321; **Anexo C-116**, Memorándum N.º 528-2017-MTC/25, 2 de febrero de 2017, párrs. 5.17; 8.16; 10.9.

- Declaraciones del Ministro Vizcarra ante el Congreso de Perú el 9 de febrero de 2017, en las que una vez más mencionó las ventajas de la Adenda N.º 1 en los siguientes términos "esta Adenda favorece al Estado"[560].

- Declaraciones del Ministro Vizcarra ante el Congreso de Perú el 18 de mayo de 2017 (luego de que la Contraloría emitiera su informe en el que criticaba la Adenda N.º 1), en las que manifestó que la Adenda N.º 1 había sido negociada en forma válida y lícita, y que no había razón de interés público que justificara la resolución del Contrato de Concesión[561].

- Informe emitido por el MEF el 22 de mayo de 2017, en respuesta a las observaciones de la Contraloría respecto de la Adenda N.º 1, en el cual el MEF concluyó que la Adenda N.º 1 era beneficiosa para el Estado y generaba un ahorro estimado para el Estado de entre USD 245 millones y USD 340 millones[562].

- Declaraciones de Fiorella Molinelli (en ese entonces, Viceministra de Transporte y Comunicaciones) del 22 de mayo de 2017, en las que manifestó que el informe de la Contraloría es "poco serio, es un informe, contrario a lo que dijo el Contralor, político, carece de sustento técnico, carece de sustento legal"[563].

432. Todos estos actos del Estado, junto con la celebración del Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía también por parte del Estado, dieron lugar a la expectativa legítima en virtud de la cual se esperaría que si Perú resolviera el Contrato, lo haría de conformidad con los requerimientos establecidos en el Contrato y en el derecho peruano[564].

---

[560] Memorial de las Demandantes, párr. 325, donde se cita el **Anexo C-117**, Video del Ministro Martín Vizcarra ante la Comisión Permanente del Congreso, Congreso de la República del Perú, 9 de febrero de 2017, minuto 29.30 en adelante.

[561] Memorial de las Demandantes, párr. 325; **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 15, 23, 24.

[562] Memorial de las Demandantes, párr. 329; **Anexo C-78**, "Comunicado en relación a observaciones realizadas por la Contraloría", MEF, 22 de mayo de 2017, párr. 1.5.

[563] Memorial de las Demandantes, párr. 330, donde se cita el **Anexo C-121**, Clip de noticias del CANAL N "Viceministra Molinelli: Informe de Contraloría no tiene sustento técnico", 22 de mayo de 2017.

[564] Memorial de las Demandantes, párr. 332.

433. Sin embargo, en la opinión de las Demandantes, ello es precisamente lo que Perú no logró hacer. Apenas tres días después de declarar ante el Congreso que no había razones de interés público que justificasen resolver el Contrato de Concesión, el 21 de mayo de 2017, el Ministro Vizcarra anunció que el Estado resolvería el Contrato de Concesión y la Adenda N.º 1[565]. Asimismo, el 4 de junio de 2017, apenas tres días después de la Propuesta de Renegociación, el nuevo Ministro de Transporte, Ministro Giuffra, anunció que "Kuntur Wasi no participar[ía] en la construcción y operación del Aeropuerto Internacional de Chinchero"[566]. A ello le siguió un anuncio oficial del MTC, el mismo día, en el que indicaba que el Contrato sería resuelto de mutuo acuerdo[567].

434. Según las Demandantes, a través del MTC, OSITRAN y el MEF, Perú generó una expectativa legítima en las Demandantes que incumplió apenas unos pocos días después, mediante la resolución del Contrato de Concesión ejercida por el MTC[568]. Es decir que Perú incumplió sus obligaciones en virtud de la doctrina de los actos propios.

435. Por último, las Demandantes sostienen que el incumplimiento de una de las partes contratantes de su deber de actuar de buena fe otorga a la parte que no ha incumplido el derecho a ser indemnizada por daños y perjuicios de conformidad con el Artículo 1321 del Código Civil peruano[569].

(ii) La posición de la Demandada

436. La Demandada no niega que el derecho peruano establece una obligación general de actuar de buena fe, ni que la doctrina de los actos propios aplica a las entidades públicas. También coincide con las Demandantes en que, para determinar que ha habido un incumplimiento de la doctrina de los actos propios, deben considerarse los tres elementos mencionados

[565] Memorial de las Demandantes, párr. 335, donde se cita el **Anexo C-35**, Artículo periodístico publicado por Semana Económica, "Aeropuerto de Chinchero: Ejecutivo dejará sin efecto contrato de concesión", 22 de mayo de 2017; **Anexo C-34**, Clip de noticias de Cuarto Poder, "Martín Vizcarra: 'Chinchero va, pero el Contrato no'", 21 de mayo de 2017.

[566] Memorial de las Demandantes, párr. 337, donde se cita el **Anexo C-40**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "Gobierno y Kuntur Wasi acordaron resolver contrato por Chinchero, anuncia Giuffra", 4 de junio de 2017.

[567] Memorial de las Demandantes, párr. 337.

[568] Memorial de las Demandantes, párrs. 340-342.

[569] Memorial de las Demandantes, párr. 304.

anteriormente en el párrafo 430[570]. Sin embargo, la Demandada objeta la postura de las Demandantes respecto de la efectiva existencia en el presente caso de los elementos (i) y (ii)[571].

437. En primer lugar, la Demandada alega que los supuestos actos del Estado en apoyo a la Adenda N.º 1 no constituyen una "conducta vinculante" a los fines del análisis de los actos propios. Según la Demandada, el hecho de que algunos funcionarios públicos hayan respaldado la Adenda no obliga al Estado. Asimismo, las Demandantes sabían (o deberían hacer sabido) que la Adenda podría ser sometida a la revisión de la Contraloría y que si ésta detectaba aspectos negativos, el Estado tenía la obligación de actuar de conformidad con tal determinación[572].

438. En segundo lugar, la Demandada sostiene que siempre actuó en forma consistente, impulsada por el objetivo de satisfacer el interés público de construir el Aeropuerto Chinchero. En opinión de la Demandada, fue precisamente para satisfacer el interés público que Perú decidió abrir el concurso en 2010; otorgar la Concesión a Kuntur Wasi con la expectativa de tener un nuevo aeropuerto construido para 2021; rechazar el paquete de financiación irrazonable de Kuntur Wasi; intentar renegociar el Contrato por medio de la Adenda N.º 1 ante la incapacidad de Kuntur Wasi de alcanzar el cierre financiero; iniciar negociaciones con Kuntur Wasi nuevamente, cuando la Contraloría, en ejercicio de sus facultades y autoridad, emitió observaciones respecto de la Adenda N.º 1; y resolver el Contrato de Concesión cuando resultó evidente que las Partes no podrían llegar a un acuerdo respecto de cómo modificar el Contrato y avanzar con el Proyecto[573].

b. El análisis del Tribunal

439. Las Demandantes afirman que el Estado peruano habría actuado en contra de sus actos propios y que, por lo tanto, habría incumplido su deber de actuar de buena fe. En esencia,

[570] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 215, 216.

[571] La Demandada no niega que haya identidad de las partes, pero objeta que haya violación de la doctrina de los actos propios porque los elementos uno y dos no se verifican. *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 220.

[572] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 217, donde se cita el **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 166-171.

[573] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 218, 219.

la doctrina de los actos propios exige al contratante "observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever"[574].

440. Las Partes coinciden en que la doctrina de los actos propios exige la presencia de tres requisitos o elementos copulativos: (i) una conducta relevante o vinculante, es decir, que sea fuente de expectativa legítima en la otra parte, (ii) una conducta posterior contradictoria y (iii) identidad de partes entre el primer y segundo elementos[575].

441. La evaluación del primer requisito exige determinar no solo una conducta previa efectivamente ejecutada por el Estado peruano, sino también las expectativas que supuestamente se debían seguir de esa conducta. Las Demandantes presentan un reclamo confuso a este respecto. A partir de los escritos de discusión, el Tribunal distingue dos expectativas que, a juicio de Kuntur Wasi, se habrían visto afectadas: (i) el cumplimiento de los requisitos contractuales en caso de que Perú decidiera resolver el Contrato[576] y (ii) el respaldo de Perú a la Adenda N.º 1 y, por tanto, la continuación del Proyecto[577].

442. A juicio de este Tribunal, la primera expectativa que las Demandantes reclaman defraudada no tiene la aptitud para configurar un incumplimiento a los deberes de la buena fe que sea distinto a los deberes contractualmente pactados. En efecto, Kuntur Wasi alega que los actos del Estado peruano generaron la "la seguridad, la expectativa y el derecho de Kuntur Wasi de que, si Perú iba a decidir resolver el Contrato de Concesión, lo haría cumpliendo los requisitos estipulados expresamente…"[578]. No obstante, Kuntur Wasi no solo tenía la

[574] **Anexo MTQ-39**, Díez Picazo, Luis (1963), "La doctrina de los actos propios", Barcelona, España: Bosch. P.245., citado en **Anexo CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párr. 172.

[575] Memorial de las Demandantes, párr. 312; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 216.

[576] Memorial de las Demandantes, párr. 332.

[577] Memorial de las Demandantes, párr. 315.

[578] Memorial de las Demandantes, párr. 332. El experto en derecho Eduardo Benavides confirmó igualmente que esta sería al menos una de las expectativas que las Demandantes alegan defraudada. En efecto, el experto señaló, al explicar el reclamo de Kuntur Wasi a este respecto que, "Si el Estado, a través de actos administrativos, reconocimientos oficiales de sus representantes, comunicaciones formales y declaraciones contractuales, genera en el concesionario, la confianza de que el Proyecto será ejecutado, que el Estado cumplirá sus compromisos y que se respetará la concesión, se genera una confianza legítima en el concesionario de que el Estado respetará los derechos del concesionario y cumplirá con sus obligaciones, defendiendo la concesión." (**Anexo CER-7**, Informe Pericial de Benavides Torres, párr. 147).

expectativa de que una resolución unilateral fuese ejercida de conformidad con el Contrato, sino un *derecho* contractualmente exigible.

443. Como fue revisado anteriormente, la Adenda N.º 1 fue válidamente suscrita y no aportó motivos justificados para resolver el Contrato. Esta circunstancia fue reconocida por los representantes del Estado peruano que afirmaron su legalidad y rechazaron las críticas de la Contraloría[579]. En este sentido, si bien podría considerarse que Perú actuó de manera contradictoria al resolver de todos modos el Contrato, su contradicción no es algo distinto del incumplimiento al Contrato.

444. La teoría de los actos propios tipifica un deber conexo a los deberes contractuales de conducir los negocios de manera coherente[580]. Con todo, cuando la expectativa que se reclama defraudada se encuentra contractualmente pactada, la pregunta por una infracción a los deberes de buena fe se reconduce a una pregunta por incumplimiento de Contrato, tal como fue alegado por Kuntur Wasi según se vio en la sección anterior (*supra*, párrs. 288 y ss.). El análisis del reclamo referido a la violación de la doctrina de los actos propios supone determinar si la conducta de Perú generó expectativas *distintas* de aquellas convenidas expresamente en el Contrato. En consecuencia, la primera expectativa que las Demandantes alegan violada no puede evaluarse como una cuestión de actos propios, sino de incumplimiento contractual.

445. En contraste, el Tribunal considera que la segunda expectativa que las Demandantes alegan defraudada satisface, al menos en abstracto, este presupuesto. En esta oportunidad, Kuntur Wasi sostiene que la Demandada generó "las expectativas legítimas en el inversionista de que Perú apoyaba la Adenda N.º 1, de que el Proyecto continuaría, y de que no existía causal de interés público que justifique la resolución del Contrato de Concesión"[581]. En este sentido, el Tribunal considera que si bien el Estado peruano tenía la facultad para

[579] **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág.15; **Anexo C-78**, "Comunicado en relación a observaciones realizadas por la Contraloría," MEF, 22 de mayo de 2017; **Anexo C-121**, Clip de noticias de CANAL N "Viceministra Molinelli: Informe de Contraloría no tiene sustento técnico", 22 de mayo de 2017.

[580] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 162.

[581] Memorial de las Demandantes, párr. 331.

resolver unilateralmente el Contrato por la razón prevista en la Cláusula 15.5, una conducta relevante y consistente respecto a la improcedencia de esta causal podría, eventualmente, tener la aptitud de impedir el ejercicio de dicho poder en razón de la buena fe. Este es el alcance de la doctrina de los actos propios.

446. Sin embargo, analizados en concreto los antecedentes y argumentos de las Partes respecto a la verificación real de los requisitos de la doctrina de actos propios en el presente caso, el Tribunal considera que no existió una conducta inconsistente o incoherente relevante de parte del Estado peruano en torno a la improcedencia de la resolución del Contrato por razones de interés público, en el contexto en que se produjo la declaración de resolución.

447. Es cierto que el propio MTC afirmó la inexistencia de una causal de interés público para resolver el Contrato[582]. Con todo, estas declaraciones se ofrecieron en un contexto de cuestionamientos al Ministro Vizcarra por los defectos en el diseño contractual y las críticas de la Contraloría a la Adenda N.º 1[583].

448. A partir de estas declaraciones, el Tribunal concuerda con Kuntur Wasi al afirmar que el Estado peruano pudo generar ciertas expectativas de que el Contrato no sería terminado a propósito de los cuestionamientos a la Adenda N.º 1. Pero ello no impide que, ante nuevas circunstancias, el Estado peruano considerara legítimamente la procedencia de una resolución unilateral de acuerdo a la Cláusula 15.5.

449. En efecto, luego de que fuesen conocidas las críticas de la Contraloría a la Adenda N.º 1, y de que el MTC, el MEF y otros organismos públicos respaldaran su suscripción, las Partes suscribieron la Hoja de Ruta, en la que expresaron su disposición a (i) renegociar el Contrato o bien (ii) resolverlo de mutuo acuerdo[584].

---

[582] **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 23 y 47. Respuestas al pliego interrogatorio del Congreso en que el Ministro Vizcarra sostuvo que, "Declarar una razón de interés público requiere un sustento firme y la firma de varios Ministros. Sin duda si existieran esas razones se podría invocar esa cláusula, en el caso del Aeropuerto "Chinchero" no había forma de configurar una situación legal de ese tipo".

[583] **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 14, 23, 24, 29 y 47.

[584] Réplica de las Demandantes, párr. 28.

450. El Tribunal considera que la Hoja de Ruta es particularmente relevante para el análisis de una expectativa legítima de que el Contrato no se resolvería y sería ejecutado de conformidad a la Adenda N.º 1. Aunque la Adenda N.º 1 era el marco contractual vigente, la posterior adopción de la Hoja de Ruta en torno a su modificación o, en su defecto, la resolución del Contrato, impide concluir que Kuntur Wasi tuviese la legítima expectativa de que el Contrato se mantendría vigente bajo los términos de la Adenda N.º 1.

451. En este sentido, el Tribunal considera que la suscripción y posterior defensa de la Adenda N.º 1 por parte del MTC, son expresiones de la buena fe negocial de Perú por lograr la continuidad del Proyecto. Con todo, estas acciones pierden relevancia a efectos de configurar una legítima expectativa de que el Contrato sería ejecutado de acuerdo a lo convenido en la Adenda N.º 1, cuando fueron las propias Demandantes quienes estuvieron dispuestas a renegociar lo convenido, al suscribir la Hoja de Ruta.

452. Atendidas las razones expuestas, este reclamo será rechazado por el Tribunal. Primero, porque resolver el Contrato de acuerdo a las exigencias del mismo no era una expectativa de Kuntur Wasi creada por una conducta de Perú, sino un derecho contractual cuya vulneración fue analizada en la sección anterior. Segundo, porque Kuntur Wasi, al suscribir la Hoja de Ruta, aceptó renegociar o al menos revisar los términos de la Adenda N.º 1, perdiendo la expectativa de que el Contrato sería ejecutado necesariamente en los términos de ese acuerdo.

(3) La resolución del Contrato de Concesión que realizó Kuntur Wasi fue válida y tiene consecuencias en virtud del derecho peruano

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

453. Como se explicó anteriormente, las Demandantes sostienen que la resolución unilateral del Contrato de Concesión ejercida por Perú fue contraria a los términos expresos del Contrato de Concesión y, por lo tanto, inválida. Esto, de acuerdo con las Demandantes, constituyó en sí mismo un incumplimiento del Contrato de Concesión. Sobre la base de este entendimiento, y a pesar de los esfuerzos de renegociación, las Demandantes alegan que

se vieron obligadas a resolver el Contrato de conformidad con el artículo 1429 del Código Civil peruano[585].

454. Las Demandantes explican que, en virtud de las normas del derecho peruano, la resolución de un contrato por incumplimiento exige prueba de lo siguiente: (i) debe haber habido un incumplimiento; (ii) la parte que no incurrió en incumplimiento debe haber solicitado a la contraparte que subsane dicha falta y cumpla el Contrato; y (iii) debe haber transcurrido un plazo de 15 días posteriores a tal solicitud[586].

455. De acuerdo con la postura de las Demandantes, no hay dudas de que la Demandada incumplió el Contrato de Concesión (como se explicó en las secciones anteriores). Asimismo, las Demandantes solicitaron a Perú que cumpliera el Contrato y que subsanara los incumplimientos mediante la carta del 22 de enero de 2018[587]. A pesar de este pedido, Perú no subsanó su incumplimiento. Por este motivo, Kuntur Wasi envió una carta al MTC el 7 de febrero de 2018, en la que informaba al MTC la resolución del Contrato de Concesión[588].

456. Por último, las Demandantes alegan que como consecuencia de la resolución por incumplimiento la parte incumplidora debe pagar indemnización por daños y perjuicios causados a la parte que no incurrió en incumplimiento de conformidad con el Artículo 1429 del Código Civil peruano[589].

(ii) La posición de la Demandada

457. La Demandada sostiene que resolvió el Contrato de Concesión de manera válida y legítima por motivos de interés público en julio de 2017, como se explicó anteriormente en los párrafos 335 y subsiguientes. Sin embargo, la Demandada afirma que, aun si hubiera incumplido el Contrato, los términos del Contrato expresamente limitan el monto de la

[585] Memorial de las Demandantes, párr. 456.
[586] Memorial de las Demandantes, párr. 457.
[587] **Anexo C-88**, Carta N.º 014-2018-KW, 22 de enero de 2018.
[588] Memorial de las Demandantes, párr. 460; **Anexo C-89**, Carta N.º 018-2018-KW, 7 de febrero de 2018.
[589] Memorial de las Demandantes, párr. 462.

compensación que se puede otorgar al Concesionario en tales circunstancias a los costos hundidos reconocidos por OSITRAN[590].

458. En particular, la Demandada fundamenta su argumento en la Cláusula 15.4 del Contrato de Concesión, que establece que en el caso de que el Contrato sea resuelto por incumplimiento del MTC, éste solo tiene que pagar al Concesionario "los gastos generales en que haya incurrido hasta la fecha en que surta efecto la resolución del Contrato, debidamente acreditados y reconocidos por el OSITRAN"[591].

459. Sin embargo, resulta llamativo que las Demandantes se hayan negado a entregar a OSITRAN información sobre los costos que se deben reembolsar, y, por lo tanto, en ese momento, no había costos para reembolsar a Kuntur Wasi[592].

b. El análisis del Tribunal

460. Los alegatos de Kuntur Wasi bajo este reclamo suponen declarar (i) que la resolución practicada por Perú fue "inválida e ineficaz"[593], (ii) que, en consecuencia, las obligaciones contractuales continuaron siendo exigibles tras la comunicación de resolución del MTC, y (iii) que la resolución efectuada posteriormente por Kuntur Wasi fue válida y produjo los efectos establecidos en el Código Civil peruano[594].

461. El Tribunal ya declaró que la resolución del Contrato de Concesión por parte de Perú, sin haberse acreditado una razón de interés público debidamente fundada, constituye un incumplimiento contractual (*supra,* párr. 427). Por ende, el Tribunal debe analizar a continuación los efectos jurídicos de esa resolución indebida.

462. Ante la petición de Kuntur Wasi de declarar la ineficacia de la resolución unilateral de Perú, la Demandada se limitó a afirmar la legitimidad de dicho acto[595]. Por otro lado, bajo

[590] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 235.

[591] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 235, donde se cita el **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.4.3(a).

[592] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 127, 235.

[593] Memorial de las Demandantes, párr. 455.

[594] Memorial de las Demandantes, párr. 461.

[595] Memorial de Contestación de la Demandada, pág. 235; Dúplica de la Demandada, párr. 315.

el escenario de que este Tribunal considerase que la resolución contravino los términos del Contrato de Concesión (como finalmente se ha declarado), Perú únicamente manifestó su posición respecto al estatuto de daños aplicable, sin calificar las consecuencias jurídicas de la resolución indebida.

463. El Tribunal considera procedente declarar la ineficacia de la resolución unilateral comunicada por el MTC, por cuanto ella no observó uno de los requisitos establecidos en el Contrato de Concesión, esto es, estar fundada en una razón de interés público. Como consecuencia lógica, la resolución comunicada por el MTC el 13 de julio de 2017 mediante Oficio N.º 142-2017-MTC/01 no produjo el efecto de dar término a la relación contractual.

464. Aunque esta declaración implica sostener que la relación contractual mantuvo su vigencia durante los meses siguientes, la conclusión sería la misma si el Tribunal declarase la eficacia del acto resolutorio. En efecto, de acuerdo con la Cláusula 15.5.1 del Contrato de Concesión, la resolución unilateral ejercida por Perú no produciría efectos sino hasta seis meses después de su comunicación, esto es, en enero de 2018. Apenas estuvo vencido este plazo, Kuntur Wasi comunicó su intención de poner término al Contrato de Concesión.

465. En efecto, mediante carta del 22 de enero de 2018, Kuntur Wasi expuso los incumplimientos en los que —a su juicio— había incurrido el Estado Peruano, que la habilitaban para solicitar la resolución del Contrato de Concesión. En este sentido, expuso que "[f]rente a esta situación, Kuntur Wasi otorga una última oportunidad al Concedente y, conforme al artículo 1429 del Código Civil, norma supletoria aplicable a todo contrato, lo requiere a pagar el Valor de Adelanto […], lo requiere a cumplir con todas sus obligaciones; ello dentro del plazo de quince (15) días de recibida esta comunicación. Este requerimiento se realiza bajo apercibimiento de, una vez cumplido dicho plazo, tener por resuelto de pleno derecho el Contrato de Concesión y requerir la indemnización por el daño emergente, lucro cesante y daño moral causados por el Concedente"[596].

466. El día 7 de febrero de 2018, a través de la Carta N.º 018-2018-KW, Kuntur Wasi comunicó al MTC que "[n]o habiéndose cumplido el requerimiento en el plazo señalado en la carta

[596] **Anexo C-88**, Carta N.º 014-2018-KW, 22 de enero de 2018, pág. 8.

de intimación, Kuntur Wasi cumple con comunicar al Estado peruano que, a partir de la fecha, el Contrato de Concesión ha quedado resuelto de pleno derecho"[597]. A continuación Kuntur Wasi enumera los pasos a seguir para elaborar el inventario y las restituciones de los bienes de la Concesión, y agrega que "… habiendo caducado la concesión, conforme a la Cláusula 15.4.5, corresponde que el Concedente devuelva la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión inmediatamente".[598] Asimismo, Kuntur Wasi destaca que "... en tanto los incumplimientos del Concedente se han producido voluntariamente o, en el mejor de los casos, con culpa inexcusable, no son de aplicación los límites de responsabilidad establecidos en el Contrato de Concesión […] El monto de la indemnización deberá ser determinado por el Tribunal Arbitral conforme a la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Concesión"[599].

467. Conforme al petitorio Kuntur Wasi, el Tribunal debe analizar si la referida resolución, amparada en el Artículo 1429 del Código Civil peruano, "es válida y, por lo tanto, produce efectos jurídicos en el Contrato de Concesión"[600]. El Tribunal acogerá esta petición, con las calificaciones que a continuación se indican.

468. Ante todo, Kuntur Wasi estaba habilitada para solicitar la resolución del Contrato de Concesión. Como se ha declarado en esta decisión (*supra*, párr. 427), la resolución indebida por parte de Perú constituyó, a su vez, un incumplimiento al Contrato de Concesión. Se trata de un incumplimiento de parte del Concedente, es decir Perú, que da derecho al Concesionario a poner término anticipado a la relación contractual, tanto bajo las normas del Contrato de Concesión (Cláusula 15.4) como bajo las normas generales del Código Civil peruano (Artículo 1428). En este sentido, ambas regulaciones son consistentes, pues ofrecen al acreedor el remedio resolutorio ante el incumplimiento del deudor.

469. El Tribunal no observa inconveniente en declarar que la resolución del Contrato de Concesión se realizó, en este caso, de acuerdo con la prerrogativa del Código Civil. En consecuencia, el Contrato de Concesión quedó resuelto *ipso jure*, es decir, por ministerio

[597] **Anexo C-89**, Carta N.º 018-2018-KW, 7 de febrero de 2018, pág. 1.
[598] **Anexo C-89**, Carta N.º 018-2018-KW, 7 de febrero de 2018, pág. 3.
[599] **Anexo C-89**, Carta 018-2018-KW, 7 de febrero de 2018, pág. 3-5.
[600] Memorial de las Demandantes, párr. 674, (e).

de la ley, al vencer el plazo de 15 días contados a partir de la fecha del requerimiento de cumplimiento de Kuntur Wasi del 22 de enero de 2018. En otras palabras, el hecho de que los términos del Contrato de Concesión otorguen al Concesionario un remedio resolutorio por incumplimiento del Concedente, no obsta a que ese mismo remedio, establecido en interés de la parte afectada, sea ejercido de acuerdo con el derecho común y supletorio contenido en el Código Civil.

470. Con todo, la declaración anterior es independiente respecto de las normas de daños aplicables al caso, materia en la que existió un acuerdo especial de las Partes de limitar el régimen común o supletorio del Código Civil.

471. Aunque el análisis de daños es abordado en una sección posterior de esta decisión (*infra*, párrs. 801 y ss.), el Tribunal considera pertinente adelantar ciertas consideraciones, atendida la discusión de las Partes bajo este reclamo.

472. Las Partes convinieron un régimen especial de daños que sería aplicable atendiendo a distintas hipótesis de resolución (Cláusula 15). Particularmente, la Cláusula 15.4 del Contrato de Concesión regula los daños exigibles ante una resolución por incumplimiento del Concedente. La Cláusula 15.4.4 indica expresamente que "[l]os conceptos señalados en la presente Cláusula son los únicos pagos a ser reconocidos a favor del CONCESIONARIO, que incluye el reconocimiento de los gastos diversos con motivo de la Concesión"[601].

473. Kuntur Wasi reconoció la existencia de este acuerdo de limitación de responsabilidad, al indicar en su carta de resolución que tales límites no serían aplicables, por considerar que los incumplimientos de Perú habían sido *voluntarios o por negligencia grave* (*supra*, párr. 466). En otras palabras, según Kuntur Wasi, la aplicación del estatuto de daños del Código Civil (no limitado a los daños especificados en el Contrato de Concesión) se encuentra sujeta a la comprobación de dolo o negligencia grave en la conducta del MTC (Artículo 1321 del Código Civil peruano). Como se señala en esta Decisión (*infra*, párr. 577), el

[601] Nota del Tribunal: Texto original en español.

Tribunal ha concluido que el MTC no actuó con dolo ni negligencia grave al infringir el Contrato de Concesión.

474. La carta resolutoria de Kuntur Wasi también reconoce la aplicabilidad de otras cláusulas contractuales, a efectos de realizar el inventario, la restitución de los bienes y la devolución de la garantía. Conviene tener presente que la devolución de la garantía se encuentra normada precisamente en la Cláusula 15.4.5 del Contrato de Concesión, bajo el apartado que regula la resolución por incumplimiento del Concedente. En otras palabras, la resolución del Contrato de Concesión de acuerdo con las normas generales del Código Civil no supone prescindir del Contrato de Concesión en otras materias especialmente reguladas por las Partes, lo que así fue comprendido por las propias Demandantes al momento en que declararon la resolución por incumplimiento.

475. En conclusión, el Tribunal tendrá por establecido que (i) la resolución comunicada por Perú el 13 de julio de 2017 no produjo el efecto de poner término a la relación contractual; y (ii) esta relación contractual permaneció vigente hasta que operó la resolución comunicada por Kuntur Wasi, el 7 de febrero de 2018. Los efectos derivados de ambas conclusiones, particularmente en materia de daños, son abordados en las secciones pertinentes de esta decisión.

(4) La falta de pago por parte de Perú del Adelanto constituye un incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión, según fuera modificado

a. La posición de las Partes

(i) La Posición de las Demandantes

476. Como se explicó anteriormente en el párrafo 159, de acuerdo con la Adenda N.º 1, el MTC pagaría a Kuntur Wasi un Adelanto de USD 40 millones, dentro de los 30 días posteriores a la celebración de la Adenda, siempre que Kuntur Wasi presentara la "Garantía de Adelanto*"* al Estado (es decir, una carta fianza por el monto del Adelanto, que garantizaría el uso apropiado del monto del Adelanto)[602].

[602] Memorial de las Demandantes, párr. 349, donde se cita el **Anexo C-24**, Adenda N.º 1, Cláusula 3.12.

477. Sin embargo, según las Demandantes, antes de que éstas pudieran entregar la Garantía de Adelanto (dentro del plazo estipulado en el Contrato), Perú ya había declarado que no cumpliría su obligación de pagar el Adelanto el 4 de junio de 2017, y finalmente resolvió el Contrato el 13 de julio de 2017. En tales circunstancias, según las Demandantes, existía un riesgo de que incluso si Kuntur Wasi entregaba la Garantía de Adelanto, Perú simplemente podría no cumplir con pagar el Adelanto[603].

478. Las Demandantes sostienen que el Artículo 1427 del Código Civil peruano dispone que cuando existe un riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar (en este caso, Perú con su obligación de pagar el Adelanto) no pueda hacerlo de acuerdo con el contrato, la que debe efectuar la prestación en primer lugar (en este caso, Kuntur Wasi con su obligación de entregar la Garantía de Adelanto) puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga las obligaciones que le conciernen o garantice su cumplimiento[604]. En función de esta disposición, el 14 de agosto de 2017, Kuntur Wasi envió una carta al MTC en la que solicitaba el pago del Adelanto a pesar de no haber emitido la Garantía de Adelanto[605].

479. El MTC respondió la carta de las Demandantes el 31 de agosto de 2017, e indicó que el Contrato de Concesión había sido resuelto unilateralmente el 13 de julio de 2017 y que, por lo tanto, Perú no pagaría el Adelanto[606]. Según las Demandantes, incluso si la resolución por el MTC fuera considerada válida, de conformidad con la Cláusula 15.8.7 del Contrato de Concesión, en caso de que la resolución estuviera sometida a un proceso de arbitraje, la resolución solo tendría efectos luego del correspondiente laudo arbitral[607]. De modo que en el momento en que Kuntur Wasi solicitó el pago del Adelanto, el Contrato de Concesión todavía estaba vigente y Perú incurrió por tanto en mora de acuerdo con las disposiciones del Artículo 1333.3 del Código Civil peruano[608].

---

[603] Memorial de las Demandantes, párr. 351; Réplica de las Demandantes, párrs. 151 y ss.

[604] Memorial de las Demandantes, párr. 352.

[605] Memorial de las Demandantes, párr. 353; **Anexo C-147**, Carta N.º 098-2017-KW, 18 de agosto de 2017.

[606] Memorial de las Demandantes, párr. 354, donde se cita el **Anexo C-148**, Oficio N.º 3562-2017-MTC, 31 de agosto de 2017.

[607] Memorial de las Demandantes, párr. 355; Réplica de las Demandantes, párrs. 570 y ss.

[608] Memorial de las Demandantes, párr. 356.

(ii) La posición de la Demandada

480. La Demandada, por su parte, afirma que antes de que transcurrieran 30 días de la celebración de la Adenda N.º 1, la Contraloría emitió su Informe Preliminar, en el que alertaba acerca de potenciales inconvenientes con la Adenda. A la luz del informe de la Controlaría, en febrero de 2017, las Partes acordaron suspender sus obligaciones en virtud del Contrato, incluso aquellas relacionadas con el Adelanto y en mayo de 2017, las Partes decidieron extender esta suspensión hasta el final de agosto de 2017. De manera que la Demandada sostiene que durante ese período no estaba obligada a efectuar el pago del Adelanto[609].

481. El 13 de julio de 2017, el Estado terminó unilateralmente el Contrato y, por ende, su obligación de pagar el Adelanto (o cualquier otra obligación en virtud del Contrato) dejó de existir[610].

482. Por último, la Demandada alega que incluso si el Tribunal considerara que el Estado tenía la obligación de efectuar el pago del Adelanto, dicha obligación estaba supeditada a la entrega de la Garantía de Adelanto por parte de Kuntur Wasi, lo cual nunca ocurrió[611].

b. El análisis del Tribunal

483. Mediante la Adenda N.º 1 las Partes diseñaron un nuevo esquema financiero por el cual sustituyeron el sistema PAO para la Subetapa 2 por un sistema PPO (*supra*, párr. 404). El nuevo diseño preveía, asimismo, la entrega de un anticipo por parte de Perú para el inicio de las obras correspondientes a esta etapa.

484. La Adenda N.º 1 indica que el "Valor del Adelanto" corresponde al monto de USD 40.262.870, el que se pagaría por Perú a Kuntur Wasi "dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha de la firma de la Adenda Nº1 al Contrato de Concesión" (Cláusula 3.12 de la Adenda)[612]. La misma cláusula agrega que para la entrega del Valor del Adelanto "el CONCESIONARIO deberá entregar previamente al CONCEDENTE la

[609] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 110, 118, 226.

[610] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 226.

[611] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 226.

[612] Nota del Tribunal: Texto original en español.

carta fianza por la Garantía de Adelanto para las Obras retribuidas por el PPO 2 e instruir respecto de la cuenta a la se realice la transferencia o depósito del monto antes referido"[613]. La Cláusula 10.2.4 del Contrato de Concesión (incorporada en la Cláusula 3.21 de la Adenda N.º 1) detalla las obligaciones de Perú y de Kuntur Wasi en relación con la entrega del Valor del Adelanto y la Garantía de Adelanto, respectivamente.

485. Las Partes no discuten la existencia ni los términos de estas obligaciones. Ambas coinciden en que Perú debía entregar el Valor del Adelanto dentro de 30 días desde la suscripción de la Adenda N.º 1, tras la entrega de la Garantía de Adelanto por parte de Kuntur Wasi[614]. La discusión se centra, en cambio, en la exigibilidad de las obligaciones atendidos los eventos que se desarrollaron luego de la suscripción de la Adenda N.º 1.

486. El 22 de febrero de 2017, la Contraloría emitió una opinión preliminar sobre la Adenda N.º 1 advirtiendo que la entrega del Valor del Adelanto, en los términos que preveía la Adenda N.º 1, generaba el riesgo de que el Concesionario utilizase el monto para un fin distinto al previsto (*supra,* párr. 173).

487. En atención a estas advertencias, el MTC solicitó a Kuntur Wasi suspender las obligaciones hasta contar con la opinión definitiva de la Contraloría[615]. El 2 de marzo de 2017 las Partes acordaron suspender temporalmente la obligación de entregar la Garantía de Adelanto, el Valor del Adelanto y, en consecuencia, suspender el inicio de la Etapa de Ejecución de Obras. De acuerdo al acta de suspensión, las Partes adoptaron el acuerdo "… en cautela de los intereses del Estado Peruano y de la preocupación del Concesionario que no exista duda alguna que los fondos del Valor del Adelanto se van a canalizar mediante vehículos transparentes y con la trazabilidad necesaria"[616].

488. El 22 de mayo de 2017, la Contraloría emitió su opinión definitiva mediante el Informe de Auditoría Nº 265-2017. El 31 de mayo de 2017, las Partes acordaron ampliar el plazo de suspensión por un período de 90 días a partir del 1 de junio. De este modo, las obligaciones

[613] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[614] Memorial de las Demandantes, párr. 351; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 226.

[615] **Anexo R-75**, Oficio N.º 0813-2017-MTC/25, 27 de febrero de 2017.

[616] **Anexo C-31**, Acta de acuerdo de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 2 de marzo de 2017, Sección C.

se suspenderían hasta el día 30 de agosto de 2017[617]. No obstante, el 13 de julio de 2017, estando vigente la suspensión, Perú comunicó a Kuntur Wasi la resolución unilateral del Contrato de Concesión de acuerdo a la Cláusula 15.5.1.

489. El 18 de agosto de 2017, Kuntur Wasi envió una carta al MTC expresando que la resolución unilateral comunicada por Perú no se ajustaba a las exigencias del Contrato. A su juicio, este evento creaba un *riesgo evidente e inminente* de que Perú no cumpliera con sus obligaciones al finalizar la suspensión. En este contexto, Kuntur Wasi expresó que, en aplicación del Artículo 1427 del Código Civil, suspendería la entrega de la Garantía de Adelanto hasta que el MTC cumpliese primero con el pago del Valor del Adelanto u otorgase una garantía que lo respaldara. Asimismo, agregó que "… en tanto el Concedente no cumpla con el pago del monto indicado o no otorgue garantía que lo respalde, incurrirá en incumplimiento voluntario de sus obligaciones contractuales"[618].

490. El 31 de agosto de 2017, Perú rechazó este requerimiento indicando que la resolución unilateral era *válida, legítima y eficaz.* A su juicio, solicitar el pago del Valor del Adelanto al finalizar la suspensión carecía de lógica "... por cuanto el MTC ha declarado la caducidad unilateral del Contrato mediante carta del 13 de julio de 2017, caducidad que se producirá el 13 de enero de 2018"[619].

491. Las Demandantes sostienen que Perú incumplió el Contrato de Concesión por no entregar el Valor del Adelanto, por aplicación del Artículo 1427 del Código Civil peruano. Afirman que la resolución del Contrato no fue eficaz y que, de acuerdo con la Cláusula 15.5.1, aun cuando la resolución hubiese sido válidamente ejercida, esta solo produciría efectos a partir de enero de 2018, de modo que Perú debía cumplir con la entrega del Valor del Adelanto (*supra*, párrs. 478, 479). La Demandada, en cambio, sostiene que el Contrato fue válidamente terminado y que, por lo tanto, desde ese momento dejó de existir la obligación de entregar el Valor del Adelanto. Afirma que, en cualquier caso, esta obligación estaba

[617] **Anexo C-32**, Adenda al Acta de Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 31 de mayo de 2017.
[618] **Anexo C-147**, Carta N.º 098-2017-KW, 18 de agosto de 2017, pág. 2.
[619] **Anexo C-148,** Oficio N° 3562-2017-MTC, 31 de agosto de 2017, pág. 2.

supeditada a la entrega de la Garantía de Adelanto que Kuntur Wasi nunca proporcionó (*supra*, párrs. 480-482).

492. El Tribunal coincide con Kuntur Wasi al sostener que, una vez terminada la suspensión, las Partes debían reanudar el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, la Cláusula 15.5.1 expresa que la resolución debe comunicarse "… con una antelación no inferior a seis (6) meses del plazo previsto para la terminación"[620]. De este modo, con independencia de la alegada validez de la resolución unilateral ejercida por Perú (que este Tribunal ha rechazado), era pertinente pretender el cumplimiento de las obligaciones exigibles.

493. Sin perjuicio de esta declaración, este Tribunal considera que el reclamo de las Demandantes no es procedente, por las razones que a continuación se exponen.

494. La solicitud de Kuntur Wasi se funda en el Artículo 1427 del Código Civil peruano, cuyo tenor es:

> *Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento*[621].

495. Ante todo, la norma exige que las prestaciones en juego sean *recíprocas*. De acuerdo con el Dr. Ferrando, las prestaciones debidas en este reclamo no cumplían con ese presupuesto, pues el Valor de Adelanto debía entregarse solo una vez que Kuntur Wasi hubiera entregado la Garantía del Adelanto. Es decir, se trataba de prestaciones sucesivas, no simultáneas[622].

496. El Tribunal discrepa de dicha argumentación. Las prestaciones recíprocas no son aquellas que deben cumplirse simultáneamente, sino las que se deben en intercambio de otra obligación, que son concebidas para facilitar o aceptar el cumplimiento de otra obligación, o aquellas cuyo cumplimiento solo puede ser razonablemente entendido como dependiente

[620] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[621] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[622] **Anexo RER-6**, Segundo Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 141-144.

del cumplimiento de la otra. La obligación de Kuntur Wasi de entregar la Garantía del Adelanto, aun cuando debía cumplirse antes de recibir el Valor del Adelanto, se encontraba claramente vinculada a la obligación del Estado peruano. Por lo tanto, se satisface el primer presupuesto de la norma analizada.

497. De esta manera, Kuntur Wasi estuvo legítimamente exceptuada de entregar la Garantía del Adelanto tras el anuncio de la resolución indebida de Perú y durante el período en que el Contrato se mantuvo vigente. Como afirma la norma, *la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución.* La norma sirve como incentivo para que la contraparte continúe con la ejecución del Contrato.

498. Con todo, la pretensión de Kuntur Wasi en este reclamo no se ajusta al remedio que ofrece el Artículo invocado. En efecto, Kuntur Wasi no persigue una excusa a su incumplimiento con el fin de persistir en el Contrato, sino solicita que este Tribunal declare que Perú incumplió la obligación de entregar el Valor del Adelanto para justificar la resolución ejercida por su parte. Por otro lado, la obligación de entregar este monto nunca fue exigible, porque la Demandante incumplió su propia obligación. En los hechos, tanto la obligación de entregar el Valor del Adelanto como la de entregar la Garantía, se extinguieron una vez que Kuntur Wasi terminó el Contrato de Concesión. Como se resolvió con anterioridad, la resolución de Kuntur Wasi fue válidamente ejercida y produjo sus efectos el 7 de febrero de 2018 (*supra,* párr. 475). Sin embargo, esta resolución no se fundó en el Artículo 1427 del Código Civil peruano.

499. A mayor abundamiento, el Tribunal observa que este reclamo carece de efectos prácticos en términos indemnizatorios. Si el Estado peruano hubiese entregado el Valor del Adelanto, podría haber ejecutado la Garantía del Adelanto o, en su defecto, Kuntur Wasi tendría hoy una obligación de restituirlo.

500. Por los motivos expuestos, el Tribunal rechazará el reclamo de las Demandantes aquí analizado.

(5) Las exigencias de Perú para que Kuntur Wasi restituyera el área de Concesión fueron indebidas

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

501. Las Demandantes alegan también que, de conformidad con la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión, Kuntur Wasi debería tener la posesión del área de Concesión durante la vigencia del Contrato[623]. Asimismo, en opinión de las Demandantes, en el caso de que surgiera una controversia en relación con la resolución del Contrato, la Cláusula 15.8.7 establecía que el Contrato de Concesión permanecería vigente hasta tanto se dictara un laudo definitivo sobre la cuestión[624]. De modo tal que Kuntur Wasi estaba legitimada para retener el área de Concesión hasta tanto se emitiera un laudo definitivo, y el MTC incumplió el Contrato de Concesión al exigir reiteradamente que Kuntur Wasi restituyera el área de Concesión[625].

(ii) La posición de la Demandada

502. De conformidad con la Cláusula 15.5.1 del Contrato, la resolución unilateral tendría efectos seis meses después de que el MTC notificara a Kuntur Wasi acerca de la decisión de resolver el Contrato (es decir, el 13 de enero de 2018). La Cláusula 15.8.1 establece que una vez que la resolución surte efectos, el Concesionario tiene la obligación de devolver los terrenos del aeropuerto al MTC. Así, la Demandada afirma que más que un incumplimiento contractual, exigir la restitución de los terrenos del aeropuerto era una obligación del MTC[626].

503. La Demandada también objeta el argumento de las Demandantes según el cual, de acuerdo con la Cláusula 15.8.7, las Demandantes no estaban obligadas a devolver los terrenos del aeropuerto hasta tanto no se hubiera emitido el laudo arbitral. Según el perito de la Demandada, Dr. Ferrando, la Cláusula 15.8.7 no es aplicable porque el Contrato expresamente establece que, en caso de resolución unilateral, la resolución solo surtirá

[623] Memorial de las Demandantes, párr. 358.

[624] Memorial de las Demandantes, párr. 359; Réplica de las Demandantes, párrs. 153, 574-577.

[625] Memorial de las Demandantes, párrs. 360-369; Réplica de las Demandantes, párr. 153.

[626] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 227.

efecto una vez transcurridos seis meses contados a partir de la notificación de resolución. Asimismo, en enero de 2018 (es decir, cuando la resolución unilateral surtió efecto), Kuntur Wasi aún no había presentado la solicitud de arbitraje y, por lo tanto, la resolución no estaba sometida a un proceso arbitral[627].

b. El análisis del Tribunal

504. El Tribunal ya ha declarado que la resolución unilateral ejercida por Perú fue indebida y que, por lo tanto, fue ineficaz. En consecuencia, el Contrato produjo todos sus efectos hasta su resolución de pleno derecho el 7 de febrero de 2018, tras el requerimiento de Kuntur Wasi (*supra,* párr. 475).

505. Esto implica que Kuntur Wasi pudo válidamente retener los bienes de la Concesión hasta esa fecha. La Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión consagra este derecho señalando que: "El CONCESIONARIO tendrá la posesión, el uso y disfrute de los Bienes de la Concesión, el derecho a la prestación de los Servicios Aeroportuarios y Servicios No Aeroportuarios, así como el ejercicio de los derechos que sean necesarios para que cumpla con las obligaciones a su cargo establecidas en el presente Contrato y las Leyes Aplicables"[628].

506. Con todo, el reclamo de Kuntur Wasi no supone simplemente declarar la legitimidad de su posesión de los bienes de la Concesión hasta el día de su restitución. El reclamo exige, además, declarar que Perú incumplió el Contrato por "exigir reiteradamente la devolución del Área de la Concesión pese a las claras disposiciones contractuales en sentido contrario"[629]. De este modo, el Tribunal debe determinar si una exigencia, contraria a los términos del Contrato, implica un incumplimiento de la parte que la demanda.

507. Como defensa, el Estado peruano se refiere a los términos del Contrato para justificar su exigencia. En particular, la Demandada argumenta en favor de la legitimidad de la devolución de los terrenos indicando que: (i) la resolución produjo sus efectos el 13 de enero de 2018, por lo que Kuntur Wasi tenía la obligación de devolver el Área de

[627] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 227, 228, donde se cita el **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 181-189.

[628] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[629] Memorial de las Demandantes, párr. 371.

Concesión a esa fecha de conformidad a la Cláusula 15.8.1; (ii) la Cláusula 15.8.7, que suspende los efectos de la resolución hasta la emisión del laudo arbitral, no sería aplicable (1) porque la Cláusula 15.5.1 suspende los efectos de la resolución hasta seis meses después de su notificación, disposición que debe primar por su especialidad, y (2) porque al momento en que la resolución del Contrato se hizo efectiva, Kuntur Wasi aún no había iniciado el procedimiento arbitral para controvertirla.

508. El Tribunal considera que, con independencia del mérito de estas defensas, el reclamo de Kuntur Wasi no es procedente porque Perú no incumplió obligación alguna al requerir la restitución del Área de Concesión.

509. Perú tenía la obligación de entregar los terrenos para la ejecución del Proyecto, y Kuntur Wasi el derecho de retener su posesión hasta la resolución del Contrato. Esto es precisamente lo que ocurrió en el caso. De hecho, Kuntur Wasi no restituyó los terrenos sino hasta el 8 de febrero de 2018, día en que se suscribió el Acta de Reversión de los Bienes de la Concesión y el día después que se resolvió de pleno derecho el Contrato de Concesión (*supra,* párr. 206).

510. Los requerimientos para la devolución anticipada de los terrenos podrían, a lo sumo, calificarse como una conducta contraria a la buena fe, pues se trata de un comportamiento que supone ignorar el marco contractual acordado. Con todo, esta consideración no es suficiente para declarar un incumplimiento de Perú. Únicamente puede tener relevancia a efectos de evaluar un eventual repudio al Contrato de Concesión, lo que será analizado en la sección pertinente (*infra*, párrs. 521 y ss.).

511. Por último, al igual que en el reclamo sobre el pago del Valor del Adelanto, el Tribunal no advierte que este reclamo tenga consecuencias prácticas en términos compensatorios. No existe un daño asociado al reclamo de restitución anticipada de los terrenos de la Concesión, los que, en cualquier caso, debían devolverse al término del Contrato.

(6) Perú incumplió el Contrato de Concesión al beneficiarse con el EDI sin haber pagado por dicho estudio

a. La posición de las Partes

(i) La Posición de las Demandantes

512. Como se explicó anteriormente, en virtud del Contrato de Concesión, Kuntur Wasi tenía la obligación de preparar y entregar el EDI. Este documento comprende un pormenorizado diseño ejecutivo del Proyecto, con un nivel de detalle suficiente para iniciar las tareas de construcción[630]. El 27 de mayo de 2015, Kuntur Wasi presentó el EDI ante OSITRAN. Luego, OSITRAN introdujo comentarios que fueron atendidos por Kuntur Wasi, quien presentó el EDI modificado. El EDI definitivo fue aprobado por OSITRAN el 7 de diciembre de 2015[631].

513. Lo que reclama Kuntur Wasi respecto del EDI es que en la actualidad la Demandada utiliza el EDI y saca provecho de él para llevar a cabo el Proyecto del Aeropuerto Chinchero con otros contratistas, sin haber pagado por dicho estudio. Específicamente, las Demandantes señalan que el nuevo concurso para el Aeropuerto Chinchero expresamente establecía que el nuevo concesionario tendría que usar el EDI de Kuntur Wasi como punto de partida para la primera fase de las obras (es decir, movimiento de tierras), y modificarlo a partir de allí[632].

514. Por último, las Demandantes sostienen que Perú debe pagar la totalidad de los costos en los que incurrió Kuntur Wasi para preparar el EDI, y que el ofrecimiento del Estado no debe ser "genérico ni condicionado"[633].

(ii) La posición de la Demandada

515. La Demandada no niega haber usado el EDI de Kuntur Wasi. Más bien, la Demandada afirma haber intentado pagar a Kuntur Wasi por el EDI en reiteradas ocasiones, pero que

[630] Memorial de las Demandantes, párr. 372.

[631] Memorial de las Demandantes, párr. 373; **Anexo C-5**, Oficio N.º 1553-2015-MTC/12.08, 7 de diciembre de 2015.

[632] Memorial de las Demandantes, párr. 375.

[633] Memorial de las Demandantes, párr. 376.

las Demandantes se han negado a recibir el pago. Según la Demandada, cuando un acreedor rechaza el pago de una obligación, el deudor no entra en mora[634].

b. El análisis del Tribunal

516. Kuntur Wasi solicita que se declare el incumplimiento del Contrato de Concesión por la falta de pago del EDI. Las Partes no discuten que Kuntur Wasi elaboró y entregó el EDI de conformidad con las exigencias del Contrato[635]. Tampoco discuten la procedencia del pago. Difieren, en cambio, acerca de si puede declararse un incumplimiento del Contrato por este motivo, considerando que el MTC ofreció su pago y Kuntur Wasi lo rechazó por considerar que este cubría solo parcialmente los costos del EDI, y que la condicionaba al desistimiento de sus reclamos en este arbitraje[636].

517. El Tribunal observa que las Demandantes únicamente presentaron este reclamo como un incumplimiento contractual en su Memorial de Demanda[637]. En contraste, en su Memorial de Réplica las Demandantes plantearon este reclamo exclusivamente como una infracción al TBI por expropiación de propiedad intelectual[638]. Los argumentos expuestos con ocasión del reclamo contractual y bajo el derecho internacional son, en todo caso, los mismos: esto es, que el rechazo a la oferta de pago no constituye una renuncia a su derecho de crédito y que la oferta de Perú no cubría íntegramente los costos del EDI. Por este motivo, el Tribunal considera pertinente remitirse a lo expuesto en la sección de expropiación bajo el TBI, en la que se analiza pormenorizadamente el mérito de este reclamo (*infra*, párr. 758 y ss.).

518. En cualquier caso, el Tribunal estima que la falta de pago del EDI no constituye un incumplimiento contractual. De acuerdo con el Contrato de Concesión, la entrega del EDI era parte de las obligaciones que el Concesionario debía ejecutar para percibir la retribución por su trabajo.

---

634 Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 229; **Anexo R-108**, Oficio N.º 583-2019-MTC/02, 6 de noviembre de 2019.

635 Memorial de las Demandantes, párr. 373; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 229.

636 Memorial de las Demandantes, párr. 376; Réplica de las Demandantes, párrs. 805.

637 Memorial de las Demandantes, párrs. 372-377, 562-565.

638 Réplica de las Demandantes, párrs. 802-826.

519. El reclamo indemnizatorio por este concepto sólo surge a propósito de la resolución anticipada del Contrato, de modo que resulta procedente que el EDI sea compensado como parte de los "*gastos generales*" en que incurrió Kuntur Wasi, de acuerdo a la Cláusula 15.4.3 del Contrato de Concesión.

520. En consecuencia, el Tribunal rechazará este reclamo por considerar que Perú no incumplió el Contrato de Concesión al dejar de pagar el EDI. Esta decisión es sin perjuicio del derecho de Kuntur Wasi a la íntegra compensación del EDI, que resulta procedente en tanto *gasto* realizado por el inversor en el marco de la ejecución del Contrato indebidamente terminado por Perú (*infra,* párr. 985 (v)b.), y como daño consecuencial a la infracción de la cláusula de trato justo y equitativo bajo el TBI (*infra,* párr. 985 (iv)).

(7) Perú repudió el Contrato de Concesión

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

521. En su sexto reclamo, las Demandantes alegan que Perú repudió el Contrato al anunciar, en reiteradas ocasiones, que no cumpliría el Contrato[639]. En particular, las Demandantes mencionan las siguientes declaraciones efectuadas por altos funcionarios y entidades públicas de Perú, en las que manifiestan que Perú no cumpliría el Contrato de Concesión[640]:

- 21 de mayo de 2017: declaración del Ministro Vizcarra quien sostuvo que, habiendo considerado el informe de la Contraloría, el Gobierno dejaría sin efecto el Contrato de Concesión[641];

- 4 de junio de 2017: declaración del Ministro Giuffra en la que anunció que Kuntur Wasi no participaría en la construcción y la operación de la Concesión[642];

[639] Memorial de las Demandantes, párr. 378.

[640] Memorial de las Demandantes, párr. 379.

[641] **Anexo C-35**, Artículo periodístico publicado por Semana Económica, "Aeropuerto de Chinchero: Ejecutivo dejará sin efecto contrato de concesión", 22 de mayo de 2017; **Anexo C-34**, Clip de noticias de Cuarto Poder, "Martín Vizcarra: 'Chinchero va, pero el Contrato no'", 21 de mayo de 2017.

[642] **Anexo C-40**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "Gobierno y Kuntur Wasi acordaron resolver contrato por Chinchero, anuncia Giuffra", 4 de junio de 2017.

- 13 de julio de 2017: notificación de Perú a Kuntur Wasi sobre la resolución unilateral del Contrato de Concesión[643];

- 11 de septiembre de 2017: negativa reiterada de Perú a cumplir con el Contrato de Concesión[644];

- 21 de diciembre de 2017: pedido de Perú para que Kuntur Wasi restituya el área de Concesión[645];

- 12 de enero de 2018: pedido reiterado de Perú para que Kuntur Wasi restituya el área de Concesión[646];

- 18 de enero de 2018: pedido reiterado de Perú para que Kuntur Wasi restituya el área de Concesión[647]; y

- 19 de enero de 2018: pedido reiterado de Perú para que Kuntur Wasi restituya el área de Concesión[648].

522. Estas declaraciones también significaron que Perú incurrió en mora por incumplimiento de todas sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión, lo cual a su vez facultó a Kuntur Wasi a resolver el Contrato de Concesión por incumplimiento[649].

(ii) La posición de la Demandada

523. La Demandada afirma que no repudió el Contrato al anunciar que no cumpliría los términos de éste (es decir, respecto de la resolución del Contrato o de la falta de pago de los USD 40 millones del Adelanto); más bien, Perú resolvió unilateralmente el Contrato de Concesión en ejercicio legítimo de sus derechos contractuales[650].

---

[643] **Anexo C-44**, Oficio N.º 142-2017-MTC/01, 13 de julio de 2017.
[644] **Anexo C-149**, Oficio N.º 3703-2017-MTC/25, 11 de septiembre de 2017.
[645] **Anexo C-82**, Oficio N.º 5379-2017-MTC/25, 21 de diciembre de 2017.
[646] **Anexo C-86**, Oficio N.º 200-2018-MTC 25, 12 de enero de 2018.
[647] **Anexo C-48**, Oficio N.º 010-2018-EF/CE-36, 18 de enero de 2018.
[648] **Anexo C-125**, Oficio N.º 020-2018-MTC/12, 19 de enero de 2018.
[649] Memorial de las Demandantes, párr. 380.
[650] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 222.

524. En segundo lugar, la Demandada sostiene que algunos de los actos de repudio alegados por las Demandantes son posteriores a la resolución. En opinión de la Demandada, sería ilógico e irrazonable que las Demandantes esperaran que el MTC pague los USD 40 millones del Adelanto estipulados en la Adenda N.º 1 cuando la Contraloría había determinado que los términos de la Adenda N.º 1 no eran consistentes con la legislación peruana, y el MTC había resuelto el Contrato[651].

b. El análisis del Tribunal

525. Las Demandantes sostienen que Perú repudió el Contrato al manifestar que no lo cumpliría. Afirman que, de acuerdo al Artículo 1333.3 del Código Civil peruano, cuando el deudor manifiesta que no cumplirá con sus obligaciones, se constituye *ipso facto* en mora.

526. La Demandada sostiene que el MTC jamás declaró que incumpliría sus obligaciones contractuales, sino que ejerció la resolución de acuerdo a las exigencias del Contrato de Concesión y de la legislación peruana. Afirma que los demás ejemplos utilizados por las Demandantes para alegar un supuesto repudio al Contrato ocurrieron luego de la resolución. Al respecto, explica que Perú no pudo repudiar un Contrato que ya estaba terminado.

527. El repudio opera cuando el deudor manifiesta de manera clara y absoluta que no cumplirá con su obligación. Aunque se trata de una institución de origen anglosajón (*repudiatory breach*), la hipótesis del repudio se ha ido incorporando en distintos ordenamientos jurídicos de tradición civil e instrumentos de derecho comparado. No obstante, la aplicabilidad de esta figura en el derecho peruano ha sido controvertida en este procedimiento. De acuerdo con el Dr. Ferrando, el repudio "… no es un término de naturaleza jurídica que se encuentre en las normas peruanas relevantes"[652]. Así, sostiene que el uso del término por las Demandantes atiende a un sentido coloquial para simplemente afirmar que el MTC rechazó el cumplimiento del Contrato.

[651] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 223.

[652] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 195.

528. Kuntur Wasi no se pronunció sobre este punto en su Memorial de Réplica, ni a través de los expertos en derecho peruano que informaron a su favor. El único sustento jurídico del reclamo estaría en el Artículo 1333.3 del Código Civil peruano, que dispone lo siguiente:

> *Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista: […] 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación*[653].

529. De acuerdo con las Demandantes, esta disposición "... tiene por efecto constituir a Perú en incumplimiento, generando el derecho en Kuntur Wasi de resolver válidamente el Contrato de Concesión"[654].

530. El Tribunal interpreta que la norma transcrita ofrece un mecanismo de constitución en mora para casos que suelen considerarse en el derecho comparado como un repudio al contrato ("*unwillingness*"). Con todo, la norma no permite inferir un futuro incumplimiento a partir de la conducta o de las circunstancias en que se encuentra el deudor. En efecto, se trata de una hipótesis restringida: "cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir".

531. Analizados los antecedentes en que supuestamente el Estado peruano habría anunciado su negativa a cumplir el Contrato de Concesión, el Tribunal considera que no se reúnen los presupuestos de aplicación de la norma.

532. Kuntur Wasi expone como primer antecedente el anuncio y ejercicio de la cláusula resolutoria. El Tribunal estima que la resolución del Contrato no constituye una *manifestación de la negativa a cumplir*. Por el contrario, Perú expresó en todo momento que terminaba el Contrato de Concesión en razón de una prerrogativa contractual[655]. La circunstancia de que este Tribunal considere que su ejercicio fue indebido, no demuestra un *repudio* al Contrato de Concesión, sino su *incumplimiento*. En otras palabras, el supuesto contraviene el propósito de la institución en análisis, que implica proyectar por

[653] Nota del Tribunal: Texto original en español.

[654] Memorial de las Demandantes, párr. 380.

[655] **Anexo C-148**, Oficio N° 3562-2017-MTC, 31 de agosto de 2017, **Anexo C-149**, Oficio N.º 3703-201-MTC/25, 11 de septiembre de 2017.

anticipado el futuro incumplimiento del deudor. Para los casos en que el deudor ya incumplió, la resolución es un mecanismo efectivo para cautelar los intereses del acreedor. Este mecanismo fue precisamente ejercido por Kuntur Wasi.

533. Un segundo antecedente de la supuesta negativa del Estado peruano a cumplir con el Contrato de Concesión se demostraría en la renuencia a entregar el Valor del Adelanto. Al respecto, las Demandantes mencionan los Oficios N.º 3562-2017-MTC/25 y 3703-2017-MTC/25 del 31 de agosto y 11 de septiembre de 2017, respectivamente. En el primero de estos oficios, el MTC declaró que "... la insistencia en el pago del Valor de Adelanto al momento en que se levante la suspensión carece de lógica, por cuanto el MTC ha declarado la caducidad unilateral del Contrato mediante carta del 13 de julio del 2017, caducidad que se producirá el 13 de enero de 2018"[656]. En el segundo oficio, el MTC se limitó a reiterar que estaba en desacuerdo con la posición de Kuntur Wasi[657].

534. A juicio del Tribunal, el Oficio N.º 3562-2017-MTC/25 constituye la evidencia más relevante para afirmar un posible repudio al Contrato de Concesión de parte de Perú. En efecto, aunque la resolución hubiese sido válidamente ejercida, ella no produciría efectos sino hasta enero de 2018, según consta en el Contrato de Concesión. Sin embargo, dicha evidencia no es suficiente para afirmar que Perú repudió el Contrato. Como se concluyó anteriormente, la obligación de entregar el Adelanto no era exigible, porque Kuntur Wasi nunca proporcionó la Garantía correspondiente. Además, el Oficio N° 3562-2017-MTC/25 no expresa la intención de pasar por alto el Contrato, sino una confirmación de que el mismo estaría vigente hasta una fecha determinada según sus propias disposiciones. Por tanto, dicho documento no cumple los requisitos previstos en el Artículo 1333.3.

535. Finalmente, la solicitud de devolución de los terrenos concesionados tampoco constituye una manifestación de repudio al Contrato de Concesión. En efecto, en la primera solicitud, del 21 de diciembre de 2017, el MTC instaba a Kuntur Wasi a que tuviera a bien devolver al Estado peruano la posesión de los terrenos tan pronto como fuese posible, y en cualquier

[656] **Anexo C-148**, Oficio N° 3562-2017-MTC, 31 de agosto de 2017, pág. 2.
[657] **Anexo C-149**, Oficio N.º 3703-2017-MTC/25, 11 de septiembre de 2017.

caso, a más tardar en la fecha de caducidad[658]. En las siguientes comunicaciones Perú se limitó a reiterar la solicitud de restitución del área de Concesión al 13 de enero de 2018, fecha en que, a su juicio, se produciría la caducidad del Contrato de Concesión[659]. Todo indica que la solicitud de restitución anticipada a la caducidad se realizó apelando a un acto voluntario del Concesionario. Las solicitudes restantes, aunque eran erradas, se formularon sobre la base de las disposiciones contractuales y no en rechazo del acuerdo.

536. En consecuencia, el Tribunal rechazará la alegación de repudio al Contrato de Concesión. Como se explicó, el Artículo 1333 del Código Civil peruano contempla una hipótesis restringida de repudio, que admite la constitución en mora en razón de manifestaciones expresas de una falta de voluntad del deudor a cumplir. En este caso, las declaraciones del Estado peruano referidas por las Demandantes no son suficientes para configurar una hipótesis como la descrita en esa norma.

(8) Perú incumplió el Contrato de Concesión al no observar el Contrato de Garantía

a. La posición de las Partes

(i) La Posición de las Demandantes

537. Como se explicó anteriormente, en el momento en que se suscribió el Contrato de Concesión, Kuntur Wasi y el MTC también firmaron el Contrato de Garantía[660]. Las Demandantes alegan que el hecho de que el cumplimiento del Contrato de Concesión estuviera garantizado mediante el Contrato de Garantía significaba que el Estado extendía protecciones soberanas en favor del inversor[661].

538. Según la opinión de las Demandantes, "el Contrato de Concesión goza, mediante el Contrato de Garantía, de la máxima protección y blindaje frente a cualquier actuación de cualquier entidad pública que pretenda ir en contra de lo pactado, incluso frente a una ley

[658] **Anexo C-82**, Oficio N.º 5379-2017-MTC/25, 21 de diciembre de 2017.

[659] **Anexo C-86**, Oficio N.º 200-2018-MTC 25, 12 de enero de 2018; **Anexo C-48**, Oficio N.º 010-2018-EF/CE-36, 18 de enero de 2018; **Anexo C-125**, Oficio N.º 020-2018-MTC/12, 19 de enero de 2018.

[660] Memorial de las Demandantes, párrs. 399, 400; Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 230.

[661] Memorial de las Demandantes, párr. 400.

del Congreso de la República, que es la máxima expresión del poder soberano estatal"[662]. En este sentido, pareciera que las Demandantes se basan en la naturaleza de "Contrato Ley" del Contrato de Garantía, la que según las Demandantes pretende proteger a los inversores contra riesgos políticos para así atraer inversiones[663].

539. El concepto de "Contratos Ley" se encuentra estipulado en el Artículo 62 de la Constitución del Perú. Este Artículo dispone lo siguiente: "[m]ediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente..."[664]. Las Demandantes sostienen que la normativa de los Contratos Ley es un sistema doméstico para proteger a las inversiones porque permiten congelar la legislación tributaria, cambiaria, laboral y de no discriminación, entre otras, así como garantizar todos los términos de un contrato frente a cualquier tipo de acto del Estado contrario a lo pactado[665]. Las Demandantes afirman que, dada la naturaleza de Contrato Ley del Contrato de Garantía, éste tiene al menos tres efectos en este caso:

- Refuerza el compromiso del Estado de que cumplirá las obligaciones en virtud del Contrato de Concesión. Cabe destacar que este compromiso es asumido por el propio Estado peruano y no simplemente a través de ciertas entidades públicas[666].

- Implica que el Estado es responsable no solo por los incumplimientos del Contrato de Concesión, sino también por aquellos actos en ejercicio de sus potestades públicas que vayan en contra de los términos pactados en el Contrato de Concesión. En otras palabras, el Estado no puede "excusarse" en su "potestad pública" para justificar un incumplimiento contractual[667].

- Significa que el Estado puede ser sometido a arbitraje por un incumplimiento del Contrato de Garantía que resulte de los actos del Estado. Esta es, en opinión de las Demandantes,

[662] Memorial de las Demandantes, párr. 402.

[663] Memorial de las Demandantes, párrs. 402-404.

[664] Memorial de las Demandantes, párr. 404; **Anexo CL-23**, Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 62.

[665] Memorial de las Demandantes, párr. 406.

[666] Memorial de las Demandantes, párr. 414.

[667] Memorial de las Demandantes, párr. 415, donde se cita el **Anexo CL-39**, Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N.º 005-2003-AI/TC, 3 de octubre de 2003, párr. 33.

precisamente la razón por la cual la Cláusula 3 del Contrato de Garantía establece que las controversias en relación con dicho contrato serán sometidas a arbitraje de conformidad con la Cláusula 16 del Contrato de Concesión[668].

540. Según las Demandantes, todos los incumplimientos por parte de Perú del Contrato de Concesión también constituyen incumplimientos del Contrato de Garantía, porque las obligaciones del MTC fueron garantizadas por Perú con el Contrato de Garantía[669].

(ii) La posición de la Demandada

541. Según la Demandada, la posición de las Demandantes es que el Contrato de Garantía extendía protecciones soberanas a favor de las Demandantes y garantizaba que el MTC no resolvería el Contrato de Concesión[670]. La Demandada alega que esta interpretación es errónea, ya que este tipo de contrato solo tiene el objetivo de garantizar que el MTC cumplirá sus obligaciones y declaraciones en virtud del Contrato de Concesión[671].

542. Asimismo, la Demandada alega que las garantías otorgadas en el Contrato de Garantía están expresamente limitadas a ciertos aspectos del Contrato de Concesión, relacionados con las etapas de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento; sin embargo no alcanzan la resolución del Contrato. El Contrato de Garantía tampoco impide ni puede impedir que otras entidades peruanas, como la Contraloría o la Fiscalía, ejerzan sus facultades legítimas y actúen dentro del marco de su competencia[672].

543. En cualquier caso, según la Demandada, dado que el MTC no incumplió el Contrato de Concesión (ya sea mediante la resolución del Contrato de Concesión, la negativa a pagar el Adelanto, el uso del EDI o el pedido de devolución de los terrenos del aeropuerto), tampoco ha incumplido el Contrato de Garantía[673].

---

[668] Memorial de las Demandantes, párr. 417.

[669] Memorial de las Demandantes, párr. 417.

[670] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 231.

[671] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 232; **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrss. 199-211.

[672] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 232; **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 205-207.

[673] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 233.

b. El análisis del Tribunal

544. Las Partes han discutido sobre la naturaleza del Contrato de Garantía y los efectos que esta calificación produce en el caso. Las Demandantes argumentan que este documento es una clase de Contrato-Ley, que tendría el efecto de blindar o reforzar el compromiso del Estado peruano de cumplir con las obligaciones que en él se garantizan. En particular, esto implicaría que (i) todas las entidades públicas, además del Concedente, estarían obligadas a respetar el Contrato de Concesión; (ii) las entidades públicas no podrían ejercer potestades públicas que impliquen el incumplimiento de obligaciones bajo el Contrato de Concesión; y (iii) el arbitraje previsto en el Contrato de Concesión sería aplicable al Estado peruano. Para la Demandada, en cambio, el documento simplemente garantizaría el cumplimiento por el MTC de las declaraciones y obligaciones del Contrato de Concesión[674].

545. El Tribunal considera que la posición de la Demandada en esta materia no es convincente. El Contrato de Garantía es un contrato suscrito en virtud del Artículo 1357 del Código Civil peruano, el cual dispone que "por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato". En este caso, la ley que autorizó la celebración del Contrato de Garantía es el Decreto Supremo 185-2014-EF[675]. Las obligaciones del Contrato de Garantía deben ser distinguibles de las obligaciones del contrato que se asegura. De lo contrario, no tendría sentido contraer una obligación ya contraída. Precisamente, el propósito de las garantías es crear una obligación adicional que caucione el cumplimiento de otra obligación.

546. El objeto del Contrato del Garantía se indica en su Cláusula 2.1:

> *En virtud del presente CONTRATO DE GARANTÍA, EL ESTADO garantiza A LA SOCIEDAD CONCESIONARIA, las declaraciones, seguridades y obligaciones del Concedente establecidas en el CONTRATO DE CONCESIÓN. Esta garantía*

[674] Memorial de las Demandantes, párrs. 404 y ss.; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 230, 232.

[675] **Anexo C-49**, Contrato de Garantía, Considerando, Cláusula 1.13.

no constituye una garantía financiera[676].

547. El alcance de esta garantía fue analizado por los expertos en derecho peruano de ambas Partes. Eduardo Benavides, por parte de las Demandantes, sostuvo que el Contrato de Garantía es una especie de Contrato-Ley, a través del cual Perú renunció "… a ejercer actos de Ius Imperium durante la ejecución de un contrato que pudieran contradecir las obligaciones y garantías contenidas en dicho contrato"[677]. En la práctica, en virtud del Contrato de Garantía, el Contrato de Concesión "obliga y vincula a todas las entidades del Estado Peruano" e impide que sus reglas sean modificadas por un acto de Estado[678].

548. Enrique Ferrando, por parte de la Demandada, planteó que el Contrato de Garantía asegura el fiel y leal cumplimiento del Contrato de Concesión, otorgando una protección reforzada a las inversiones en materia de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del aeropuerto[679]. En particular, el Dr. Ferrando afirmó que la garantía al Contrato de Concesión asegura que "… sus disposiciones no se verán afectadas por intervenciones directas que modifiquen o alteren las condiciones contractuales originalmente pactadas"[680].

549. Los expertos coinciden en que el Contrato de Garantía otorga un ámbito de inmutabilidad a las condiciones del Contrato de Concesión. El Tribunal concuerda con las Demandantes en que esto se traduce en las siguientes consecuencias: (i) el Estado peruano ―no solo el MTC― se obligó a respetar las disposiciones del Contrato; y (ii) las entidades del Estado asumieron un límite al ejercicio de sus potestades públicas, en consideración a los derechos y obligaciones contenidos en el Contrato de Concesión. Por lo tanto, el ejercicio de una potestad pública por parte de cualquier entidad del Estado peruano que sea contraria al Contrato de Concesión, implica a su vez un incumplimiento al Contrato de Garantía.

550. En este caso, el Tribunal ha declarado que el MTC incumplió el Contrato de Concesión al resolverlo sin una razón de interés público que justificase esa decisión (*supra*, párr. 427).

[676] Nota del Tribunal: Texto original en español.
[677] **Anexo CER-7**, Informe Pericial de Benavides Torres, conclusión 1, pág. 4.
[678] **Anexo CER-7**, Informe Pericial de Benavides Torres, conclusión 2, pág. 5.
[679] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 211.
[680] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 208.

En la medida que el MTC es una entidad del Estado, este incumplimiento implica igualmente un incumplimiento al Contrato de Garantía, porque éste obligaba al Estado peruano en su conjunto.

551. Respecto de otros incumplimientos atribuidos por las Demandantes a entidades distintas del MTC, el Tribunal mantiene sus conclusiones. El Tribunal determinó que fue el MTC y no otro órgano estatal el que incumplió el Contrato de Concesión. Las razones que justifican la declaración de cumplimiento de la Demandada en estos otros reclamos son explicitadas en las respectivas secciones. En cada caso, el Tribunal ha tenido presente la suscripción del Contrato de Garantía y determinado si el Estado peruano actuó de conformidad con sus obligaciones contractuales.

552. En consecuencia, el Tribunal concluye que la infracción del MTC al Contrato de Concesión configuró al mismo tiempo una infracción del Estado peruano al Contrato de Garantía. Atendido que ambas infracciones resultaron atribuibles al mismo órgano estatal, el incumplimiento del Contrato de Garantía no tiene efectos prácticos adicionales a efectos de atribuir responsabilidad bajo el derecho peruano. Esta declaración no altera las consecuencias que la infracción del Contrato de Garantía tiene a efectos de atribuir responsabilidad al Estado peruano bajo el derecho internacional (*infra*, párr. 733).

(9) Perú actuó con dolo y culpa inexcusable

a. La posición de las Partes

(i) La Posición de las Demandantes

553. Las Demandantes alegan que Perú actuó con dolo al incumplir el Contrato de Concesión porque sabía que incumplía sus compromisos y aun así actuó en forma contraria a los términos del Contrato, y con culpa inexcusable porque no siguió la diligencia mínima exigida por el derecho peruano[681].

554. El Artículo 1138 del Código Civil peruano establece que "procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta una obligación", sin que sea necesario probar la intención de

[681] Memorial de las Demandantes, párr. 422.

dañar[682]. El Artículo 1319 del Código Civil peruano establece que "incurre en culpa inexcusable quien por negligencia no ejecuta una obligación". La culpa inexcusable o negligencia grave es el grado más alto de culpa e implica la desatención de los deberes y obligaciones más básicos[683].

555. En este caso, las Demandantes alegan que la Demandada incumplió en forma dolosa el Contrato de Concesión al resolverlo unilateralmente incluso conociendo que la resolución no era válida. Específicamente, las Demandantes culpan a la Demandada por resolver el Contrato a sabiendas de que: (i) Kuntur Wasi no había incumplido el Contrato; (ii) la Adenda N.º 1 había sido firmada en forma válida; y (iii) no había interés público que pudiera justificar la resolución del Contrato[684]. De acuerdo con las Demandantes, los informes del 13 de julio de 2017 que utiliza la Demandada como fundamento para argumentar que existía un interés público que justificaba la resolución del Contrato de Concesión, sirven de prueba para la posición de las Demandantes. En opinión de éstas, ninguno de tales informes concluye que la resolución del Contrato de Concesión atendía un interés público, y mucho menos recomendaban que el MTC procediera a resolver el Contrato[685].

556. Las Demandantes también alegan que Perú sabía que, a través de sus actos, había generado en Kuntur Wasi la expectativa legítima de que el Proyecto se ejecutaría en virtud de los términos de la Adenda N.º 1; y que, al resolver unilateralmente el Contrato de Concesión, Perú defraudó dolosamente esa expectativa legítima[686].

557. Asimismo, las Demandantes sostienen que Perú sabía que tenía que pagar el Adelanto y que, aun si el Contrato hubiera sido resuelto en forma válida, las obligaciones en virtud del

[682] Memorial de las Demandantes, párr. 423, donde se cita el **Anexo CL-34**, Osterling, Felipe, Las Obligaciones, Lima: Editora Jurídica Grijley, Octava Edición, 2007, págs. 239, 240.

[683] Memorial de las Demandantes, párr. 438.

[684] Memorial de las Demandantes, párrs. 426, 427.

[685] Réplica de las Demandantes, párrs. 547 y ss.

[686] Memorial de las Demandantes, párrs. 431, 432.

Contrato permanecerían vigentes hasta la emisión de un laudo definitivo, e incluso a sabiendas de ello, Perú decidió deliberadamente no efectuar el pago del Adelanto[687].

558. Perú no solo sabía que sus actos eran contrarios al Contrato de Concesión, sino que también sabía que esos actos causarían un daño a Kuntur Wasi. Para las Demandantes, esto queda evidenciado con la declaración del Ministro Vizcarra, quien sostuvo que en caso de resolución, el Estado tendría que pagar indemnización a Kuntur Wasi[688].

559. Según las Demandantes, la Demandada también actuó con culpa inexcusable al resolver el Contrato de Concesión sin presentar ninguna razón de interés público que justifique la resolución; sin presentar razonamiento alguno; sin indicar qué "problema" se pretendía resolver mediante la resolución; y a pesar de la existencia del Contrato de Garantía[689]. Con estos actos, Perú tampoco cumplió el estándar de diligencia mínima requerida por la ley que regula las asociaciones público-privadas, según el cual, ante dos alternativas, el Estado debe siempre optar por aquella que permita ejecutar el proyecto y que promueva la inversión[690].

560. Por último, las Demandantes afirman que, en virtud del derecho peruano, la tipificación del incumplimiento como doloso o resultante de la culpa inexcusable tiene dos consecuencias: (i) toda limitación pactada contractualmente al monto de la indemnización es automáticamente inválida y, por lo tanto, inaplicable; (ii) la parte que no ha incurrido en incumplimiento tiene el derecho a ser indemnizada por los daños imprevisibles causados por el incumplimiento[691].

(ii) La posición de la Demandada

561. La Demandada niega haber actuado con dolo o culpa inexcusable. Según la Demandada, no incurrió en incumplimiento contractual al resolver unilateralmente el Contrato de

[687] Memorial de las Demandantes, párrs. 433-435.

[688] Memorial de las Demandantes, párr. 436; **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 24.

[689] Memorial de las Demandantes, párrs. 441, 444, 446; Réplica de las Demandantes, párrs. 554 y ss.

[690] Memorial de las Demandantes, párr. 442.

[691] Memorial de las Demandantes, párrs. 448-454, donde se citan, entre otros, los Artículos 1328 y 1321 del Código Civil peruano.

Concesión, y por ende no ha habido dolo. No obstante, en opinión de la Demandada, si el Tribunal determinara que la resolución fue contraria a los términos del Contrato, los actos del MTC no fueron deliberados[692].

562. El Dr. Ferrando afirma que, bajo la ley peruana, para que haya dolo, debe haber un incumplimiento y la intención de incumplir[693]. La Demandada afirma que las Demandantes no han demostrado que el MTC actuó con la intención deliberada de incumplir el Contrato. Específicamente, la Demandada objeta los tres hechos que, según las Demandantes, serían indicativos del accionar deliberado del MTC: que el MTC sabía que Kuntur Wasi no había incumplido el Contrato; que Perú sabía que la Adenda N.º 1 había sido válidamente celebrada; y que no había razón de interés público que justifique la resolución unilateral del Contrato[694].

563. En primer lugar, la Demandada afirma que el motivo para resolver el Contrato fue la incapacidad de Kuntur Wasi de presentar un paquete financiero razonable que no causara un perjuicio económico al Estado. En segundo lugar, el hecho de que la Adenda N.º 1 hubiese sido firmada de conformidad con las normas de derecho peruano no significa que no estaba sujeta a revisión por la Contraloría y que, ante las observaciones desfavorables de ésta, el MTC no procedería a su resolución. En tercer lugar, de acuerdo con la Demandada, la única manera de satisfacer el interés público de construir el Aeropuerto Chinchero era resolviendo el Contrato porque Kuntur Wasi había demostrado ser un socio poco confiable[695].

564. La Demandada niega asimismo que el MTC haya actuado con culpa inexcusable al no identificar una razón de interés público para resolver el Contrato de Concesión, por los mismos motivos[696].

---

[692] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 210; **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 218-220.

[693] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 218-20.

[694] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 211, 212.

[695] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 212.

[696] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 214.

b. El análisis del Tribunal

565. Las Demandantes sostienen que el Estado peruano habría actuado con dolo o culpa grave por tres razones: (i) por haber terminado unilateralmente el Contrato de Concesión sabiendo que no existía una razón válida para hacerlo; (ii) por frustrar las legítimas expectativas de Kuntur Wasi de que el Proyecto sería ejecutado conforme a la Adenda N.º 1; y (iii) por la falta de pago del anticipo. A su juicio, el Estado peruano estaba consciente de que estas acciones eran contrarias al Contrato de Concesión y causarían daño a Kuntur Wasi.

566. El Tribunal ha declarado que Perú incumplió el Contrato de Concesión al resolverlo sin observar los requisitos establecidos en la Cláusula 15.5.1. Respecto de otros reclamos mencionados en el párrafo anterior, el Tribunal ha considerado que Perú actuó conforme a los deberes del Contrato de Concesión. En consecuencia, el análisis de las alegaciones de dolo o culpa grave se limitará al único hecho que constituye un incumplimiento contractual según lo declarado en la Decisión.

567. Los Artículos 1318 y 1319 del Código Civil peruano definen, respectivamente, el dolo y la culpa grave. Respecto del primero, la ley señala que "procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación". Respecto de la segunda, indica que "incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación".

568. De acuerdo con la tradición del derecho civil, vigente también en Perú, tanto el dolo como la culpa grave requieren satisfacer un elevado estándar de prueba[697]. El dolo supone acreditar que el sujeto actuó de manera *deliberada*, lo que exige presentar evidencia de la que pueda inferirse la subjetividad del contratante al momento de incurrir en el incumplimiento. Aunque el dolo no siempre conlleva la intención de dañar a la contraparte, implica la exigente carga de acreditar la consciencia del incumplimiento.

569. La prueba de la culpa grave, por su parte, opera de un modo esencialmente objetivo, que contrasta un estándar de cuidado con el comportamiento desplegado por el deudor. Quien alega la existencia de culpa grave debe ir más allá de la mera presunción de negligencia

[697] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 220.

asociada al incumplimiento del contrato, correspondiéndole mostrar cuál era el estándar mínimo de comportamiento exigible y de qué manera el deudor lo infringió.

570. Las Demandantes fundamentan la existencia de dolo o culpa grave en la resolución de la relación contractual, considerando que el Estado peruano era consciente de que (i) Kuntur Wasi no había incumplido el Contrato, (ii) la Adenda N.º 1 se había suscrito válidamente y (iii) no existía razón de interés público que justificara la resolución.

571. En opinión del Tribunal, ninguno de estos argumentos es suficiente para acreditar la existencia de dolo o culpa grave de la Demandada. Respecto al primero, es indiscutido que al momento de la resolución, Perú no consideraba que Kuntur Wasi había incumplido el Contrato de Concesión. Si ese hubiese sido el caso, Perú habría notificado la resolución conforme a la Cláusula 15.3, que regula las hipótesis de resolución por culpa del Concesionario. El Estado peruano optó, en cambio, por resolver el Contrato de Concesión de acuerdo con la Cláusula 15.5, la que no supone el incumplimiento del Concesionario, sino la existencia de una razón de interés público debidamente fundada. De este modo, en su regulación interna, el Contrato de Concesión autorizaba al Estado a terminar la relación, aunque el Concesionario no estuviera en situación de incumplimiento. En otras palabras, que Kuntur Wasi no hubiese incumplido no significa, *per se*, que la resolución haya sido dolosa o gravemente culpable.

572. Terminar el Contrato de Concesión a pesar de la validez de la Adenda N.º 1 tampoco configura un actuar doloso o gravemente culpable de Perú. Si bien la Demandada controvirtió la validez de la Adenda N.º 1 en el presente arbitraje, ha quedado acreditado que, durante la vigencia de la relación contractual, el MTC y el MEF actuaron bajo el entendimiento de que la Adenda N.º 1 era válida y que las recomendaciones de la Contraloría no eran vinculantes (*supra,* párrs. 378 y ss.). Los esfuerzos del MTC por modificar la Adenda N.º 1 respondieron al legítimo interés de arribar a un resultado que fuese compatible con la opinión del órgano contralor[698], cuestión con la que Kuntur Wasi estuvo de acuerdo (*supra,* párrs. 487, 488). Así, el Tribunal no aprecia en el MTC una

[698] Declaración Ministro Giuffra: "Pero desde un primer momento mi posición fue buscar una salida, independientemente de la recomendación de la Contraloría, sea A, o B, o C, buscar una salida D, que también, eventualmente, sea aceptada por la Contraloría, evidentemente". Transcripción, Día 5 (Español), 1176: 11-16.

conducta desdeñosa o desconsiderada respecto del Adenda N.º 1, sino un intento por adecuar el acuerdo a las recomendaciones de la Contraloría.

573. Finalmente, Kuntur Wasi afirma que el dolo o la culpa grave se demuestran en que no existía una razón válida que justificara la resolución conforme a la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión. A su juicio, ninguno de los reportes del 13 de julio de 2017, en los que la Demandada fundó su decisión de resolver el Contrato de Concesión, declaran que esa resolución era una cuestión de interés público. Kuntur Wasi agrega que el Estado peruano no entregó razones en absoluto, ni indicó cuál era el problema que intentaba resolver con la resolución. Tampoco actuó con el mínimo deber de diligencia que exige la Ley de APP, que supone siempre optar por la alternativa que permita ejecutar el Proyecto y promueva la inversión privada.

574. El Tribunal coincide con las Demandantes al señalar que el Estado peruano no presentó una razón de interés público debidamente fundada para ejercer legítimamente la facultad de resolución conforme a la Cláusula 15.5. Por eso, el Tribunal declaró que Perú incumplió el Contrato de Concesión. Pero esta circunstancia no demuestra que el Estado peruano haya actuado con dolo o culpa grave.

575. La culpa grave exige probar que el comportamiento desplegado por el deudor revela un descuido inusual, que muestra objetiva displicencia y completa desatención por el interés de la contraparte.

576. Perú actuó en forma torpe o negligente respecto de Kuntur Wasi. Así se aprecia en la conducta del MTC: haber comunicado la resolución tras un breve período desde la suscripción la Propuesta de Renegociación; no haber analizado con más detención la petición de seis meses de Kuntur Wasi para obtener financiamiento; haber decidido resolver el Contrato a pesar de que las recomendaciones de otros órganos apuntaban a readecuar las condiciones del Proyecto. Pero estas circunstancias no configuran una hipótesis extrema de dolo ni de culpa grave.

577. Aunque Perú no pudo acreditar que Kuntur Wasi haya sido un contratante inidóneo para llevar adelante el Proyecto y que, por tanto, la resolución anticipada fuera una cuestión de

interés público, sí demostró haber participado activamente en la búsqueda de una solución que permitiera ejecutar el Proyecto bajo condiciones que respetaran tanto la legalidad vigente como los intereses del inversor. Cuando las Partes no pudieron alcanzar el Cierre Financiero, Perú propuso la celebración de la Adenda N.º 1. Cuando Contraloría advirtió riesgos de ilegalidad en la Adenda N.º 1, promovió renegociar los términos económicos una vez más. Estas circunstancias indican que no había una intención por parte de Perú de perjudicar a Kuntur Wasi ni obtener ventaja propia a su costa, sino llegar a un resultado que fuese comúnmente aceptable para las Partes. En conclusión, incluso si Perú incumplió el Contrato de Concesión (como lo hizo), el Tribunal descarta la alegación de que, al hacerlo, Perú ha actuado con dolo o culpa grave al tomar esa decisión.

(10) Las acciones de Perú causaron un daño a la imagen, el honor y la buena reputación de Kuntur Wasi y sus accionistas

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

578. En su último reclamo en virtud del derecho peruano, las Demandantes afirman que la Demandada ha afectado el derecho protegido constitucionalmente a "la imagen, el honor y la buena reputación" de Kuntur Wasi"[699]. Según las Demandantes, este derecho constitucional está estrechamente vinculado al concepto de dignidad y protege la reputación pública en la sociedad de las personas físicas o jurídicas contra acusaciones falsas[700]. Por lo tanto, cualquier acto que cause humillación, que sea irrespetuoso o de otro modo implique la difusión de mentiras, o que afecte de manera adversa la reputación de una persona en la sociedad, constituye una violación al derecho a la "imagen, el honor y la buena reputación" y causa daño moral[701].

579. Las Demandantes afirman que los accionistas de Kuntur Wasi son empresas de buena reputación en la región y en el mundo. En este sentido, las Demandantes señalan que Corporación América es el operador de aeropuertos privados más grande del mundo, con 52 aeropuertos en América Latina, Europa y Eurasia, y más de 20 años de experiencia en

[699] Memorial de las Demandantes, párr. 381.

[700] Memorial de las Demandantes, párrs. 382-386.

[701] Memorial de las Demandantes, párr. 387.

la materia; y Andino es una empresa peruana con amplia trayectoria, que cotiza en la Bolsa de Valores de Lima[702]. Las Demandantes sostienen que cuando se adjudicó la Concesión, el propio Estado se refirió a la gran experiencia de Kuntur Wasi[703]. Y cuando se firmó la Adenda N.º 1, el Presidente Kuczynski subrayó la experiencia y buena reputación de Corporación América[704].

580. No obstante, la buena reputación de Kuntur Wasi, sus funcionarios y accionistas se ha visto afectada de manera adversa desde 2017 debido a las acciones de Perú[705]. En particular, las Demandantes mencionan dos actos de Perú que, en su opinión, han dañado la buena reputación de Kuntur Wasi, sus funcionarios y accionistas:

- La decisión de Perú de iniciar investigaciones penales contra funcionarios de Kuntur Wasi y de Andino por haber firmado el Contrato de Concesión y la Adenda N.º 1. Para las Demandantes, la Fiscalía inició investigaciones sobre la base de alegaciones abstractas y sin una clara indicación de los hechos que justifican iniciar una investigación por colusión[706]. Las Demandantes alegan que la decisión de iniciar las investigaciones penales fue "arbitraria" y "contraria a las normas de naciones civilizadas"[707]. También afirman las Demandantes que, si bien algunas de las investigaciones penales iniciadas contra Kuntur Wasi y sus empleados han sido archivadas, hay una que continúa abierta y, en cualquier caso, el Estado peruano debe pagar por el daño causado al abrir investigaciones sin fundamento y arbitrarias que han tomado gran notoriedad en los medios[708].

- La resolución del Contrato de Concesión en sí misma tendrá un efecto negativo sobre las perspectivas de Corporación América de obtener una nueva concesión aeroportuaria en el futuro. Ello debido a que, con frecuencia, los concursos exigen que los oferentes informen si en alguna oportunidad un gobierno ha cancelado alguno de sus contratos de concesión. De manera que la decisión injustificada y arbitraria de Perú genera un riesgo para

[702] Memorial de las Demandantes, párrs. 388, 389.
[703] Memorial de las Demandantes, párr. 390.
[704] Memorial de las Demandantes, párr. 392.
[705] Memorial de las Demandantes, párr. 393.
[706] Memorial de las Demandantes, párrs. 394, 656-661.
[707] Memorial de las Demandantes, párr. 655.
[708] Réplica de las Demandantes, párrs. 165 y ss.

Corporación América[709]. La resolución también ha perjudicado al Sr. Balta, exgerente general de Kuntur Wasi, quien explicó que perdió su puesto de trabajo como consecuencia de la resolución y que le será difícil encontrar otro trabajo en Perú[710].

581. Estas acciones justifican, según las Demandantes, la indemnización por daño moral[711].

(ii) La posición de la Demandada

582. La Demandada no niega que la Fiscalía inició investigaciones preliminares contra los representantes de las Demandantes a partir de las observaciones que hizo Contraloría sobre la Adenda N.º 1. Sin embargo, la Demandada sostiene que la investigación preliminar no fue infundada ni diseñada para acosar a las Demandantes[712].

583. La Demandada explica que dado que la Fiscalía es el procurador general en Perú, cuando recibe una denuncia de un posible delito y si considera que dicha denuncia se encuentra substanciada al menos en forma plausible, tiene el deber de iniciar investigaciones preliminares[713]. En este caso, la Fiscalía recibió una solicitud del MTC para que investigue si existieron posibles actividades ilícitas asociadas con la Adenda N.º 1 y, dada la gravedad de la cuestión y la relevancia del Proyecto para Perú, la Fiscalía actuó con prudencia y abrió la investigación preliminar. Esto no fue, como sugieren las Demandantes, una acción discriminatoria dirigida contra Kuntur Wasi o Corporación América. Más bien, las investigaciones preliminares se extendieron a todos aquellos involucrados con la Adenda N.º 1[714].

584. La Demandada afirma además que tanto los procedimientos contra Kuntur Wasi como contra sus accionistas han cumplido con las exigencias del debido proceso legal, y Kuntur Wasi y sus accionistas han podido ejercer sus derechos de debido proceso mediante procedimientos en los tribunales locales para acotar la investigación. Y, en cualquier caso,

[709] Memorial de las Demandantes, párrs. 397, 662.

[710] Memorial de las Demandantes, párr. 398; donde se cita el **Anexo CWS-1,** Primera Declaración de José Balta, párr. 74.

[711] Memorial de las Demandantes, párr. 665.

[712] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 148.

[713] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 148.

[714] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 149.

la investigación abierta por la Fiscalía nunca fue más allá de la etapa preliminar (ni los representantes de Kuntur Wasi ni los de Corporación América fueron procesados) y en última instancia, fue archivada en enero de 2020[715].

585. Por lo tanto, la Demandada sostiene que, aun si las alegaciones vertidas por las Demandantes (es decir, que las investigaciones penales no estaban justificadas) fueran ciertas, las Demandantes no han podido explicar de qué manera una investigación preliminar que (i) no incluyó el arresto ni la detención de nadie; (ii) se desarrolló de conformidad con el debido proceso legal; y (iii) en última instancia, fue desestimada, puede compararse con un perjuicio físico o emocional abusivo necesario para reclamar indemnización por daño moral[716].

586. En cuanto a la alegación de las Demandantes en la que afirman que la resolución del Contrato derivó en un daño a la reputación, la Demandada afirma que el reclamo de las Demandantes es altamente especulativo, ya que las Demandantes no presentaron evidencia alguna de ofertas en las que se haya debido plantear la cancelación del Contrato. Asimismo, según la Demandada, el alegado daño a la reputación en ningún caso podría sustentar una adjudicación de indemnización por daño moral porque, si el Tribunal decidiera a favor de la Demandada, se deduce que la Demandada actuó de manera congruente con sus obligaciones en virtud del Contrato y del derecho internacional, y las Demandantes no tienen fundamento para reclamar. Si, por el contrario, el Tribunal decidiera a favor de las Demandantes, en ese caso el Tribunal habría reconocido los reclamos ya sea respecto de la resolución del Contrato o del trato dado por el Estado a las Demandantes o a sus inversiones[717].

587. Por último, la Demandada sostiene que la adjudicación de daños morales exige mucho más que simplemente demostrar que la "reputación" de un inversor ha sido afectada por el Estado, tanto bajo el derecho internacional como en virtud de la legislación peruana. Como cuestión de derecho internacional, la Demandada subraya que en los pocos casos en los

[715] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 149, 400.

[716] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 400.

[717] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 401.

que se adjudicaron daños morales, en realidad hubo conductas atroces y graves daños físicos, y no solo una prueba del impacto sobre la reputación[718]. Como cuestión de derecho peruano, la Demandada sostiene que la indemnización por daño moral solo es aplicable a las empresas en la medida en que éstas puedan demostrar que su reputación comercial, no la de sus empleados, fue dañada por una conducta ilícita contra la empresa misma, y que las Demandantes no han demostrado tal alegación en este caso. De cualquier manera, el derecho peruano es solo relevante respecto de los reclamos contractuales de las Demandantes, mas no respecto de sus reclamos en virtud del tratado[719].

b. El análisis del Tribunal

588. Las Demandantes afirman que Perú incumplió el Contrato de Concesión, el Contrato de Garantía y la legislación peruana, pues dañó "la imagen, el honor y buena reputación de Kuntur Wasi, sus accionistas y funcionarios". Para fundamentar este reclamo, explican en tres secciones que: (1) el ordenamiento peruano reconoce el derecho a la buena reputación de las personas jurídicas, (2) Kuntur Wasi gozaba de buena reputación, y (3) Perú dañó esa buena reputación.

589. El Tribunal asume que Kuntur Wasi, en tanto persona jurídica, goza de derechos fundamentales como el derecho al honor y a la buena reputación. En efecto, como plantean las Demandantes, se trata de un derecho reconocido a todas las personas de manera amplia en la Constitución del Estado peruano, lo que ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional[720].

590. La Demandada no controvierte esta conclusión, pero añade ciertas consideraciones que deberían tenerse en cuenta para afirmar la procedencia de un reclamo por daño a la reputación de una persona jurídica. Entre estas menciona que (i) la conducta dañina debe ser particularmente grave[721], (ii) el daño debe ser alegado exclusivamente por quien lo

[718] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 400-404.

[719] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 406, donde se cita el **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 250-258, 261.

[720] **Autoridad CL-26**, Expediente N.° 0905-2001-AA/TC, fundamento jurídico 7, 14 de agosto de 2002; Memorial de las Demandantes, párr. 384, nota al pie 469.

[721] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 395.

padece[722], y (iii) el daño moral en una persona jurídica debe tener una manifestación económica[723].

591. Respecto a la primera consideración, el Tribunal rechaza que la conducta susceptible de generar daño moral indemnizable deba ser necesariamente una que implique daño físico o una detención ilegal[724]. Para arribar a esta conclusión, la Demandada realiza un examen acucioso de la jurisprudencia de tribunales constituidos para resolver disputas entre Estados e inversores, pero este reclamo se presentó bajo el estatuto contractual-legal. En consecuencia, el mérito de este reclamo debe analizarse bajo las normas del Contrato de Concesión y, en su defecto, de la legislación peruana. De acuerdo con el derecho peruano, la indemnización del daño moral tiene los mismos presupuestos que la indemnización del daño patrimonial, por lo que una acción culpable, aunque no sea grave, basta para configurar el ilícito[725].

592. La segunda consideración es que el daño moral solo puede reclamarse por la persona que lo padece. El Tribunal coincide con esta indicación. En efecto, el daño moral, al igual que todo daño indemnizable, es personal. Esto quiere decir que, descontados ciertos casos excepcionales, como la sucesión hereditaria o la transferencia de un negocio, la acción para reclamar su afectación pertenece exclusivamente a quien padece el daño. Solo esa persona tiene legitimidad activa para demandar su resarcimiento.

593. Por esta razón, el Tribunal estima que no son atendibles los reclamos de daño al honor y reputación de Kuntur Wasi basados en las investigaciones penales realizadas a sus funcionarios. En efecto, la apertura de una investigación penal en contra de una persona natural y su eventual formalización, solo entregarían legitimidad activa a esa persona para demandar por eventuales perjuicios (patrimoniales o extrapatrimoniales) derivados de un procedimiento infundado o abusivo. Por el contrario, dicho supuesto no otorga acción por

[722] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 250, 251.

[723] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 406.

[724] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 395.

[725] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 252.

afectación de atributos personales a la empresa a la que tales ejecutivos representan, porque de hecho esa empresa no ha sufrido perjuicio alguno[726].

594. Por último, la Demandada afirma que un reclamo de daño moral respecto a la persona jurídica requiere una manifestación económica. A este respecto, el Dr. Ferrando explica que: "... la reputación de las personas jurídicas no es una cualidad inherente a estas. […] Por consiguiente, el daño a la reputación se manifiesta a través de una merma de los ingresos de la persona jurídica derivados del daño reputacional. Si esa merma no existe, no hay daño moral"[727].

595. Aunque el Tribunal discrepara de esta alegación, no puede ignorar que las Demandantes no controvirtieron que este fuese un presupuesto del reclamo por daño moral. Por el contrario, sostuvieron que la afectación a su reputación sí tuvo consecuencias patrimoniales. Al respecto, señalaron que esa afectación tendría consecuencias negativas para Corporación América en futuras licitaciones para otros aeropuertos[728]. Asimismo, el señor Vargas declaró que la politización del conflicto y las investigaciones penales habrían afectado a Andino en el sistema financiero, e incluso habrían obligado a suspender una serie de proyectos hasta que todo este asunto termine [729].

596. El Tribunal advierte que los eventuales daños patrimoniales alegados en estas afirmaciones son ajenos a Kuntur Wasi. Tal como se advirtió anteriormente en relación con la jurisdicción, esta sociedad se constituyó con el fin exclusivo de llevar adelante la construcción y operación del Aeropuerto Chinchero[730]. De este modo, mal podría afectarse su postulación en otras licitaciones al no haber ninguna. Asimismo, son irrelevantes los alegados daños patrimoniales de Andino, pues Kuntur Wasi no tiene legitimación activa

[726] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 250, 251.

[727] **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 253.

[728] **Anexo CWS-2**, Primera Declaración de Barrenechea, párr. 60.

[729] **Anexo CWS-6**, Segunda Declaración de Vargas Loret de Mola, párr. 10.

[730] **Anexo C-17**, Acta de Constitución y Estatuto Social de Kuntur Wasi, 11 de junio de 2014, Capítulo I "Denominación, objeto, domicilio y duración", Artículo 2º: "La sociedad tiene por objeto dedicarse única y exclusivamente al ejercicio de los derechos y obligaciones relativos al contrato de concesión para el diseño, financiamiento, […] operación y mantención del nuevo aeropuerto de internacional de Chinchero-Cusco (AICC)".

para reclamar por los daños sufridos por sus accionistas, que son personas jurídicas distintas.

597. Finalmente, se hace presente que este reclamo, que ha sido presentado como reclamo contractual en el juicio[731], proviene de Kuntur Wasi y no de Corporación América. Aun asumiendo que se trata de un reclamo general de ambas Demandantes, no se presentaron antecedentes que acrediten las eventuales consecuencias negativas para Corporación América en futuras licitaciones. La existencia de este daño simplemente se afirmó en los memoriales haciendo referencia a la declaración del Director General de Corporación América[732]. Este antecedente no basta para acreditar la existencia de un perjuicio económico cierto, derivado de la afectación de la reputación de Corporación América.

598. En conclusión, el Tribunal rechazará el reclamo por daño al honor y a la reputación de Kuntur Wasi. Primero, porque las investigaciones penales en contra de sus funcionarios no le otorgan acción como si se tratase de un daño propio. Segundo, porque no se ha acreditado un menoscabo patrimonial efectivo en Kuntur Wasi derivado del alegado daño a su honor o reputación.

B. SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS EN VIRTUD DEL TBI Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

599. Las Demandantes alegan que la conducta de la Demandada ha violado el TBI en cinco aspectos: primero, dado que la Demandada no dio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes, tal como lo establece el Artículo 2(3) del TBI, primera oración (Sección B.(1)); segundo, mediante la conducta injustificada de la Demandada violatoria de la segunda oración del Artículo 2(3) del TBI (misma Sección); tercero, mediante la medida adoptada por la Demandada de expropiación del Contrato de Concesión y del EDI, lo cual constituye una violación del Artículo 4(2) del TBI (Sección B.(2)); cuarto, dada la falta de seguridad jurídica que la Demandada debería haber dado a la inversión de las Demandantes, tal como lo establece el Artículo 4(1) del TBI (Sección B.(3)); y por último, mediante los incumplimientos contractuales de la Demandada,

[731] Memorial de las Demandantes, pág. 113.

[732] Memorial de las Demandantes, párr. 397; Réplica de las Demandantes, párr. 956. Ambos párrafos se refieren al **Anexo CWS-2**, Primera Declaración de Barrenechea, párr. 60.

procesables en virtud del TBI sobre la base de la cláusula de NMF, Artículo 3(1), a través de la cual es posible importar una cláusula paraguas de otro tratado (Sección B.(4)). Los dos primeros reclamos serán analizados en forma conjunta, ya que involucran aspectos diferentes, pero que se superponen de la misma disposición del TBI.

(1) Artículo 2(3) del TBI

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

600. En su primer reclamo, las Demandantes alegan que mediante su conducta inconsistente, contradictoria y arbitraria para con las Demandantes, Perú violó el Artículo 2(3) del TBI[733]. Este Artículo establece lo siguiente:

> *Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias*[734].

601. Las Demandantes afirman que el Artículo 2(3) del TBI establece dos obligaciones independientes por las cuales la Demandada debía (i) asegurar a la inversión de las Demandantes un tratamiento justo y equitativo en todo momento (la "**obligación positiva de dar TJE**"); y (ii) abstenerse de adoptar medidas "injustificadas o discriminatorias" que perjudiquen la "gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición" de la inversión de las Demandantes (la "**obligación negativa del Artículo 2(3)**")[735].

602. Según las Demandantes, aunque son independientes, estas dos obligaciones están muy relacionadas entre sí: por definición, un tratamiento injustificado derivaría en un incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo (mientras que el incumplimiento del tratamiento justo y equitativo no exige probar que la conducta del

[733] Memorial de las Demandantes, párr. 468.

[734] **Anexo C-50**, Perú-Argentina TBI, Artículo 2(3).

[735] Memorial de las Demandantes, párr. 470.

Estado fue injustificada o discriminatoria)[736]. En este caso, sin embargo, las Demandantes afirman que la conducta de Perú es tanto injustificada como arbitraria, y por lo tanto contraria a ambos aspectos de este Artículo.

(a) El estándar del Artículo 2(3) del TBI

603. Las Demandantes, si bien reconocen que el TBI no define el contenido de su estándar de TJE, se basan en jurisprudencia previa que indica que el estándar de TJE protege la expectativa legítima de los inversores contra conductas arbitrarias, discriminatorias, carentes de transparencia, consistencia o coherencia[737]. De acuerdo con las Demandantes, el estándar de TJE del TBI ofrece a los inversores una protección "amplia y flexible", que pretende asegurar a los inversores que, entre otras cosas, recibirán un tratamiento "justo" teniendo en cuenta todas las circunstancias y no serán "perjudicados" por el Estado[738].

604. Las Demandantes enfatizan, en forma contraria a la sugerencia de la Demandada, que el estándar de TJE del TBI es independiente del mínimo estándar de tratamiento del derecho internacional[739]. Para las Demandantes, la obligación de TJE del TBI establece un estándar objetivo, que no exige probar que el Estado actuó de mala fe o que el Estado deliberadamente incumplió el TBI[740].

605. Por último, las Demandantes afirman que Tribunal debe mirar el efecto acumulativo de las medidas del Estado a fin de determinar si el estándar de tratamiento justo y equitativo ha sido infringido, en lugar de analizar cada medida de manera individual y aislada[741].

606. En función del estándar anterior, las Demandantes alegan que la conducta de Perú no alcanzó el TJE por las siguientes razones: las acciones de Perú fueron inconsistentes o

---

[736] Memorial de las Demandantes, párr. 471. Las Demandantes se basan en la jurisprudencia según la cual la conducta injustificada y discriminatoria del Estado lleva a analizar una violación del estándar de TJE (*ver*, Memorial de las Demandantes, nota al pie 537).

[737] Memorial de las Demandantes, párrs. 472-474, con fundamento especialmente en la decisión en **Anexo CL-77**, C*rystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/11/2, párr. 543.

[738] Memorial de las Demandantes, párrs. 472, 473.

[739] Réplica de las Demandantes, párrs. 588-599.

[740] Memorial de las Demandantes, párrs. 473, 603 y ss.

[741] Memorial de las Demandantes, párr. 475.

contradictorias (subsección (b)); Perú actuó en forma arbitraria y sin justificación (subsección (c)); y Perú vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes (subsección (d)).

(b) Inconsistencia o conducta contradictoria

607. Las Demandantes se basan en *Saluka c. República Checa*[742], *MTD c. Chile*[743], *Abengoa c. México*[744], *Lemire c. Ucrania II*[745], *PSEG Global c. Turquía*[746], *Lauder c. República Checa*[747], *EnCana c. Ecuador*[748] y *Glencore c. Colombia*[749] (entre otros) para afirmar que la conducta contradictoria de órganos y entidades del Estado que, en forma arbitraria y sin lógica, revierte decisiones previas respecto de las que el inversor desarrolló una confianza o expectativa legítima, constituye una violación del requisito de tratamiento justo y equitativo establecido en el TBI[750].

i. Contradicciones en relación con del EGP de Kuntur Wasi

608. Según las Demandantes, Perú actuó de manera contradictoria al emitir primero opiniones favorables respecto de la propuesta financiera de Kuntur Wasi y luego rechazar el EGP sin justificación[751]. Específicamente, Kuntur Wasi menciona lo siguiente:

- El informe de OSITRAN del 20 de julio de 2016, en el que OSITRAN concluyó que los documentos presentados por Kuntur Wasi para la aprobación del EGP "se

[742] **Anexo CL-80**, *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (en adelante *Saluka c. República Checa*).

[743] **Anexo CL-69**, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004 (en adelante *MTD c. Chile*).

[744] **Anexo CL-81**, *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013 (en adelante *Abengoa c. México*).

[745] **Anexo CL-64**, *Joseph C. Lemire c. Ucrania II*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2018 (en adelante *Lemire c. Ucrania II*).

[746] **Anexo CL- 79,** *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (en adelante *PSEG Global c. Turquía*).

[747] **Anexo CL-209**, *Ronald S. Lauder c. República Checa,* CNUDMI, Laudo, 3 de septiembre de 2001 (en adelante *Lauder c. República Checa).*

[748] **Anexo CL-211**, *EnCana Corporation c. República del Ecuador,* LCIA N.º UN3481, Laudo, 3 de febrero de 2006 (en adelante *Encana c. Ecuador*).

[749] **Anexo RL-26**, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI N.º ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (en adelante *Glencore c. Colombia*).

[750] Memorial de las Demandantes, párrs. 477 y ss.; Réplica de las Demandantes, párrs. 616 y ss.

[751] Memorial de las Demandantes, párr. 482.

ajustan a las disposiciones del Contrato de Concesión[752]; y posterior opinión de OSITRAN del 22 de julio de 2016, en la que aprueba el EGP de Kuntur Wasi[753];

- El informe de la Contraloría, del 27 de octubre de 2016, y el informe de CAF, del 7 de noviembre de 2016, los cuales solo recomendaban que el MTC renegociara el monto del PAO trimestral, pero no recomendaba la resolución del Contrato de Concesión[754]; y

- La notificación de Perú a Kuntur Wasi del 25 de noviembre de 2016, en la cual el MTC rechazaba el EGP de Kuntur Wasi del 4 de mayo de 2016 sin otro motivo más que mencionar que el EGP "generaría un perjuicio económico al Concedente"[755].

609. Según las Demandantes, la Demandada admite que cualquier contradicción entre OSITRAN y el MTC en relación con el EGP carece de relevancia porque se aprobó la Adenda N.º 1, que reemplazó la estructura de financiamiento anterior. Según las Demandantes, es precisamente por esto que cualquier justificación para la resolución del Contrato de Concesión basada en que Kuntur Wasi había "burlado el sistema" es irrelevante. Sin embargo, ello no elimina la inconsistencia[756].

ii. Contradicciones en relación con las negociaciones que llevaron a la Adenda N.º 1

610. Para las Demandantes, Perú también actuó en forma contradictoria durante la negociación de la Adenda N.º 1. En particular, las Demandantes alegan que el MTC envió a Kuntur Wasi dos propuestas para modificar el Contrato de Concesión, y que una vez que Kuntur Wasi aceptó una de ellas y envió un borrador sobre la base de dicha propuesta (que también

[752] Memorial de las Demandantes, párr. 484, donde se cita el **Anexo C-114**, Informe N.º 014-16-GRE-GAJ-OSITRAN, 20 de julio de 2016, párrs. 228, 231.

[753] Memorial de las Demandantes, párr. 484; **Anexo C-21**, Oficio Circular N.º 039-16-SCD-OSITRAN, 22 de julio de 2016.

[754] Memorial de las Demandantes, párr. 485; **Anexo C-22**, Oficio N.º 4268-2016 MTC/25, 27 de octubre de 2016, (el MTC envió el informe de la Contraloría a Kuntur Wasi el 27 de octubre de 2016); **Anexo C-23**, Reporte de Conclusiones y Recomendaciones, CAF, 7 de noviembre de 2016, pág. 23.

[755] Memorial de las Demandantes, párr. 486; **Anexo C-67**, Oficio N.º 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016.

[756] Réplica de las Demandantes, párr. 690; donde se cita el Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 258.

incorporó las recomendaciones del MTC, de CAF y de la Contraloría), el MTC lo rechazó. Luego el MTC envió una tercera propuesta que cambiaba totalmente el mecanismo de financiamiento del Proyecto, y que finalmente se convirtió en la Adenda N. º 1[757].

iii. Contradicciones en relación con la Adenda N.º 1

611. Las Demandantes alegan que Perú se contradijo, ya que en un principio promocionó, respaldó y finalmente suscribió la Adenda N.º 1 para avanzar con el Proyecto, y luego de manera unilateral e injustificadamente resolvió el Contrato de Concesión[758]. Según las Demandantes, luego de que Perú modificó la estructura económica del Contrato de Concesión, todas las entidades peruanas competentes, incluido el OSITRAN, el MEF, y el MTC, así como altos funcionarios del Gobierno (incluido el Presidente Kuczynski) aprobaron la Adenda N.º 1[759]. Estas manifestaciones públicas de apoyo continuaron incluso luego de que la Adenda N.º 1 fuera suscripta, tal como lo evidencia la presentación del Ministro Vizcarra ante el Congreso mucho después en mayo de 2017, en la que defendió los beneficios de la Adenda, entre otras cuestiones[760].

612. Según las Demandantes, a pesar del "reiterado, sostenido y consistente" apoyo demostrado por Perú en relación con los beneficios de la Adenda N.º 1, hacia fines de febrero de 2017, Perú comenzó a cambiar su postura. El cambio se inició el 22 de febrero de 2017, cuando la Contraloría emitió un informe en el que observó que existía un potencial riesgo de que Kuntur Wasi utilizara el Adelanto para otro fin y no para comenzar las obras de construcción, seguido por el informe de la Contraloría del 19 de mayo de 2017, el cual concluyó que la Adenda N.º 1 violaba determinadas reglamentaciones[761]. El 21 de mayo de 2017, tres días luego de defender la Adenda N.º 1 en el Congreso y el día previo a

[757] Memorial de las Demandantes, párrs. 488, 489, sobre la base de: **Anexo C-61**, Correo electrónico de Yaco Rosas (MTC) a José Carlos Balta del Rio (Kuntur Wasi), 22 de octubre de 2016; **Anexo C-62**, Carta N.º 183-2016-KW, 28 de octubre de 2016; **Anexo C-63**, Oficio N.º 4362-2016-MTC/25, 7 de noviembre de 2016; **Anexo CWS-1**, Primera Declaración de José Balta, párr. 30; **Anexo C-64**, Correo electrónico de Yaco Rosas (MTC) a José Carlos Balta del Rio (Kuntur Wasi), 9 de noviembre de 2016. Réplica de las Demandantes, párrs. 633 y ss.

[758] Memorial de las Demandantes, párr. 490; Réplica de las Demandantes, párrs. 639 y ss.

[759] Memorial de las Demandantes, párrs. 491-493.

[760] Memorial de las Demandantes, párr. 494; **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, págs. 15, 16.

[761] Memorial de las Demandantes, párrs. 495, 496.

renunciar a su puesto, el Ministro Vizcarra apareció en televisión para comunicar la intención del Gobierno de "dejar sin efecto" el Contrato de Concesión con sus modificaciones en virtud de la Adenda N.º 1[762]. Para las Demandantes, el anuncio del Ministro Vizcarra fue revelador en tanto habló de resolver el Contrato de Concesión y no solo la Adenda N.º 1, a pesar de que los informes de la Contraloría solo hacían referencia a la Adenda N.º 1[763].

613. Para las Demandantes, el único argumento de la Demandada en relación con estas contradicciones es que las declaraciones públicas en apoyo a la Adenda N.º 1 vinieron de personas que no obligan al Estado peruano. No obstante, las Demandantes sostienen que esas declaraciones son vinculantes para Perú de conformidad con el Artículo 4 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, ya que fueron declaraciones hechas por órganos del Estado, y más específicamente por el Presidente, el Consejo de Ministros y por los propios ministros[764].

iv. Contradicciones en relación con la resolución del Contrato de Concesión

614. Según la opinión de las Demandantes, Perú también actuó en forma contradictoria al resolver el Contrato de Concesión: en primer lugar, el Ministro Vizcarra se presentó ante el Congreso el 18 de mayo de 2017 para defender la Adenda N.º 1 y dijo que no había ninguna razón de interés público que justificara resolver el Contrato; en segundo lugar, apenas tres días después, el Ministro Vizcarra apareció en televisión para anunciar la intención del Gobierno de dejar sin efecto el Contrato de Concesión; en tercer lugar, el 23 de mayo de 2017, el Presidente Kuczynski anunció que Perú no resolvería el Contrato de Concesión, sino que procuraría acordar modificaciones; en cuarto lugar, a pesar del anuncio del Presidente y de que las Partes se encontraban en medio de las negociaciones, el 4 de junio de 2017, el Ministro Giuffra anunció públicamente que el Gobierno y Kuntur Wasi habían alcanzado un acuerdo mutuo para resolver el Contrato de Concesión, y el

[762] **Anexo C-120**, Clip de noticias de Buenos Días, Perú, "Vizcarra sobre Chinchero: Decidimos dejar sin efecto contrato que desde el inicio partió mal", 22 de mayo de 2017.

[763] Memorial de las Demandantes, párr. 497.

[764] Réplica de las Demandantes, párrs. 645, 646.

MTC publicó una declaración oficial a tal efecto; y finalmente, el 13 de julio de 2017, el Ministro Giuffra declaró la resolución unilateral del Contrato de Concesión[765].

v. Contradicciones en relación con la existencia de razones de interés público que justifiquen la resolución

615. Las Demandantes argumentan además que la conducta de Perú fue contradictoria en cuanto a las razones de la resolución del Contrato de Concesión. Mientras que en un primer momento Perú afirmó que la Adenda N.º 1 se adoptó precisamente para garantizar la defensa del interés público, porque permitiría dotar a la ciudad de Cusco de una infraestructura aeroportuaria adecuada en el corto plazo, unos meses más tarde afirmó exactamente lo contrario[766].

vi. Contradicciones en relación con el Trato Directo

616. Por último, las Demandantes afirman que la conducta de Perú también fue contradictoria respecto de las negociaciones que tuvieron lugar después de la resolución del Contrato de Concesión. En particular, las Demandantes alegan que si bien Perú mostró interés en entablar negociaciones con Kuntur Wasi (e incluso solicitó una prórroga del plazo para las negociaciones), al mismo tiempo, solicitó reiteradamente a Kuntur Wasi que devolviera el área de Concesión[767]. Las Demandantes también cuestionan el hecho de que una vez que Kuntur Wasi devolvió el área de Concesión, Perú dio por terminado el Trato Directo casi dos meses antes del vencimiento del plazo para las negociaciones[768].

617. Según las Demandantes, la Demandada no tenía el derecho contractual de solicitar la devolución del área de Concesión porque en el momento de las negociaciones, el Contrato de Concesión aún estaba en vigencia (de conformidad con la Cláusula 15.8.7 del Contrato de Concesión, los efectos de la resolución se suspenderían hasta que se dictara un laudo) y exigía que las Partes cumplieran con el Trato Directo como requisito previo a la iniciación

[765] Memorial de las Demandantes, párrs. 501-504; Réplica de las Demandantes, párrs. 661 y ss.
[766] Memorial de las Demandantes, párrs. 507, 508; Réplica de las Demandantes, párrs. 668 y ss.
[767] Memorial de las Demandantes, párrs. 510- 513; Réplica de las Demandantes, párrs. 677 y ss.
[768] Réplica de las Demandantes, párr. 677.

del procedimiento de arbitraje (tal como se establece en la Cláusula 16 del Contrato de Concesión)[769].

(c) Conducta arbitraria e injustificada

618. Las Demandantes sostienen que un Estado también incumple sus obligaciones de tratamiento justo y equitativo si actúa de forma arbitraria e injustificada. En su opinión, "arbitraria" ―en palabras del Prof. Schreuer― significa una situación en la que la medida en cuestión "ocasiona un daño al inversor sin servir un propósito legítimo aparente"[770], o una situación que implica un exceso de discrecionalidad, prejuicio o preferencia personal que ocasiona un daño al inversor sin servir un propósito legítimo aparente[771].

619. Las Demandantes alegan que, en este caso, la resolución del Contrato de Concesión debería haber estado suficientemente motivada al menos por tres razones. En primer lugar, porque la obligación de justificar las decisiones públicas que afectan a una inversión está recogida en el derecho internacional tal como lo desarrolla la jurisprudencia (sobre la base de los casos citados anteriormente). En segundo lugar, porque la Cláusula 15.5.1 del Contrato de Concesión estipula que la resolución unilateral debe estar justificada por "razones de interés público debidamente fundadas"; y en tercer lugar, porque en el derecho administrativo peruano las decisiones públicas deben estar "debidamente motivad[as]" y "adecuarse a las finalidades de interés público"[772].

620. Según las Demandantes, la comunicación del MTC del 13 de julio de 2017, en la que notifica a Kuntur Wasi acerca de la resolución del Contrato de Concesión, no se fundamenta en razones de interés público, ni contiene motivación alguna[773]:

---

[769] Réplica de las Demandantes, párr. 681.

[770] Memorial de las Demandantes, párr. 514, donde se cita el **Anexo CL-83**, *EDF (Services) Limited c. Rumania*, ICSID Case N.º ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 (en adelante *EDF c. Rumania*), párr. 303.

[771] Memorial de las Demandantes, párr. 516 y Réplica, párr. 694, donde se cita, por ejemplo, el **Anexo CL-83**, *EDF c. Rumania*, párr. 303; **CL-84**, *Tza Yap Shum c. República del Perú,* Caso CIADI N.º ARB/07/6, Laudo, 7 de julio de 2011, párr. 192.

[772] Memorial de las Demandantes, párrs. 518-520, donde se cita el **Anexo CL-4**, Decreto Supremo 004-2019-JUS, "Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General".

[773] Memorial de las Demandantes, párrs. 523, 524; Réplica de las Demandantes, párrs. 711 y ss.

(i) Contrariamente a lo que dice el MTC en la comunicación, el propio Perú había reconocido con anterioridad que en realidad no existía ninguna razón de interés público que sustentara la resolución del Contrato de Concesión. Como fundamento de esta alegación, las Demandantes señalan la presentación del Ministro Vizcarra ante el Congreso, en la que afirmó que "[c]omo Estado no teníamos herramientas para caducar este Contrato"[774] y que "[d]eclarar una razón de interés público requiere un sustento firme y la firma de varios Ministros. Sin duda si existieran esas razones se podría invocar esa cláusula; en el caso del Aeropuerto "Chinchero" no había forma de configurar una situación legal de ese tipo"[775];

(ii) De hecho, no existe ninguna razón de interés público que justifique la resolución del Contrato de Concesión. Por el contrario, la construcción del Aeropuerto Chinchero es de interés público. La resolución del Contrato de Concesión sólo retrasaría la construcción del Proyecto (de hecho, las obras habrían comenzado casi tres años después del momento en que Kuntur Wasi habría iniciado las obras, de no haberse resuelto el Contrato) y elevaría los costos[776];

(iii) La comunicación del MTC del 13 de julio de 2017 no contiene ninguna motivación: no explica por qué continuar con el Proyecto con Kuntur Wasi plantearía un problema en cuanto al interés público, ni por qué la resolución del Contrato de Concesión resolvería, de hecho, ese problema. La comunicación sólo contiene afirmaciones vagas que no guardan relación con las circunstancias concretas (es decir, afirman que la resolución es "más acorde" con el interés público) y afirmaciones falsas. En particular, las Demandantes cuestionan la afirmación del MTC de que ya no sería posible llevar a cabo el Proyecto, y afirman que Kuntur Wasi era capaz y estaba dispuesta a llevar a cabo el Proyecto[777];

---

[774] **Anexo C-117**, Video del Ministro Martín Vizcarra ante la Comisión Permanente del Congreso, Congreso de la República del Perú, 9 de febrero de 2017, minuto 30.27 en adelante.

[775] **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 23.

[776] Memorial de las Demandantes, párrs. 524-526; **Anexo C-24**, Adenda N.º 1, Cláusula 3, numerales 12, 13; **Anexo C-145**, *Mensaje a la Nación*, Martín Vizcarra Cornejo, 28 de julio de 2019, pág. 6; **Anexo C-146**, "Informe de Acción Simultánea N.º 1345-2018-CG/MPROY-AS, 'Procedimiento de selección para la contratación de la ejecución de la obra: Movimiento de tierras en sectores Resa Sur y luces de aproximación a la pista 34 del Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco (AICC)'", Contraloría General de la República, Subgerencia de Control de Megaproyectos, 20 de diciembre de 2018, pág. 13.

[777] Memorial de las Demandantes, párrs. 527, 529.

(iv) La decisión de Perú de resolver el Contrato de Concesión no tiene soporte técnico. Según las Demandantes, si bien es cierto que la Adenda N.º 1 estaba sujeta a un proceso en el que OSITRAN, el MEF y el MTC emitieron opiniones; ninguna de estas entidades recomendó la resolución del Contrato de Concesión[778]. Las Demandantes también señalan que la Demandada admitió de manera expresa que la decisión del MTC de resolver se basó en la "creencia" u "opinión" personal del Ministro Giuffra de que Kuntur Wasi no sería capaz de completar el Proyecto[779]; y que los informes del 13 de julio de 2017 emitidos por el MINCETUR y el MTC, que supuestamente informaron la decisión del MTC, no indican que la resolución del Contrato de Concesión obedecía a razones de interés público, y mucho menos recomiendan tal acción[780].

621. Sobre la base de los hechos mencionados, las Demandantes concluyen que la decisión de resolver unilateralmente se basó en la creencia infundada del Ministro Giuffra en ese momento de que Kuntur Wasi no podría llevar a cabo el Proyecto (y esto, a su vez, supuestamente se produjo porque Kuntur Wasi había informado al Ministro Giuffra que necesitaría seis meses adicionales para obtener financiamiento). En opinión de las Demandantes, resulta irracional que Perú concluyera que la resolución del Contrato de Concesión sería la mejor manera de atender el interés del Estado, incluso si fuera cierto que Kuntur Wasi había dicho que necesitaba seis meses adicionales, como alega la Demandada, especialmente si se consideran los costos asociados con la resolución[781].

622. Según las Demandantes, la conducta arbitraria de Perú constituye una violación de la obligación de tratamiento justo y equitativo, así como una violación de la obligación independiente de Perú de abstenerse de adoptar medidas injustificadas que perjudiquen las inversiones (según lo establecido en el Artículo 2(3) del TBI). En opinión de las

[778] Memorial de las Demandantes, párr. 528; Réplica de las Demandantes, párr. 712.

[779] Réplica de las Demandantes, párrs. 714-716, donde se cita el Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 279.

[780] Réplica de las Demandantes, párr. 717.

[781] Réplica de las Demandantes, párrs. 721-728.

Demandantes, esta obligación exige que Perú se abstenga de cualquier conducta que cause un "impacto económico negativo" sobre las inversiones[782].

(d) Expectativas legítimas

623. Por último, las Demandantes alegan que la protección de las expectativas legítimas del inversor es un elemento clave de la obligación de tratamiento justo y equitativo[783]. Las Demandantes, con fundamento en la jurisprudencia, sugieren que el TBI protege contra la conducta del Estado que "desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión"[784]. En cuanto al origen de las expectativas legítimas, las Demandantes afirman que éstas pueden originarse en declaraciones o compromisos del Estado, ya sean explícitos o implícitos[785].

624. A fin de determinar si hay una violación de las expectativas legítimas, las Demandantes sugieren que el Tribunal realice un análisis similar al desarrollado por el tribunal en *Olin Holdings c. Libia*. En dicho análisis, el tribunal se cuestionó tres aspectos: (1) ¿creó la conducta del Estado receptor de la inversión expectativas razonables y legítimas en el inversor?; (2) ¿el inversor confió en y actuó sobre la base de dicha conducta?; y (3) ¿incumplió el Estado receptor las expectativas que él mismo creó?[786]

i. La conducta de Perú generó expectativas legítimas

625. Las Demandantes sostienen que Perú generó, mediante los actos que siguen, expectativas legítimas en las Demandantes de que podrían llevar a cabo y operar el Proyecto durante un

---

[782] Memorial de las Demandantes, párrs. 532-534.

[783] Memorial de las Demandantes, párrs. 538, donde se citan, entre otros: **Anexo CL-87**, Rudolf Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, 12 Santa Clara J. INT'L L. 7, 17 (2014); **Anexo CL-88**, *UNCTAD, Series on International Investment Agreements II, Fair and Equitable Treatment: A sequel* (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5), 2012, p. 63.

[784] **Anexo CL-91**, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos,* Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (en adelante *Tecmed c. México*), párr. 154.

[785] Memorial de las Demandantes, párr. 540, donde se cita el **Anexo CL-71**, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela,* Caso CIADI N.º ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 (en adelante *Gold Reserve c. Venezuela*), párr. 571.

[786] Memorial de las Demandantes, párr. 541, donde se cita el **Anexo CL-92**, *Olin Holdings Ltd. c. Libia*, Caso CPI N.º 20355/MCP, Laudo Definitivo, 25 de mayo de 2018 (en adelante *Olin Holdings c. Libia*), párr. 307.

determinado período, y que Perú solo resolvería unilateralmente el Contrato de Concesión en el caso de que existieran razones de interés público debidamente fundadas[787]:

1. Ley 27.528[788], que declaró que el Aeropuerto Chinchero era un proyecto de interés público;

2. Decreto de Urgencia N.º 039-2010, que declaró que el Aeropuerto Chinchero era de "necesidad nacional y de ejecución prioritaria en el año"[789];

3. Decreto Supremo N.º 059-96-PCM[790], que determinó que era de interés nacional promover la inversión privada en el sector de infraestructura; y la Ley de Asociaciones Público-Privadas, que declaró de "interés nacional la promoción de la inversión privada mediante las Asociaciones Público-Privadas"[791];

4. Acuerdo PROINVERSIÓN N.º 357-01-2010[792], que aprobó el Plan de Promoción de la Inversión para el Aeropuerto Chinchero, y las posteriores Bases;

5. El Contrato de Concesión, que estableció que la única razón por la cual Perú podría resolver unilateralmente el Contrato era por "razones de interés público debidamente fundadas", y el Contrato de Garantía, mediante el cual Perú garantizó todas las declaraciones y obligaciones del MTC en virtud del Contrato de Concesión[793];

6. La Adenda N.º 1, que reforzó los compromisos del Estado, y que fue aprobada por varias entidades públicas, incluido el OSITRAN; el Presidente Kuczynski; el

[787] Memorial de las Demandantes, párrs. 543, 548; Réplica de las Demandantes, párr. 734.

[788] **Anexo CL-93**, Ley 27.528.

[789] **Anexo CL-6**, Decreto de Urgencia N.º 039-2010, 9 de junio de 2010.

[790] **Anexo CL-7**, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, 27 de diciembre de 1996

[791] **Anexo CL-9**, Decreto Legislativo N.º 1224, "Decreto Legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privada y proyectos en activos", 24 de septiembre de 2015, Artículo 3.

[792] **Anexo C-164**, Acuerdo PROINVERSIÓN N.º 357-01-2010, 7 de julio de 2010.

[793] Memorial de las Demandantes, párrs. 544, 545.

Consejo de Ministros; el propio MTC; el Ministro Vizcarra, la Ministra Molinelli; y el MEF[794].

626. Las Demandantes rechazan la caracterización que hace la Demandada de la expectativa legítima de las Demandantes en el sentido de que podrían completar el Proyecto y operar con éxito la Concesión durante 40 años. Las Demandantes afirman que su expectativa era continuar con el Proyecto de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en la Adenda N.º 1[795]. Asimismo, las Demandantes alegan que los tribunales de arbitrajes de inversión han señalado consistentemente que es posible que surjan expectativas legítimas de contratos celebrados con el Estado[796], y que en este caso, sus expectativas legítimas nacieron del propio Contrato de Concesión, de las circunstancias fácticas que rodearon el Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía, que reforzó las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión[797].

627. Las Demandantes objetan también el argumento de la Demandada según el cual las expectativas legítimas no podían generarse a partir del Contrato de Concesión porque la construcción del Proyecto estaba sujeta a otras aprobaciones y acciones (como la obtención del cierre financiero y la aprobación por el MTC). Según las Demandantes, su expectativa era precisamente que *si* las condiciones y los requerimientos establecidos en el Contrato se cumplían, las Demandantes podrían construir y operar el Aeropuerto Chinchero. En otras palabras, para las Demandantes, el Contrato era el marco que regía la relación entre las Partes y esperaban que Perú cumpliera los términos allí estipulados[798].

628. Por último, en respuesta al argumento de la Demandada según el cual las Demandantes no podían desarrollar expectativas legítimas a partir de la Adenda N.º 1 porque ésta fue aprobada *luego* de que las Demandantes hubiesen invertido en Perú, las Demandantes sostienen que la Adenda N.º 1 modificó efectivamente el Contrato de Concesión, que fue propuesta por el propio Estado, y que Kuntur Wasi podría haber rechazado dicha adenda.

[794] Memorial de las Demandantes, párr. 546.
[795] Réplica de las Demandantes, párrs. 739, 740.
[796] Réplica de las Demandantes, párrs. 743-746.
[797] Réplica de las Demandantes, párrs. 748, 755.
[798] Réplica de las Demandantes, párrs. 750 y ss.

Asimismo, las Demandantes afirman que luego de que se adoptara la Adenda N.º 1, las Demandantes continuaron realizando inversiones en Perú consistentes en los recursos necesarios para poder cumplir el Contrato de Concesión[799].

ii. Las Demandantes confiaron en tales expectativas legítimas

629. En segundo lugar, las Demandantes sostienen que confiaron en las expectativas legítimas generadas a partir de la conducta de Perú. En particular, las Demandantes explican que, en virtud de los actos legislativos y administrativos mencionados anteriormente, se realizó lo siguiente[800]:

(i) Corporación América y Andino crearon el consorcio Kuntur Wasi con el objetivo específico de participar en el concurso;

(ii) Kuntur Wasi participó en el concurso y elaboró las propuestas técnica y económica solicitadas;

(iii) Una vez suscripto el Contrato de Concesión, Kuntur Wasi invirtió millones de dólares para cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato de Concesión (entre las que se incluyen la obtención de permisos y licencias, la preparación del EDI y del Cierre Financiero); y

(iv) Kuntur Wasi también participó de la renegociación de la Adenda N.º 1 y participó, de buena fe, en la renegociación para modificar el Contrato de Concesión en su totalidad.

iii. Perú violó las expectativas legítimas de las Demandantes

630. Por último, las Demandantes afirman que todas sus expectativas legítimas fueron destruidas cuando Perú resolvió unilateralmente el Contrato de Concesión el 13 de julio de 2017. A partir de ese momento, las Demandantes perdieron todos sus derechos respecto del Proyecto sin recibir ningún tipo de compensación de parte del Estado[801].

631. Para las Demandantes, el argumento planteado por la Demandada según el cual las Demandantes están intentando establecer una expectativa legítima de que Contraloría no

[799] Réplica de las Demandantes, párrs. 757, 758.

[800] Memorial de las Demandantes, párrs. 549, 550.

[801] Memorial de las Demandantes, párr. 551.

ejercería su legítima competencia para revisar la Adenda N.º 1 es una interpretación equivocada. Las Demandantes afirman que la cuestión no consiste en si Contraloría podía revisar la Adenda, sino más bien si el Estado tenía razones de interés público suficientes para privar a las Demandantes de sus expectativas legítimas[802].

(ii) La posición de la Demandada

(a) El estándar del Artículo 2(3) del TBI

632. La Demandada parece coincidir con las Demandantes en que el Artículo 2(3) establece dos obligaciones independientes, pero señala que existe una significativa superposición entre ellas, de modo tal que la obligación negativa relacionada con las medidas injustificadas queda subsumida dentro de la obligación de TJE[803].

633. La Demandada alega que, contrario a lo que sugieren las Demandantes, el estándar de TJE en el derecho internacional no exige que el Estado proporcione justicia o equidad perfectas para el inversor, de manera que no todo acto que podría calificarse como "injusto" constituye un incumplimiento del Tratado[804]. Con fundamento en las decisiones en *Waste Management c. México* y *Genin c. Estonia*, la Demandada alega que para que se determine la existencia de un incumplimiento del TJE, las Demandantes deberían probar que los actos del Estado evidencian "negligencia deliberada en el cumplimiento de una obligación, conducta insuficiente muy por debajo de los estándares internacionales, o incluso mala fe subjetiva"[805]; o que la conducta del Estado que sea "arbitraria, manifiestamente injusta, no equitativa o idiosincrática, es discriminatoria […] e importa la violación del debido proceso que produce un resultado que atenta contra la noción del deber ser judicial ―como podría

[802] Réplica de las Demandantes, párr. 772.

[803] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 240.

[804] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 240, 241.

[805] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 241, donde se cita, entre otros, el **Anexo RL-23**, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 (en adelante, *Genin c. Estonia*), párr. 367. [Traducción del Tribunal]

ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo"[806].

634. La Demandada afirma que, si bien algunas de estas citas mencionan el "mínimo estándar de tratamiento" bajo el derecho internacional público, el estándar de TJE del TBI es fundamentalmente el mismo que el mínimo estándar bajo el DIC[807]. En cualquier caso, para la Demandada, la discusión sobre si estos dos estándares son iguales es vana, ya que no objeta que el estándar de TJE del TBI establece una protección contra aquella conducta del Estado que sea arbitraria, injustificada o violatoria de expectativas legítimas. Como se desarrollará más adelante, la Demandada rechaza la afirmación de que el alcance y el contenido del estándar de TJE (incluido el del TBI) protege a los inversores contra una "mera inconsistencia (sin más)"[808].

635. En función de lo anterior, la Demandada niega que su conducta no haya cumplido con el estándar de TJE por los motivos que se describen a continuación:

(b) Inconsistencia o conducta contradictoria

636. La Demandada sostiene que los tribunales habitualmente han señalado que un inversor no puede probar un incumplimiento de TJE simplemente calificando ciertos actos del Estado o declaraciones de actores estatales como "inconsistentes". En realidad, los tribunales han reconocido que bien puede ocurrir que en un gobierno, las distintas ramas gubernamentales alcancen conclusiones diferentes en cuestiones de derecho, fácticas o de políticas dentro de sus respectivas y específicas funciones o competencias en el marco legal estatal[809]. Para la Demandada, la inconsistencia es relevante para el TJE cuando está enmarcada en términos de "arbitraria" o "actos injustificables", lo que implica una conducta del Estado mucho más grave y reprochable que la mera "inconsistencia"[810].

---

[806] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 242, donde se cita el **Anexo RL-25**, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (en adelante, *Waste Management II c. México*), párr. 98. [Énfasis omitido]

[807] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 241; Dúplica de la Demandada, párr. 324.

[808] Dúplica de la Demandada, párr. 325.

[809] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 244, 247.

[810] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 245.

637. Asimismo, la Demandada sostiene que al analizar si los actos de un Estado han violado el estándar de TJE, los tribunales deben considerar todas las circunstancias y "balancear otros intereses relevantes desde el aspecto legal"[811], incluido el derecho soberano de aprobar leyes y adoptar decisiones que protejan el interés público. En otras palabras, según la Demandada, los reclamos por inconsistencia pueden excusarse cuando aplica la protección del interés público u otros intereses compensatorios, ya que los tratados de inversión no pretenden impedir que los Estados dicten y apliquen de buena fe leyes de aplicación general en atención al interés público[812].

638. La Demandada propone, en cambio, que los actos del Estado solo violarían el estándar de TJE si las alegadas inconsistencias infringen el marco legal doméstico existente, por ejemplo, porque la entidad actúa por fuera de su propia competencia legal y sus propias funciones, o porque los actos objeto del reclamo fueron lo suficientemente atroces como para ser considerados arbitrarios, de mala fe u opuestos a las expectativas legítimas[813]. En el presente caso, la Demandada alega que la conducta reclamada por las Demandantes fue o bien, no inconsistente, o bien, una conducta plenamente justificada como cuestión de política y en virtud del derecho peruano.

i. Contradicciones en relación con el EGP

639. Aun cuando la inconsistencia *per se* fuera un elemento del TJE, en opinión de la Demandada, no hubo contradicción alguna en relación con el EGP de Kuntur Wasi. Para la Demandada, el Contrato de Concesión contemplaba un proceso de revisión en dos niveles en virtud del cual, previo a la revisión por el MTC, OSITRAN debía emitir una opinión sobre si el financiamiento cumplía ciertos requerimientos mínimos. No obstante, ésta no era una decisión definitiva, y el MTC no estaba obligado por la decisión de OSITRAN[814]. El Contrato de Concesión otorgaba al MTC el derecho de no aprobar la

[811] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 246, donde se cita el **Anexo CL-64**, *Lemire c. Ucrania II*, párr. 285. Ver también **Anexo CL-80**, *Saluka c. República Checa*, párr. 305. [Traducción del Tribunal]

[812] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 246; Dúplica de la Demandada, párr. 327.

[813] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 247-249, 253.

[814] La Demandada también alega que la opinión de CAF a la que hacen referencia las Demandantes es irrelevante para la cuestión de la inconsistencia porque CAF no es ni entidad ni funcionaria gubernamental (Dúplica de la Demandada, párr. 371).

propuesta financiera de Kuntur Wasi en el caso de considerar que el EGP causaba un perjuicio económico para el Estado. En este caso, el MTC revisó la propuesta financiera y determinó que los costos para Perú eran significativamente más altos que lo anticipado y que incluía costos adicionales que no se habían incluido en la oferta original presentada por Kuntur Wasi. Sobre esta base, el MTC rechazó la propuesta[815].

640. Es más, cada una de estas entidades revisó la propuesta financiera con diferentes objetivos, de acuerdo con sus respectivas obligaciones legalmente encomendadas[816].

641. En cualquier caso, incluso si las respectivas opiniones de OSITRAN y del MTC fueran contradictorias, se debe considerar que las Demandantes renunciaron a cualquier reclamo relacionado con su propuesta financiera inicial al firmar la Adenda N.º 1, que modificó los componentes financieros del Contrato[817].

ii. Contradicciones en relación con la negociación de la Adenda N.º 1

642. Para la Demandada, el hecho de que el MTC realizara diversas propuestas durante las negociaciones de la Adenda N.º 1 no es prueba de inconsistencias, sino, más bien, simplemente refleja un proceso normal de negociación. Según afirma la Demandada, las propuestas del MTC fueron hechas de buena fe en el transcurso de las negociaciones con Kuntur Wasi y en última instancia llevaron a un acuerdo celebrado libremente sobre una de tales propuestas[818]. Y en cualquier caso, aun si las entidades peruanas hubiesen actuado en forma inconsistente, las Partes acordaron los términos de la Adenda N.º 1, lo que demuestra que las Demandantes no sufrieron daño alguno[819].

iii. Contradicciones en relación con la Adenda N.º 1 y la posterior resolución del Contrato de Concesión

643. La Demandada no niega que varias entidades peruanas, entre ellas, el MTC y el Presidente de Perú, apoyaron la nueva estructura financiera de la Adenda N.º 1, con la esperanza de

[815] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 256.
[816] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 257.
[817] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 258.
[818] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 259.
[819] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 259, 260.

sacar adelante el Proyecto. Sin embargo, la Demandada explica que, posteriormente, la Contraloría determinó —en el ámbito de su autoridad en virtud de la legislación peruana— que la Adenda N.º 1 infringía la legislación peruana[820].

644. Según la Demandada, la Contraloría llegó a esta conclusión actuando en su singular calidad de defensora de la salud fiscal del Estado, encargada de revisar si las acciones del Estado preservan el erario peruano[821]. En tal carácter, la Contraloría determinó que la Adenda N.º 1 infringía la ley peruana de contratación pública y suponía un riesgo de perjuicio significativo para Perú. La Demandada explica, asimismo, que el MTC debía por ley seguir las recomendaciones de la Contraloría, y que su personal podía enfrentar sanciones oficiales si desobedecía a la Contraloría, así como incurrir en responsabilidad penal personal[822]. Según la Demandada, la legítima diferencia de opiniones entre entidades estatales debidamente autorizadas (a saber, el MTC y la Contraloría) no desencadena una violación de la disposición del TJE del TBI[823].

645. Por último, la Demandada tampoco está de acuerdo con las Demandantes respecto de que ciertas declaraciones —a diferencia de los actos de Estado— obliguen al Estado peruano. En particular, el argumento de la Demandada es que las declaraciones públicas realizadas por el Presidente Kuczynski, así como por el Ministro Vizcarra y un video que difundió el MTC no son actos de Estado que puedan constituir la base de una reclamación de TJE[824].

iv. Contradicciones en relación con la existencia de razones de interés público que justifiquen la resolución del Contrato

646. La Demandada sostiene que no hubo contradicción alguna cuando en un principio declaró que era en atención al interés público continuar con el Proyecto mediante la Adenda N.º 1 y posteriormente declaró que el Estado debía resolver el Contrato de Concesión en atención al interés público. En todo momento, Perú trabajó de buena fe para intentar completar el Proyecto lo antes posible y a un costo razonable para el erario peruano. Ello fue tanto el

[820] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 261, 264.
[821] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 262.
[822] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 263.
[823] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 264.
[824] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 265.

motivo por el cual el MTC intentó alcanzar una solución negociada con las Demandantes para completar el Proyecto, como también el motivo por el cual resolvió el Contrato de Concesión luego del informe de la Contraloría de mayo de 2017[825]. Para ese momento, era evidente que el MTC ya no creía que las Demandantes tuvieran la capacidad de completar el Proyecto (porque Kuntur Wasi todavía tenía que obtener el financiamiento para el Proyecto luego de transcurridos tres años)[826].

v. Contradicciones en relación con el Trato Directo

647. Por último, según la Demandada, no había contradicción alguna en solicitar que Kuntur Wasi devolviera el área de Concesión a Perú y, al mismo tiempo, seguir negociando con Kuntur Wasi. La Demandada sostiene que el MTC tenía derecho a recuperar las tierras tan pronto como se resolviera el Contrato de Concesión en virtud de la Cláusula 15.8.1. Contrariamente a lo que afirman las Demandantes, en enero de 2018, cuando se resolvió el Contrato, y el MTC solicitó la devolución del área de Concesión, la resolución no estaba sujeta a un procedimiento arbitral (situación que en virtud de la Cláusula 15.8.7 habría suspendido los efectos de la resolución hasta que se dictara un laudo)[827].

648. Además, no había ningún obstáculo para continuar las conversaciones después de que Kuntur Wasi devolviera el terreno porque las negociaciones en ese momento eran sobre la compensación por la resolución unilateral; no eran negociaciones para revisar el Contrato[828].

(c) Conducta arbitraria e injustificada

649. Con fundamento en el estándar aplicable a las medidas injustificadas en *EDF c. Rumania* ―caso que las propias Demandantes adoptan― la Demandada afirma que para probar que ciertas medidas injustificadas perjudicaron la inversión de las Demandantes, debe aplicarse un "umbral elevado" que requiere que las Demandantes demuestren, como mínimo, que las medidas identificadas no atendieron "ningún propósito legítimo aparente"; "no se

[825] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 266.
[826] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 267.
[827] Dúplica de la Demandada, párr. 370.
[828] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 268.

basaron en normas legales"; "se tomaron por razones que difieren de las expuestas por quien tomó la decisión"; o "se tomaron haciendo caso omiso deliberadamente del debido proceso"[829]. En cuanto al término "arbitraria", la Demandada afirma que el umbral es similar, y requiere prueba de que los actos son "contrarios a derecho"; constituyen un "distanciamiento voluntario del debido proceso, un acto que impresiona, o al menos sorprende, a la noción de lo jurídicamente apropiado"[830], o demuestra "una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto"[831]. En opinión de la Demandada, determinar si una acción es arbitraria no implica juzgar si una medida es la "mejor respuesta" para lograr una política, sino si la medida evidencia una "manifiesta impropiedad y plantea interrogantes sobre la adhesión de Perú al propio «estado de derecho»".[832]

650. La Demandada afirma que el fundamento de ambos reclamos de las Demandantes por violación del Artículo (2)3 del TBI es que Perú resolvió el Contrato de Concesión sin razón de interés público apropiada[833]. En opinión de la Demandada, el MTC resolvió el Contrato de Concesión de conformidad con las disposiciones expresas del Contrato y por una razón de interés público. Dado que el MTC se limitó a ejercer su derecho contractual de resolver el Contrato de Concesión, dicha resolución no puede constituir una violación del TBI[834].

651. A la luz de los hechos del caso, la Demandada argumenta que las alegaciones de las Demandantes de que Perú actuó de manera arbitraria e injustificada fracasan por la sencilla razón de que el MTC justificó precisamente la resolución del Contrato de Concesión en el interés público[835]. En particular, la Demandada sostiene que el MTC resolvió el Contrato de Concesión porque había perdido la fe en que Kuntur Wasi pudiera en algún momento

[829] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 270, 271, donde se cita el **Anexo CL-83**, *EDF c. Rumania*, párr. 303. [Traducción del Tribunal]

[830] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 272, donde se cita el **Anexo CL-78**, *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/15, Laudo, párr. 319.

[831] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 272, donde se cita el **Anexo RL-34**, *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párr. 293.

[832] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 273. [Traducción del Tribunal]

[833] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 269.

[834] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 238.

[835] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 274.

iniciar, y mucho menos completar, la construcción del nuevo Aeropuerto Chinchero. Según la Demandada, después de que Contraloría emitiera su informe de 2017, las Partes entablaron negociaciones una vez más para sacar adelante el Proyecto y acordaron, el 1 de junio de 2017, los parámetros para una nueva estructura de financiación. También acordaron que si no se podía llegar a un acuerdo en los términos propuestos, las Partes rescindirían el Contrato conjuntamente, de mutuo acuerdo. Sin embargo, el punto de quiebre se produjo cuando, en conversaciones posteriores, el Sr. Vargas informó al Ministro Giuffra que necesitaría al menos otros seis meses para obtener la financiación necesaria para proceder a la construcción. Esto indicó al MTC que era inevitable que se produjeran retrasos adicionales y también hizo que el MTC perdiera la confianza en que Kuntur Wasi podría obtener la financiación necesaria y completar el Proyecto[836].

652. Así, según la Demandada, dado que el Aeropuerto Chinchero era un importante proyecto de interés público, los continuos retrasos y la falta de confiabilidad de Kuntur Wasi se habían vuelto intolerables. En consecuencia, después de haber solicitado la confirmación de las divisiones pertinentes del MTC y del MINCETUR, Perú ejerció su derecho contractual de resolver el Contrato de Concesión por razones de interés público[837]. Para la Demandada, los informes del MTC y del MINCETUR respaldaban la decisión de Perú de resolver porque reiteraban el interés público en la construcción del Aeropuerto, que, en opinión del MTC, ya no podía lograrse con Kuntur Wasi[838]. El Sr. Giuffra afirma, asimismo, que recibió asesoramiento jurídico de un abogado externo que confirmó que el Contrato podía resolverse por este motivo[839].

653. La Demandada alega además que la comunicación enviada por el MTC a Kuntur Wasi el 13 de julio de 2017 proporcionaba los motivos de la resolución con suficiente detalle, a saber, que el MTC necesitaba construir el Aeropuerto Chinchero, de alta prioridad, y no creía que Kuntur Wasi fuera capaz de completar el Proyecto.[840] Además, si bien es cierto que la explicación de los motivos para la resolución se resume brevemente en la carta,

[836] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 274-276; Dúplica de la Demandada, párr. 390.
[837] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 277, 278.
[838] Dúplica de la Demandada, párr. 396.
[839] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 278.
[840] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 279; Dúplica de la Demandada, párr. 392.

según la Demandada, el Ministro Giuffra ya había transmitido el mismo mensaje al Sr. Vargas durante las reuniones de mayo y junio de 2017, en las que explicó que si las Partes no podían llegar a un acuerdo sobre las condiciones de la financiación, el Contrato tendría que rescindirse de mutuo acuerdo[841].

654. En respuesta al argumento de las Demandantes de que el propio Ministro Vizcarra había declarado que no existían razones de interés público para resolver el Contrato de Concesión, la Demandada alega que poco después de esas declaraciones, la Contraloría emitió un informe en el que declaraba que la Adenda N.º 1 violaba la legislación peruana. Esto, junto con el hecho de que las Partes no podían renegociar la cuestión de la financiación (y la historia del Proyecto, que había estado plagado de retrasos), llevó al Ministro Giuffra a resolver el Contrato, a pesar de defender el mismo interés público en el Proyecto que el Ministro Vizcarra[842].

(d) Expectativas legítimas

655. Finalmente, la Demandada también argumenta que el reclamo de las Demandantes por violación de expectativas legítimas debe fracasar porque las Demandantes no han probado qué expectativas específicas y objetivamente razonables desarrollaron, ni cómo ni cuándo las Demandantes se basaron directamente en esas expectativas para realizar su inversión[843].

656. Según la Demandada, para que prospere un reclamo por violación de expectativas legítimas, las Demandantes tendrían que probar que las expectativas básicas (es decir, aquellas que fueron fundamentales para tomar la decisión de invertir) fueron tenidas en cuenta por el inversor extranjero para realizar la inversión[844]; que esas expectativas eran legítimas y razonables; y que deben tener cierto grado de especificidad[845].

657. La Demandada afirma que, aunque las Demandantes identifican una serie de leyes, reglamentaciones, decretos, informes, declaraciones públicas, así como el Contrato de

[841] Dúplica de la Demandada, párr. 392.
[842] Dúplica de la Demandada, párrs. 393, 395.
[843] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 281.
[844] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 282.
[845] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 285; Dúplica de la Demandada, párrs. 406 y ss.

Concesión y el Contrato de Garantía como fuentes de sus expectativas, sólo identifican dos expectativas específicas: (i) que Perú resolvería unilateralmente el Contrato de Concesión únicamente por razones de interés público; y (ii) que las Demandantes lograrían la construcción y operación del Aeropuerto Chinchero[846].

658. La Demandada admite que la primera de estas expectativas puede considerarse razonable y legítima porque se basa en el texto del propio Contrato de Concesión. Sin embargo, según la Demandada, la reclamación de las Demandantes fracasa porque Perú nunca violó esta expectativa ya que, como se explicó anteriormente, el Contrato de Concesión fue resuelto por una razón específica de interés público[847].

659. En cuanto a la segunda expectativa, la Demandada argumenta que no era ni razonable ni legítima. Según la Demandada, si las Demandantes pueden reclamar por una "expectativa" de que su proyecto tendrá necesariamente éxito, entonces cualquier acción gubernamental que cree una barrera a ese éxito constituirá automáticamente una violación de su "expectativa" de éxito del proyecto[848].

660. Además, la Demandada argumenta que las Demandantes no presentan ningún documento que evalúe cómo interpretaron o desarrollaron esta supuesta expectativa antes de invertir en Perú. En opinión de la Demandada, el Contrato de Concesión no podía crear la expectativa legítima de que las Demandantes podrían construir el Aeropuerto, ya que el Contrato indicaba que era necesaria la aprobación del Estado para proceder con el Proyecto y facultaba al Estado rescindir unilateralmente el Contrato por razones de interés público[849].

661. Además, la Demandada también argumenta que el Contrato de Garantía no podía modificar, ni modificó, ninguna expectativa que surgiera del Contrato de Concesión, ya que el Contrato de Garantía se limitó a reafirmar las disposiciones establecidas en el

[846] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 287, 288.
[847] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 289.
[848] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 290.
[849] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 291, 292.

Contrato de Concesión, pero no creó ningún derecho adicional ni alteró las disposiciones del Contrato de Concesión que permitían al Estado rescindirlo unilateralmente[850].

662. Finalmente, la Demandada argumenta que la suscripción de la Adenda N.º 1, así como cualquier informe y declaración posterior emitidos por las autoridades peruanas que supuestamente "reforzaron" las expectativas de las Demandantes son irrelevantes porque todos ellos ocurrieron varios años después de que Kuntur Wasi invirtiera en Perú (es decir, cuando se firmó el Contrato de Concesión en 2014). Y en cualquier caso, argumenta la Demandada, ni la Adenda N.º 1 ni ninguna de esas declaraciones o informes posteriores podrían haber generado ninguna expectativa legítima, ya que si las Demandantes hubieran revisado la estructura legal peruana habrían comprendido que la Contraloría tenía facultades de supervisión únicas y legítimas que podría ejercer para revisar la Adenda N.º 1 con el fin de determinar si cumplía con la legislación peruana[851].

b. El análisis del Tribunal

(i) Artículo 2(3) del TBI

663. Las Partes están de acuerdo en que el Artículo 2(3) del TBI contiene dos disposiciones distintas, pero superpuestas: en primer lugar, la obligación positiva de proporcionar TJE a las inversiones de los inversores de la otra parte; y en segundo lugar, la obligación negativa de no dar un tratamiento injustificado o discriminatorio a dichas inversiones.

664. También están de acuerdo en que estas dos obligaciones se superponen, de modo que la conducta que cumple con la obligación positiva probablemente también cumplirá con la obligación negativa, aunque lo inverso no sea necesariamente el caso. Esto se debe a que los desencadenantes de la obligación negativa (conducta injustificada o discriminatoria) son más limitados que los posibles desencadenantes, al menos en opinión de las Demandantes, de la obligación positiva.

665. Las alegaciones de las Partes se han centrado principalmente en la obligación positiva, y la limitada atención que se ha dado a la obligación negativa se deriva de la idea, analizada

[850] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 293.

[851] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 294, 295.

más adelante, de que "injustificado" (en términos de la obligación negativa) y "arbitrario" (en términos de la obligación positiva) están tan estrechamente relacionados que permiten inferir que, una vez que se ha demostrado la arbitrariedad, se desprende que también se ha producido un tratamiento injustificado.

666. El Tribunal examinará en primer lugar las alegaciones de las Partes en relación con el TJE y, luego, la obligación negativa establecida en el Artículo 2(3).

(ii) La obligación positiva de proporcionar TJE

(a) El estándar de TJE del TBI

667. Las Partes difieren respecto del estándar que se debe aplicar a la obligación positiva de TJE. Para la Demandada, tal como se estableció anteriormente, el estándar del tratado es esencialmente el mismo que el estándar del **DIC** para el tratamiento de extranjeros, de conformidad con lo establecido en los casos *Genin c. Estonia* y *Waste Management II c. México*[852]. Según las Demandantes, el estándar es independiente y va más allá de un estándar mínimo.

668. El Tribunal considera que el estándar del DIC no constituye el estándar de interpretación para este tratado. El TBI no contiene disposiciones expresas en este sentido, y no se ha presentado prueba que demuestre, a diferencia de lo que sucede con el TLCAN y con otros tratados, que la intención de las partes del TBI haya sido que el estándar del DIC sea aplicable[853]. Más bien, el Tribunal considera que el enfoque apropiado para la obligación positiva del Artículo 2(3) consiste en interpretarla de conformidad con la metodología establecida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("**CVDT**").

[852] *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 241, 242 (donde se citan múltiples autoridades, en especial, **Anexo RL-23**, *Genin c. Estonia*, y **Anexo RL-25**, *Waste Management II c. México*).

[853] Cf. **Anexo CL-76**, *Azurix Corp c. Argentina* y **Anexo CL-66**, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI N.º ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (en adelante *Biwater Gauff c. Tanzania*), citados en la Réplica de las Demandantes, párrs. 597-99. El Tribunal advierte que algunas de las autoridades legales que la Demandada utiliza como fundamento, incluidos los casos *SD Myers* y *Waste Management,* son casos relativos al TLCAN en los que se aplica el Artículo 1105 de ese tratado, el cual está expresamente vinculado al estándar del DIC. Estos casos son, por ende, menos relevantes que los casos que versan sobre tratados cuyo estándar de TJE está enmarcado en términos similares a los del TBI de este caso.

669. Esta metodología se enfoca en el sentido ordinario de los términos del TBI, interpretado a la luz de su objeto y fin[854].

670. El TBI – como es habitual – no prescribe el contenido del estándar de TJE. El significado liso y llano de los términos "justo y equitativo" tampoco arroja mucha luz sobre su contenido.

671. El objeto y fin del TBI consiste en promocionar y proteger la inversión extranjera[855]. Al igual que el tratado en *Saluka*, sin embargo, este TBI también contiene terminología que apunta a intensificar la cooperación económica de las Partes Contratantes, es decir, Argentina y Perú[856]. El tribunal en *Saluka* consideró que esta terminología requiere un enfoque "más balanceado" que enfatice el rol clave que desempeñan las expectativas legítimas, un enfoque que el Tribunal encuentra persuasivo[857].

672. Aparentemente, las Partes coinciden en que el TJE es un estándar objetivo, y en que este TBI específico exige que el TJE sea proporcionado "en todo momento", pero no están del todo de acuerdo respecto de los distintos factores que pueden ser relevantes para el TJE, y difieren en cuanto al contenido de ciertos factores. Este es justamente el caso de la posición de las Demandantes respecto de la conducta inconsistente/contradictoria, la que para la Demandada no es suficiente, por sí sola, para activar el TJE. Las Partes coinciden, aparentemente, en que la arbitrariedad es relevante para el TJE así como para las expectativas legítimas, pero difieren en cuanto a la aplicación de estos elementos a los hechos del caso.

673. El Tribunal considera que los reclamos de TJE son de naturaleza esencialmente fáctica. Implican determinar si la conducta de un Estado, considerada en su totalidad, ha cruzado la línea que divide lo permisible de lo no permisible en relación con las expectativas

---

[854] CVDT, Artículo 31. Esto resulta congruente con el enfoque adoptado por diversos tribunales. *Ver, por ejemplo,* **Anexo CL-69**, *MTD c. Chile,* párrs. 112, 113; **Anexo CL-80**, *Saluka c. República Checa,* párr. 294.

[855] *Ver* **Anexo C-50,** TBI Perú-Argentina, Preámbulo: "Reconociendo que la promoción y la protección de tales inversiones mediante un convenio pueden servir de estímulo a la iniciativa económica privada y a incrementar la prosperidad en ambas Naciones". *Ver también* Artículos 2(1), 2(2).

[856] *Ver* **Anexo C-50,** TBI Perú-Argentina, Preámbulo, Artículo 2.

[857] **Anexo CL-80**, *Saluka c. República Checa,* párrs. 300-302.

legítimas del inversor[858]. No se trata de que el Tribunal reemplace la política u otras decisiones del Estado por su propia decisión, sino que se trata de buscar aquellos hechos y circunstancias que permiten demostrar si se han infringido ciertos factores claves, que reflejan principios fundamentales del derecho internacional[859].

674. Tal como sostuvo el tribunal en *Philip Morris c. Uruguay*, un caso al que la Demandada recurre con énfasis:

> *Tal como han entendido los tribunales en materia de inversión, si un tratamiento en particular es justo y equitativo depende de las circunstancias de cada caso. Sobre la base de las decisiones de los tribunales en materia de inversión, las situaciones fácticas típicas han llevado a una autoridad en la materia a identificar los siguientes principios como aquellos que se engloban dentro del estándar de TJE: transparencia y protección de las expectativas legítimas de los inversores; la libertad de la coerción y el acoso; la corrección procesal y el debido proceso, y la buena fe*[860].

675. El Tribunal coincide con las Demandantes en que la mala fe, si bien es un factor muy relevante cuando está presente, no es una precondición para determinar que ha habido violación del TJE. Es decir que puede haberse determinado que un Estado actuó de buena fe y aun así haber incumplido el TJE como una cuestión de derecho.

676. Teniendo presente estas consideraciones del estándar general, el Tribunal analizará los argumentos planteados por las Demandantes y que, según alegan, implican el incumplimiento de la obligación de TJE: en primer lugar, la conducta inconsistente o contradictoria de la Demandada; en segundo lugar, la conducta arbitraria o injustificada de la Demandada; y en tercer lugar, la conducta de la Demandada que vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes.

---

[858] **Anexo CL-80**, *Saluka c. República Checa*, párr. 285.

[859] El tribunal en *MTD c. Chile* citó al Juez Schwebel respecto de la proposición siguiente: "tratamiento justo y equitativo" es "una norma amplia y generalmente aceptada que abarca criterios fundamentales tales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad" (**Anexo CL-69**, *MTD c. Chile*, párr. 104).

[860] **Anexo RL-27**, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016 (en adelante *Philip Morris c. Uruguay*), párr. 320.

(b) Las supuestas violaciones del TJE

i. Inconsistencia/conducta contradictoria

677. Como se indicó más arriba, las Partes difieren respecto de si una conducta inconsistente o contradictoria, como tal, puede constituir un incumplimiento del TJE. La Demandada sostiene que no puede, y que en la medida en que el reclamo por TJE de las Demandantes se fundamenta en este elemento, el reclamo debería fracasar desde un punto de vista jurídico[861]. La inconsistencia, sostiene, es relevante para establecer si la conducta es arbitraria o injustificable, pero la inconsistencia *per se* no infringe el TJE, y los Estados a veces pueden actuar en forma inconsistente —en especial en lo que respecta a diferentes órganos o ramas del gobierno— siempre que esa conducta no sea de naturaleza desproporcionada[862].

678. La inconsistencia, por sí sola, no siempre ha sido identificada como un elemento de TJE. El tribunal del caso *MTD c. Chile* citó favorablemente la descripción de TJE en *Tecmed*, que identificó la consistencia, junto con la transparencia y otros elementos, pero en última instancia vinculó la falta de consistencia con la arbitrariedad:

> *El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial*[863].

679. Por otra parte, el tribunal en el caso *Saluka,* una decisión frecuentemente citada, se refirió a una "inconsistencia manifiesta" en su marco inicial del estándar, que resumió tras hacer referencia al concepto de expectativas legítimas en los siguientes términos:

> *Un inversor extranjero cuyos intereses están protegidos en virtud del Tratado tiene derecho a esperar que la República Checa no actuará de manera manifiestamente inconsistente, no transparente, irrazonable (es decir, no*

[861] Dúplica de la Demandada, párrs. 325, 338.

[862] Dúplica de la Demandada, párrs. 327-337 (análisis de *Glencore* y *Philip Morris)*.

[863] **Anexo CL-69**, *MTD c. Chile,* párr. 114, donde se cita *Tec-Med,* párr. 98. *MTD c. Chile* fue un caso sobre una inconsistencia fundamental entre las aprobaciones por parte del Gobierno de inversiones extranjeras y la política chilena de uso de la tierra.

> *relacionada con una política lógica), o discriminatoria (es decir, basada en distinciones injustificables). Al aplicar este estándar, el Tribunal considerará todas las circunstancias relevantes*[864].

680. El tribunal en *Philip Morris c. Uruguay* admitió que el concepto de TJE abarcaba varios componentes, incluso aquellos reconocidos por el tribunal en *Saluka*[865]. Del mismo modo, la decisión en *Glencore c. Colombia* reconoce que la consistencia es parte de una serie de factores relevantes, entre otros: "si el Estado ha respetado los principios de debido proceso, consistencia y transparencia al adoptar las medidas en cuestión"[866].

681. Si bien la cuestión no está libre de duda, el Tribunal acepta que al menos en algunas circunstancias, la inconsistencia como cuestión legal puede constituir un componente distinto del TJE independiente de la arbitrariedad, como se desarrollará más adelante.

682. Sin embargo, el Tribunal no considera que los hechos que se alegan que demuestran inconsistencia, constituyan una violación del Artículo 2(3), primera oración, del TBI. Las Demandantes presentan múltiples argumentos sobre la inconsistencia en el contexto del TJE, centrándose en lo que caracterizan como los seis "episodios" que reflejan un tratamiento inconsistente. El Tribunal se referirá en primer término a los tres episodios no relacionados con la resolución, y luego analizará los episodios relacionados con la resolución.

683. *Propuesta de EGP.* En primer lugar, en lo que se refiere a las supuestas inconsistencias/contradicciones respecto de la propuesta de EGP de Kuntur Wasi, el Tribunal coincide con la Demandada en que las diferentes opiniones de OSITRAN, Contraloría y el MTC no reflejan la clase de inconsistencia que activa la responsabilidad internacional. El Tribunal considera que los distintos mandatos de los diversos organismos del Estado —y, en especial, la amplia discrecionalidad aparentemente atribuida al MTC para determinar si el EGP ocasionaría un perjuicio económico para Perú— explican las

[864] **Anexo CL-80**, *Saluka c. República Checa,* párr. 309. [Traducción del Tribunal]

[865] **Anexo RL-27**, *Philip Morris c. Uruguay*, párr. 324: "El Tribunal concuerda en que varios de los aspectos de la conducta del Estado mencionados supra indican una violación al estándar de TJE".

[866] **Anexo RL-26**, *Glencore c. Colombia*, párr. 1310. [Traducción del Tribunal]. *Ver también* **Anexo CL- 79,** *PSEG Global c. Turquía*, párr. 240.

diferentes posturas adoptadas por estas autoridades. Las Demandantes no han demostrado que haya habido una falta de aplicación de las normas relevantes o un abuso de autoridad, ni un requerimiento bajo el derecho peruano por el cual un organismo deba adoptar la postura de otra autoridad. El Tribunal concuerda entonces con las autoridades que han concluido que las diferentes opiniones de distintos organismos del Estado al aplicar un marco legal preexistente no constituyen fundamento para establecer que se ha producido una violación del TJE[867].

684. El análisis del tribunal en el caso *Glencore c. Colombia* es especialmente pertinente en cuanto a la diferenciación entre los actos que simplemente reflejan la diversidad normal de opiniones dentro de un gobierno y aquellos que llegan a un nivel problemático de inconsistencia:

> *1419. El Tribunal coincide con las Demandantes en que un inversor puede legítimamente esperar que las diferentes ramas del gobierno no tomarán medidas inconsistentes que afecten la inversión: un organismo del gobierno no debería tomar una decisión que contradiga la decisión previa tomada por ese mismo organismo o por otro, en tanto actúe dentro de la misma esfera de poder, sobre la que se basó el inversor, causando así un daño al inversor. Esto es parte del significado central del estándar de TJE.*
>
> *1420. No obstante, no hay inconsistencia ni incumplimiento de expectativas legítimas cuando el segundo organismo, al aplicar criterios legales substantivos establecidos en un marco legal preexistente, toma una decisión que difiere de aquella tomada previamente por otro organismo. El motivo es simple: El Estado-Nación moderno típicamente confiere a distintos organismos responsabilidades y objetivos legales y de política diferentes[868]. [Énfasis agregado]*

685. En cualquier caso, el Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que cualquier inconsistencia, al menos en relación *con* este "episodio" considerado por sí solo [869], fue

[867] *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 244-253 y los casos allí citados.

[868] **Anexo RL-26**, *Glencore c. Colombia*, párrs. 1419, 1420. [Traducción del Tribunal]

[869] No obstante, es posible que aún sea relevante cuando se consideran todos los hechos y circunstancias.

anulada por el acuerdo final de las Partes en la Adenda N.º 1, que estableció un esquema de financiación sustancialmente diferente para el Proyecto.

686. *Negociación de la Adenda N.º 1.* En segundo lugar, en cuanto a la supuesta inconsistencia en la negociación de la Adenda N.º 1, el Tribunal también está de acuerdo con la Demandada respecto de que los hechos no involucran el TJE. El hecho de que el MTC, en el transcurso de las negociaciones, se haya negado a aplicar un enfoque sugerido por otros organismos del Gobierno de Perú no constituye la clase de inconsistencia que resultaría violatoria de la obligación de TJE. Como se advirtió anteriormente, la diversidad de opiniones entre los distintos organismos de gobierno que funcionan de acuerdo con distintos mandatos no es *ipso facto* problemática, esto es especialmente cierto en el contexto de los intercambios que se producen durante las negociaciones, donde en general nada es vinculante hasta que se llegue al acuerdo definitivo. A menos que haya prueba de mala fe, lo cual no se alegó en este caso, imponer un estándar tan rígido sobre el accionar de un Estado en este contexto, limitaría el funcionamiento de las diversas reparticiones de gobierno. El Tribunal también está de acuerdo con la Demandada en que el hecho de que las Partes finalmente llegaran a un acuerdo sobre los términos de la Adenda N.º 1 efectivamente anula esta cuestión, al menos en términos de este "episodio" específico.

687. *Trato Directo.* En tercer lugar, para el Tribunal no hay inconsistencia en la conducta del Estado durante *el* período de Trato Directo*,* incluida su solicitud de extensión del plazo a fines de 2017. El Estado había decidido resolver el Contrato de Concesión, y dicha resolución naturalmente llevaría al retiro de la Concesión. Tal como sostiene la Demandada en la Dúplica, en ese momento, todavía no se había iniciado ningún procedimiento de arbitraje; en consecuencia, la Cláusula 15.8.7 del Contrato de Concesión no se había activado[870]. Es más, mientras que el período de Trato Directo en virtud de la Cláusula 16.5 del Contrato apunta a que las Partes intenten resolver las disputas sin recurrir a procesos legales, pareciera que las negociaciones se enfocaron en la cuestión de la compensación, y la posibilidad de revertir la resolución no fue un tema de discusión[871].

[870] *Ver* Dúplica de la Demandada, párr. 292.

[871] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 268.

688. Asimismo, incluso si las Demandantes aciertan respecto de que la resolución aún no había surtido efectos, y por lo tanto el Contrato de Concesión todavía se encontraba vigente cuando Perú solicitó la devolución del área de Concesión como una cuestión técnica, una solicitud anticipada de restitución de los terrenos, aun cuando no esté justificada contractualmente, no involucra, en opinión del Tribunal, una cuestión de TJE. El Estado no estaba obligado en virtud del derecho internacional a abstenerse de tomar medidas para recuperar el área de Concesión durante el período de Trato Directo[872].

689. Las acciones de Perú al dar por terminado el período de Trato Directo en enero de 2018, poco después de haber solicitado una prórroga, tampoco reflejan el tipo de conducta que involucraría una cuestión de TJE. Los acontecimientos que se produjeron entre medio (incluso en relación con la devolución) bien podrían haberlo convencido de que, contrariamente a su opinión anterior, la continuación del Trato Directo no sería fructífera.

690. *Resolución.* Los tres argumentos relacionados con la resolución se centran en lo siguiente: (1) la presunta contradicción entre la decisión de resolver y la celebración de la Adenda N.º 1; (2) la presunta tensión entre los argumentos de interés público que respaldan la Adenda N.º 1 y los que respaldan la resolución; y (3) la presunta contradicción en el procedimiento para resolver el Contrato de Concesión, durante el cual varios funcionarios se contradijeron a sí mismos y contradijeron a otros respecto del Contrato.

691. Se afirma que todos estos "episodios" estan fundados en el interés público. Pero en opinión del Tribunal, el interés público de construir el aeropuerto de forma prioritaria[873] no lleva

[872] Al mismo tiempo, inició consultas amistosas en virtud del Artículo 10 del TBI. La misma observación se aplica a dichas consultas.

[873] **Anexo CL-93**, la Ley 27.528, Artículo 2, declaró que era: "… de necesidad y utilidad pública y de la más alta prioridad para el Estado el Proyecto Especial Aeropuerto Internacional de Chinchero, en la provincial de Urubamba del departamento del Cusco". El Decreto de Urgencia N.º 039-2010, del 9 de junio de 2010, identificó una serie de proyectos, entre los que se incluye el Aeropuerto Chinchero, como "de necesidad nacional y de ejecución prioritaria" para ese año. (**Anexo CL-6**, Decreto de Urgencia N.º 039-2010, 9 de junio de 2010). Distintos anuncios de PROINVERSION lo reflejan, incluida la Convocatoria del 31 de agosto de 2010 (**Anexo C-015**) y el Acuerdo N.º 357-01-2010 (**Anexo C-164**). El Contrato de Concesión, en uno de sus antecedentes, establece lo siguiente: "De acuerdo a lo señalado en la misma norma se declaró de necesidad y utilidad pública y de la más alta prioridad para el Estado, el Proyecto Especial Aeropuerto Internacional de Chinchero, en la provincia de Urubamba del departamento del Cusco". (**Anexo C-4**, Contrato de Concesión, pág. 4, segundo párrafo). Las autoridades antes citadas demuestran claramente que la construcción del aeropuerto no sólo era una cuestión de interés público, sino que se consideraba un proyecto prioritario para el Estado.

muy lejos en relación con las decisiones y acciones del Estado respecto de la Concesión. El Tribunal coincide con la Demandada en que el interés público general y abarcador no significa que el Estado no pueda tomar las medidas que considere adecuadas para tratar determinados asuntos con un concesionario, incluso si ello ralentiza el Proyecto[874]. A pesar de su carácter prioritario, que implica un esfuerzo por completar el Proyecto lo antes posible, el Estado debe determinar qué medidas en un momento dado se ajustan mejor al interés público general. Al Tribunal no le parece contradictorio que en un momento dado el Estado pueda considerar de buena fe que proceder con una modificación contractual para llevar adelante un contrato de concesión es la conducta que mejor promueve el interés público, mientras que en un momento posterior pueda concluir lo contrario y, de hecho, que la rescisión de ese mismo contrato pueda ser la conducta que mejor atienda ese interés sobre la base de todos los hechos y circunstancias en ese momento posterior.

692. Sin duda, en este caso, esos dos momentos se sucedieron muy de cerca, especialmente dada la defensa, entre medio, de la Adenda por funcionarios públicos; y el momento así como lo repentino de la decisión de resolver generan dudas por sí mismos. Pero las dudas que plantean para el Tribunal son si la decisión de resolver fue arbitraria o injustificada teniendo en cuenta todos los hechos y las circunstancias; si la razón de interés público para la resolución, en vista de todo lo que había sucedido antes, estaba suficientemente acreditada. En otras palabras, en opinión del Tribunal, no es la supuesta naturaleza contradictoria de las dos decisiones (y los actos que se produjeron entre medio respaldando la continuidad) lo que se debe analizar desde la perspectiva del TJE, sino más bien el fundamento de la decisión de resolución, incluido el papel desempeñado por el informe de la Contraloría relativo a la Adenda N.º 1. Por lo tanto, el Tribunal concluye que los alegados episodios de conducta contradictoria de Perú no involucran una cuestión de TJE. Este segundo conjunto de "episodios" se analizará en la sección subsiguiente sobre arbitrariedad, que, en opinión del Tribunal, es la cuestión más relevante que se debe considerar en relación con esta conducta.

[874] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 267.

ii. Conducta arbitraria o injustificada

693. El segundo fundamento en el que se basan las Demandantes para justificar su opinión respecto del incumplimiento de TJE es la conducta arbitraria o injustificada. En este caso, se centran en la resolución del Contrato de Concesión. En su opinión, la arbitrariedad queda demostrada por las contradicciones entre las declaraciones pronunciadas por el Ministro Vizcarra ante el Congreso poco antes de la resolución, la falta de razonabilidad del oficio de resolución y la ausencia de opiniones técnicas que justificaran la resolución, así como la falta de una razón de interés público válida que justificara la resolución.

694. La Demandada se basa en el hecho de que el oficio de resolución hacía referencia al interés público como justificación de la medida, así como en las pruebas sobre la "pérdida de confianza" en Kuntur Wasi, que llevó al Ministro Giuffra a concluir que no podría completar el Proyecto. Asimismo, la Demandada se basa en su derecho contractual de resolución.

695. Las Partes concuerdan en que la arbitrariedad es un factor pertinente a la hora de evaluar si el *tratamiento* dado a una inversión extranjera es justo y equitativo. Asimismo, coinciden en que los términos "arbitrario", "irrazonable" e "injustificado" son esencialmente sinónimos[875].

696. Concuerdan con el estándar de arbitrariedad formulado por el profesor Schreuer y descripto por el tribunal del caso *EDF*, que comprende cuatro categorías:

> *[1] una medida que inflige daño al inversor sin servir a ningún propósito legítimo aparente;*
>
> *[2] una medida que no se basa en estándares legales, sino en discreción, prejuicio o preferencia personal;*
>
> *[3] una medida tomada por razones que son diferentes de las presentadas por el tomador de decisiones;*
>
> *[4] una medida tomada sin tener en cuenta el debido proceso y el*

[875] Réplica de las Demandantes, párr. 695; Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 271, 272; Dúplica de la Demandada, párrs. 381, 383.

procedimiento adecuado[876].

697. A pesar de este aparente acuerdo con respecto al estándar pertinente, la Demandada solicita que se aplique un estándar de prueba más alto para la arbitrariedad que el que parecieran aceptar las Demandantes[877]. En opinión del Tribunal, cuando se considera a la arbitrariedad como una cuestión de fondo —y no simplemente como una cuestión de forma— los aspectos principales que hay que analizar son: el motivo subyacente de la conducta o medida en cuestión, y si dicho motivo resulta suficiente teniendo en cuenta la importancia de la conducta o medida. Si la decisión implica un giro de 180° con respecto a las posturas previas (es decir, si puede argumentarse que es incongruente), si es muy significativa, y si la cuestión es de gran interés público, son todas circunstancias que influyen en el intento de demostrar que una medida tomada por el Gobierno no es arbitraria y que cuenta con la fundamentación suficiente. No se trata simplemente de lo que requiere o no la ley local, aunque esta puede tenerse en cuenta en el análisis, dependiendo de los requisitos de la conducta en cuestión. El Tribunal considera que, cuando se discute un concepto como el de la arbitrariedad, es más importante la claridad de la prueba que demuestre el fundamento de la decisión que si se debe cumplir un estándar alto o bajo.

698. En lo que respecta al presente caso, el Tribunal ya ha expresado que, en su opinión, la cuestión del interés público (el fundamento de la resolución en este caso) tiene más matices que la simple invocación de la política general a favor de la construcción del aeropuerto como prioridad nacional. Si bien la existencia de dicha política quedó claramente demostrada, no es suficiente para abordar las cuestiones planteadas ante este Tribunal. Siguiendo una lógica extrema, implicaría que la resolución de un contrato celebrado con un concesionario para la construcción de un proyecto que revistiera el mismo carácter de interés público y la misma prioridad no podría justificarse en ningún caso ya que, inevitablemente, retrasaría el proyecto y se requerirían recursos adicionales para completarlo. Esa postura no puede ser correcta.

[876] **Anexo CL-83**, *EDF c. Rumania*, párr. 303.

[877] *Ver* Réplica de las Demandantes, párrs. 695 y ss.

699. Asimismo, en el presente caso, el Contrato de Concesión permitía la resolución por "razones de interés público debidamente fundadas". Independientemente del significado de la expresión "debidamente fundadas" en el derecho peruano, el lenguaje llano de esta disposición demuestra claramente que, en lo que respecta a la resolución, la cuestión de interés público debe tener más matices. El argumento de las Demandantes de que el mismo interés público no puede justificar tanto la continuación del Contrato bajo los términos de la Adenda N.º 1 como su resolución también ilustra claramente este punto[878].

700. Dadas las complicaciones que podría causar la resolución (por ejemplo, un nuevo concurso o, como mínimo, la adjudicación de un nuevo contrato a otro concesionario, lo cual llevaría tiempo e implicaría que el Estado tendría que incurrir en costos adicionales), el Tribunal considera evidente que el Estado, al ejercer su derecho de resolución, debe poder demostrar que tenía un fundamento para tomar dicha medida; en caso contrario, el Estado sería libre de actuar de forma arbitraria.

701. El Tribunal, en su análisis contractual, ha concluido que, incluso si se asumiera que los términos del Contrato sobre resolución unilateral únicamente exigían una razón real de interés público para que el MTC pueda resolver unilateralmente[879], desde el punto de vista del derecho internacional, la cuestión es algo diferente. Como cuestión de fondo, se debe demostrar que la acción atiende un propósito legítimo, que se basa en estándares legales y no en meros caprichos o pretextos, y que las razones esgrimidas son congruentes con las razones reales[880]. Dicho de otro modo, el Estado debe poder demostrar la justificación de la resolución, y no fundamentarla en argumentos no verificados, de modo tal que el Tribunal pueda comprender que la justificación cumple este estándar.

702. Esta necesidad adquiere incluso más relevancia en el contexto de un proyecto sobre el cual el mismo Estado ha expresado un fuerte interés público en continuarlo como prioridad, y respecto del cual los hechos indican un cambio de opinión significativo y reciente por parte de las autoridades gubernamentales pertinentes con relación a su rumbo. El Tribunal

[878] Memorial de las Demandantes, párrs. 506-08.

[879] *Ver*, por ejemplo, párr. 360 supra.

[880] Cf. **Anexo CL-83**, *EDF c. Rumania*. *Ver supra,* párr. 696.

considera que, cuanto más significativo y reciente es el cambio de opinión, más relevancia adquiere la justificación de por qué el requisito de interés público se satisface con el curso de acción que el Estado decidió tomar, en particular cuando la decisión acarrea el tipo de consecuencias significativas que implica la resolución de un contrato de concesión celebrado por un plazo de 40 años.

703. El Tribunal considera que, en este procedimiento, no se han presentado pruebas satisfactorias de dicha justificación. En este caso, la notificación de resolución no explicaba la justificación de la resolución del Contrato de Concesión. Si bien hace referencia al interés público y la expresión "más acorde" sugiere que el Gobierno tomó la decisión de resolver el Contrato de Concesión tras haber evaluado las distintas opciones e intereses, dicha notificación carece de argumentos verificados. No explica qué factores fueron tenidos en cuenta al realizar la evaluación ni cuál es la principal justificación de la resolución. Por lo tanto, da lugar a la acusación de que la decisión fue, de hecho, arbitraria, irrazonable e injustificada. Si bien es posible que los documentos del Gobierno de ese entonces hayan clarificado cómo se llegó a tomar esta decisión, dichos documentos, si es que existen, no obran en el expediente del presente caso. Asimismo, los informes emitidos por los organismos en relación con el oficio de resolución no vienen al caso, ya que únicamente mencionan el interés público en la construcción del Aeropuerto y no en la resolución del Contrato de Concesión.

704. Existen muchos otros factores y circunstancias que condujeron a la resolución unilateral del Gobierno que no disipan esta cuestión, sino que la agravan:

(i) La Adenda N.° 1, que se acordó tan solo unos meses antes, no solo reflejaba un rumbo diametralmente opuesto del Proyecto, sino que indicaba que el principal problema que había obstaculizado el progreso del Proyecto —el financiamiento— se había solucionado. En este sentido, cabe destacar que la Adenda N.° 1, si bien simplificaba en gran medida el esquema financiero del Proyecto, requería que se solucionaran ciertas cuestiones financieras, un punto que el Tribunal retomará más adelante. A diferencia del proceso relativo a la resolución, el proceso de negociación de la Adenda No. 1 también reflejaba un proceso deliberativo y bien

documentado del Gobierno, que contó con la contribución de múltiples organismos antes de la aprobación de la Adenda, lo que posibilitaba comprender el fundamento de interés público de la decisión.

(ii) Las declaraciones públicas de los funcionarios del Poder Ejecutivo en apoyo al Proyecto pronunciadas con anterioridad a la resolución, incluido el Presidente del país de ese entonces, también indicaban que el interés público radicaba en la continuación del contrato vigente. Este es el verdadero punto importante de las declaraciones: no la cuestión de si son vinculantes o no, sobre la que las Partes se han explayado extensamente, sino que enfatizan el gran interés público en continuar con el Contrato de Concesión. En este caso, así como la Adenda N.° 1, todas las declaraciones eran relativamente recientes: algunas habían sido pronunciadas tan solo unos días antes de que el Ministro Giuffra anunciara la decisión de resolución el 4 de junio.

(iii) Ni la declaración del Ministro Giuffra del 4 de junio ni la Hoja de Ruta del 1 de junio —cuya relevancia es muy controvertida— pusieron sobre la mesa la resolución unilateral ejercida por el Gobierno. Más bien, la Hoja de Ruta del 1 de junio contenía dos alternativas: la renegociación o la resolución mutua, mientras que, según la declaración del 4 de junio, había acuerdo mutuo; como puede observarse, ambas distan bastante de la resolución unilateral que finalmente tuvo lugar en julio.

705. El Tribunal ya ha analizado, en su análisis contractual, el motivo de resolución manifestado por la Demandada —es decir, la conclusión del Ministro Giuffra de que Kuntur Wasi no podía continuar con el Proyecto— y determinó que era insuficiente[881]. El análisis resulta igualmente aplicable a esta sección y no será reiterado. Teniendo en cuenta la atención que se brindó a ciertas cuestiones fácticas tanto en las presentaciones escritas de las Partes como en la Audiencia y el estándar de derecho internacional que debe aplicarse, el Tribunal

[881] Sección A.(1), *supra.*

considera importante considerar en detalle los hechos que condujeron a la decisión de resolución, comenzando con el informe de la Contraloría del 19 de mayo.

706. Como ya se mencionó, el informe de la Contraloría no requería la resolución unilateral[882]. En cambio, cuestionaba la validez de la Adenda N.° 1 y, por lo tanto, la postura de "continuar". Las Demandantes sugieren que la opinión de la Contraloría obedecía a motivos políticos, mientras que la Demandada alega que era seria y que no podía ser ignorada. El Tribunal considera que la verdad se encuentra en algún punto intermedio. Las conclusiones de la Contraloría fueron rechazadas por otros organismos del Gobierno de Perú[883], y resulta difícil compatibilizar algunos de sus aspectos con los términos de la Adenda N.° 1. Asimismo, la Contraloría había opinado sobre la propuesta de EGP, y sus recomendaciones no fueron tenidas en cuenta en la Adenda. Según surge del expediente, sus opiniones no eran vinculantes, incluso aunque no tenerlas en cuenta pudiera generar riesgos para los funcionarios públicos involucrados. De hecho, el Ministro Giuffra lo admitió en la declaración testimonial que prestó ante este Tribunal en la Audiencia[884].

707. Lo que está claro es que el informe de la Contraloría se emitió en medio de una controversia política que estaba teniendo lugar en el país en ese momento. Esta controversia enfrentaba al Poder Ejecutivo y al Congreso y, al parecer, la Contraloría estaba de acuerdo con este último. El Ministro Vizcarra fue amenazado con una interpelación y tuvo que presentarse ante el Congreso para defender la Adenda N.° 1 y un contrato celebrado por el gobierno anterior. La investigación penal iniciada previamente se amplió a fin de incluir la posibilidad de colusión con respecto a la Adenda N.° 1.

708. Sometido a censura por parte del Congreso, el Ministro Vizcarra renunció a su cargo pocos días después de la emisión del informe de la Contraloría y sus presentaciones ante el Congreso. El día anterior a su renuncia, anunció que el Contrato con sus modificaciones

---

[882] *Ver, por ejemplo,* párrs. 379, 381 *supra.*

[883] *Ver, por ejemplo,* párr. 395 *supra;* **Anexo C-185**, Artículo periodístico publicado por la Agencia Peruana de Noticias Andina, "MEF: Adenda sobre Chinchero genera ahorro económico y no perjuicio económico", 22 de mayo de 2017; **Anexo C-120**, Clip de noticias de Buenos Días, Perú, "Vizcarra sobre Chinchero: Decidimos dejar sin efecto contrato que desde el inicio partió mal", 22 de mayo de 2017; **Anexo C-121**, Clip de Noticias de CANAL N "Viceministra Molinelli: Informe de Contraloría no tiene sustento técnico", 22 de mayo de 2017.

[884] *Ver* párr. 396 *supra.*

en virtud de la Adenda N.º 1 quedaría sin efecto. Su giro de 180° demuestra el nivel de politización del Proyecto.

709. Fue en esa coyuntura, el 25 de mayo de 2017, un día después de que se solicitara a Kuntur Wasi que aceptara extender la suspensión del Contrato[885], que Bruno Giuffra asumió como Ministro de Transporte y Comunicaciones. Transcurrieron tan solo 10 días entre ese momento y el día en que el nuevo Ministro anunció, el 4 de junio de 2017, que Kuntur Wasi no continuaría con el Proyecto y que el Contrato de Concesión sería resuelto, supuestamente por acuerdo mutuo[886].

710. Según la Demandada, el Ministro Giuffra decidió resolver el Contrato después de que Kuntur Wasi le informara que precisaría otros seis meses para obtener el financiamiento para la construcción en virtud de los términos que se estaban negociando en ese entonces, momento en el que dejó de creer que Kuntur Wasi podría completar el Proyecto en algún momento[887].

711. La única prueba de esta afirmación es la declaración testimonial prestada por el Ministro Giuffra en este procedimiento. Perú no ha presentado documentación alguna que pruebe este punto, que ha sido controvertido por las Demandantes. En su análisis contractual, el Tribunal llegó a la conclusión de que resulta innecesario pronunciarse sobre si Kuntur Wasi efectivamente realizó dicha afirmación porque considera que, incluso si lo hubiera hecho, seis meses habría sido un plazo razonable para obtener el financiamiento y no habría sido prueba de la falta de capacidad del Concesionario para completar el Proyecto[888].

712. Asimismo, el oficio del 13 de julio de 2017 del MTC por el que se resolvió unilateralmente la Concesión en virtud de la Cláusula 15.5.1 del Contrato no refleja la conclusión expresada por el Ministro Giuffra en su declaración testimonial y en la Audiencia. Las opiniones

[885] **Anexo C-79**, Oficio N.° 2118-2017-MTC/25, 24 de mayo de 2017; **Anexo C-80**, Carta N.° 075-2017-KW, 26 de mayo de 2017.

[886] **Anexo C-40**, Artículo periodístico publicado por El Comercio, "Gobierno y Kuntur Wasi acordaron resolver contrato por Chinchero, anuncia Giuffra", 4 de junio de 2017. El oficio de terminación no se emitió hasta seis semanas más tarde, el 13 de julio de 2017. **Anexo C-44**, Oficio N.° 142-2017-MTC/01, 13 de julio de 2017.

[887] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 267.

[888] *Ver* párr. 411 *supra.*

emitidas por el MTC y el MINCETUR en relación con la resolución[889] reiteran el interés público en la construcción del Aeropuerto; sin embargo, por los motivos ya explicados, no expresan el interés público en la resolución, que es la medida que requiere una justificación. Tampoco reflejan la conclusión que Giuffra manifestó en su declaración testimonial en este procedimiento.

713. El Ministro Giuffra indicó que solicitó y obtuvo asesoramiento jurídico externo sobre la resolución, pero esa documentación no se presentó como prueba en este procedimiento[890].

714. El Ministro Giuffra perfectamente pudo haber llegado a la conclusión que manifestó en su declaración testimonial, es decir, que ya no creía que Kuntur Wasi podría completar el Proyecto. Sin embargo, incluso si esa era su opinión en ese momento, la decisión de resolver el Contrato por esa razón y del modo en que se hizo fue irrazonable e injustificada por los motivos que el Tribunal ya ha explicado en la sección contractual. En primer lugar, si bien la Adenda N.° 1 simplificó el financiamiento, de todas formas lo requería. Además, a principios de junio, se estaban negociando modificaciones adicionales, incluida la reducción del plazo de la Concesión, lo que perfectamente podría haber tenido consecuencias sobre los requisitos de financiamiento del Proyecto. Habría sido irrazonable que el Estado supusiera que un esquema financiero, aunque más simple que el de PAO/FPAO, podría completarse de la noche a la mañana. Por lo tanto, la solicitud de un plazo razonable para obtener financiamiento en virtud de un esquema diferente al anterior no indicaría, en opinión del Tribunal, falta de capacidad para completar el Proyecto.

715. En segundo lugar, la decisión de resolución unilateral significó, de hecho, un cambio abrupto de postura respecto de la Hoja de Ruta del 1 de junio y el anuncio del 4 de junio

[889] **Anexo R-17**, Oficio N.° 050-2017-MINCETUR/DM-GA, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.° 016-2017/MINCETUR/VMT/DGET/DIOT, Opinión del MINCETUR respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 12 de julio de 2017; **Anexo R-18**, Memorándum N.° 0524-2017-MTC-12.08, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.° 0347-2017-MTC/12.08, Opinión del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017; **Anexo R-19**, Memorándum N.° 3410-2017-MTC/25, 13 de julio de 2017, donde se adjunta el Informe N.° 0567- 2017-MTC/25, Opinión legal del MTC respecto del interés público del Aeropuerto Chinchero, 13 de julio de 2017.

[890] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 130 (donde se afirma que "El Ministro Giuffra también solicitó asesoramiento jurídico externo e interno a fin de confirmar si los fundamentos en los que se estaba basando el MTC al considerar la terminación del Contrato eran congruentes con las disposiciones del Contrato"). [Traducción del Tribunal] La nota 241 correspondiente a este párrafo hace referencia a la declaración del Ministro Giuffra y al asesoramiento jurídico del MTC (**Anexo R-19**), pero no cita ningún asesoramiento externo.

efectuado por un nuevo ministro que había asumido el cargo en medio de una crisis política en el país. La resolución no fue ordenada en el informe de la Contraloría que, como ya se explicó, no era vinculante[891].

716. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias y el fundamento de la resolución que se comunicó de forma oficial, el Tribunal concluye que, si los motivos expresados por el Ministro Giuffra en este proceso son los motivos reales, los motivos oficiales del gobierno no lo son; por otro lado, si los motivos oficiales son los motivos reales, son inadecuados porque no explican el interés público *en la resolución del Contrato*. En cualquier caso, la postura es problemática desde el punto de vista del derecho internacional. Volviendo al criterio de arbitrariedad del caso *EDF c. Rumania* explicado anteriormente, la resolución ocasionó un daño a las Demandantes y no estuvo acompañada de una justificación suficiente; pareciera haberse basado en opiniones subjetivas más que en estándares jurídicos objetivos, y los motivos reales están en duda dadas las diferentes explicaciones brindadas en los documentos oficiales relativos a la resolución y en este proceso. Asimismo, el modo en que se tomó la decisión, a diferencia de los actos previos relacionados con el Contrato, y el hecho de que representó un cambio radical con respecto a los actos recientes generan aún más dudas respecto de la decisión de resolución.

717. Teniendo en cuenta todas las circunstancias, como corresponde para determinar si existió TJE, el Tribunal concluye que las pruebas presentadas en este proceso indican que la decisión de resolución unilateral fue arbitraria, irrazonable e injustificada.

718. Esta conclusión también aborda la postura de la Demandada de que la resolución conforme a un contrato nunca puede implicar TJE[892]. El Tribunal considera que, cuando la resolución refleja una línea de conducta arbitraria por parte del Estado y, por lo tanto, es indebida, el hecho de que se base en un derecho contractual de resolución no impide que el acto constituya un incumplimiento de TJE. Si la resolución hubiera estado debidamente

[891] *Ver* **Anexo CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párr. 166 y ss. El Tribunal observa que esta postura también parece ser congruente con el tratamiento que le dieron las Partes a la opinión de la Contraloría relativa al EGP. *Ver* párrs. 397-402 *supra.*

[892] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 238; Dúplica de la Demandada, párrs. 318-320.

justificada por los términos del Contrato, se estaría debatiendo una cuestión diferente en el presente caso; sin embargo, no lo estuvo.

719. El Tribunal considera que la decisión de resolución del presente caso, si bien se presentó como el supuesto ejercicio de un derecho contractual por parte del Estado, en realidad implicó el ejercicio de *puissance publique*. En palabras del tribunal del caso *Biwater Gauff*, en el que se basa la Demandada, no configura el "comportamiento habitual" de una contraparte contractual que fuera largamente esperado[893]. Esta situación, excepto por algunas similitudes superficiales, tampoco se asemeja a la del caso *Convial Callao*, en la que especialmente se basa la Demandada. En ese caso, las demandantes sostenían que la existencia de un derecho de resolución contractual basada en el interés público implicaba que la resolución era inherentemente el ejercicio de una prerrogativa soberana. El tribunal concluyó que no existía tal derecho inherente en el derecho peruano y que se trataba únicamente de un derecho contractual[894]. Asimismo, el tribunal concluyó que la cláusula de resolución, que era sustancialmente diferente de la cláusula del presente caso, establecía la posibilidad de resolución "[e]n cualquier momento y por razones de oportunidad, mérito o conveniencia al interés público", sin necesidad de que estuvieran "debidamente fundadas"[895].

720. Existen varios aspectos del análisis del tribunal del caso *Convial Callao* que ameritan ser destacados en este caso. Al inicio de la consideración de la cuestión, el tribunal reconoció que diferentes tribunales habían reconocido implícitamente la posibilidad de que derechos contractuales dieran lugar a la violación de un tratado internacional "cuando la violación contractual conlleva el incumplimiento de una obligación bajo el tratado" y no únicamente en el caso de tratados que contuvieran una cláusula paraguas[896].

721. El tribunal también reconoció que algunos actos que a primera vista podrían considerarse contractuales, en realidad son actos soberanos que, por lo tanto, comprometen la

[893] **Anexo CL-66**, *Biwater Gauff c. Tanzania*, párr. 492. [Traducción del Tribunal]

[894] **Anexo RL-43**, *Convial Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI N.° ARB/10/2, Laudo, 21 de mayo de 2013 (en adelante, *Convial Callao c. Perú*), párrs. 513-527.

[895] **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú*, párr. 518.

[896] **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú*, párr. 503.

responsabilidad del Estado[897]. Sin embargo, después de todo, no observó nada en la conducta del Estado que le hiciera creer que la decisión de resolución fuera algo más que el ejercicio adecuado de un derecho contractual[898]. Consideró que las afirmaciones de las demandantes respecto de las presiones políticas y las motivaciones arbitrarias no habían sido probadas[899].

722. El Tribunal está convencido de que los hechos del presente caso permiten concluir que la decisión de resolución fue soberana, incluso aunque se afirme que se tomó en el marco contractual. Como se explicó en la Sección A.(1), no se probó que la decisión haya sido tomada por razones "debidamente fundadas" como cuestión del derecho peruano, ni siquiera bajo la interpretación más limitada que hace la Demandada de dicho requisito. Asimismo, desde el punto de vista del derecho internacional, la justificación de la decisión de resolución también fue defectuosa, por lo que se concluyó que la decisión fue arbitraria. Si bien el Tribunal no ha determinado que la resolución unilateral se basó en un pretexto, tal como identificaron algunos tribunales como excepción a la regla general[900], sus conclusiones son muy similares y siguen la misma lógica.

723. La existencia del Contrato de Garantía en el presente caso también implicó que toda la autoridad del Estado respaldaba el debido cumplimiento del Contrato, como se analizará en más detalle en la próxima sección en relación con la cuestión de las expectativas legítimas. Por lo tanto, la pregunta que planteó el tribunal del caso *Vigotop* ("¿Ha salido el Estado de sus zapatos contractuales?")[901] tiene, en este caso, respuesta afirmativa.

iii. Expectativas legítimas

724. El último aspecto que debe considerarse en el análisis sobre el TJE es la cuestión de las expectativas legítimas.

---

[897] **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú,* párr. 511.

[898] **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú,* párr. 540.

[899] **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú,* párr. 544.

[900] *Ver* Dúplica de la Demandada, párrs. 451, 452 y 454 y los casos citados en dicho documento.

[901] *Ver* Réplica de las Demandantes, párrs. 796-800, **Anexo RL-45**, *Vigotop Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI N.° ARB/11/22, Laudo, 1 de octubre de 2014, párr. 328.

725. Las expectativas legítimas constituyen un factor clave en la determinación del TJE. La doctrina las considera un pilar del TJE[902], y muchas decisiones emitidas por tribunales de inversión han destacado su importancia[903].

726. La Demandada concuerda con la importancia de este factor, pero enfatiza la necesidad de razonabilidad y especificidad en lo que respecta a las expectativas[904]. El Tribunal está de acuerdo con estos puntos, pero considera que no suponen ningún obstáculo en el presente caso.

727. Las expectativas que mencionan las Demandantes se dividen en al menos dos categorías distintas: (1) las expectativas que surgen de documentos de aplicación general que respaldan la construcción del Aeropuerto como prioridad y cuestión de interés público nacional; y (2) compromisos específicos que surgen del Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía, incluida la firma de la Adenda N.° 1.

728. El Tribunal considera que el primer grupo de documentos puede contribuir a las expectativas de las Demandantes solo hasta cierto punto. Si bien son anteriores a la inversión, solamente indican que la construcción del Aeropuerto es una cuestión de fuerte interés público para Perú, a la que se debe dar prioridad. Del mismo modo que este interés público general se utiliza para justificar la resolución del Contrato únicamente en cierta medida, únicamente hasta cierto punto se puede argumentar que determina las expectativas legítimas de las Demandantes.

729. En opinión del Tribunal, tienen mucha más relevancia el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía; ambos documentos reflejan compromisos específicos por parte del Estado hacia las Demandantes y la inversión. El Tribunal acepta la afirmación de la Demandada, que se basa en los documentos del profesor Schreuer, de que no todas las disposiciones contractuales generan expectativas legítimas en un inversor extranjero y que

[902] Por ejemplo, **Anexo CL-87**, Rudolf Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, 12 Santa Clara J. INT'L L. 7, 17 (2014).

[903] Por ejemplo, **Anexo CL-80**, *Saluka c. República Checa*, **Anexo CL-91**, *Gold Reserve c. Venezuela*; **Anexo CL-9**, *Olin Holdings c. Libia*.

[904] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 282-288.

solo deben reconocerse las expectativas sobre el futuro creadas por un contrato que sean específicas y fundamentales[905].

730. No sería razonable por parte de las Demandantes esperar que el Proyecto se construiría y que en todo caso mantendrían la Concesión por el plazo total de 40 años independientemente de su ejecución contractual, de las contingencias y las aprobaciones requeridas, entre otras cuestiones. Los términos del propio Contrato contradicen tal expectativa, y, según entiende el Tribunal, las Demandantes no argumentan que tal expectativa sería legítima.

731. Sin embargo, la expectativa de que, si se resolviera el Contrato de Concesión, en particular con motivo del ejercicio del derecho de resolución unilateral por parte del Estado, dicha resolución no sería ejercitada por el Gobierno de forma arbitraria, irrazonable o injustificada, especialmente teniendo en cuenta el indiscutible interés público en la construcción prioritaria del Proyecto, sí es, en opinión del Tribunal, una expectativa legítima, sobre todo si se considera la disposición específica sobre resolución unilateral del Contrato.

732. El Contrato de Garantía refuerza esta expectativa. Aunque la Demandada ha intentado minimizar su importancia, el Contrato de Garantía es un compromiso que respalda plenamente el cumplimiento de los términos del Contrato de Concesión por parte del Estado, incluidas las cláusulas que rigen su resolución[906]. Por lo tanto, refuerza tanto las expectativas que surgen del Contrato y que son legítimas, como las relacionadas con la resolución. De hecho, según la experta legal de las Demandantes, la Dra. Quiñones, la Garantía tenía fuerza de ley y solo podía modificarse con el consentimiento del Congreso[907]. Considerar que no tenía ningún efecto en las expectativas llevaría a afirmar que la Garantía no tenía *effet utile* en absoluto. Por lo tanto, en el contexto de la resolución,

[905] *Ver* Dúplica de la Demandada, párrs. 409-412.

[906] Según la Dra. Quiñones, como consecuencia de la suscripción del Contrato de Garantía, las Cláusulas resolutorias del Contrato de Concesión también forman parte de las seguridades otorgadas al Concesionario por el Estado peruano. **CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párr. 43.

[907] Dra. Quiñones explica que, al suscribir un "contrato-ley", el Estado peruano autolimita su *ius imperium*, sujetando el cumplimiento de sus obligaciones al Derecho privado. Por lo tanto, las modificaciones unilaterales no son válidas, ni siquiera aunque las apruebe el Congreso. **CER-6**, Informe Pericial de Quiñones Alayza, párrs. 46, 47.

el Tribunal considera que el Contrato de Garantía generó una expectativa legítima, conforme a las disposiciones del TBI, de que el Concesionario sería protegido por el Estado contra una decisión de resolución por parte del MTC que no se ajustara a los términos del Contrato.

733. Por consiguiente, tanto el Contrato de Concesión como el Contrato de Garantía, en opinión del Tribunal, generaron expectativas legítimas con respecto al ejercicio adecuado del derecho de resolución. Aunque el Tribunal haya concluido que Perú no vulneró la doctrina de los *actos propios* del derecho peruano por la resolución injustificada del Contrato de Concesión (ver par. 444 *supra*), el Tribunal considera que los Demandantes adquirieron expectativas legítimas de acuerdo al TBI de que el Contrato solo se resolvería de conformidad con las condiciones de resolución establecidad por él mismo.

734. En cuanto al elemento de la confianza, no cabe duda de que las Demandantes realizaron inversiones en respuesta al Contrato de Concesión y al Contrato de Garantía al constituir Kuntur Wasi, al confeccionar el EDI y al realizar otras acciones en pos del Proyecto. Estas inversiones demuestran que las Demandantes se basaron en las expectativas legítimas generadas por esas disposiciones del Contrato de Concesión y la Garantía en lo que respecta al riesgo de resolución del Contrato.

735. Al Tribunal le queda menos claro qué expectativas legítimas, si las hubiera, podrían haber surgido de la Adenda N.° 1. Dicha adenda tuvo lugar después de la inversión inicial y, dado que el Proyecto fue suspendido por mutuo acuerdo pocas semanas después de la firma de la Adenda, es poco probable que se hayan realizado inversiones significativas en función de la misma (de hecho, no se ha probado la existencia de ninguna). Por lo tanto, las expectativas relevantes serían más generales y se remontarían al Contrato original y al Contrato de Garantía; esencialmente, consistirían en que, dado el interés público en construir el Aeropuerto de manera prioritaria, el Estado trabajaría de buena fe con el Concesionario para desarrollar un plan de financiamiento que permitiera el avance del Proyecto. Sin embargo, la Adenda no generó expectativas legítimas de que el Contrato no pudiera ser terminado unilateralmente. Si se pudiera decir que generó alguna expectativa, estaría limitada y sujeta a las disposiciones contractuales que permitían dicha resolución

en ciertas circunstancias. Por lo tanto, lo máximo que puede decirse, considerando conjuntamente el Contrato de Concesión, el Contrato de Garantía y la Adenda N.° 1, es que las Demandantes tenían expectativas legítimas de buena fe y de prudencia por parte del Estado para resolver los problemas que pudieran surgir durante el transcurso del plazo de la Concesión, incluido el esquema de financiamiento para la construcción, y de que el Estado se aseguraría de que el MTC no invocara su derecho de resolución unilateral sin una justificación adecuada, teniendo en cuenta no solo los requisitos del Contrato, sino también los contratiempos que supondría tal medida para un Proyecto cuya construcción prioritaria era de gran interés público.

736. Sin embargo, antes de llegar a una conclusión final sobre el TJE, el Tribunal debe considerar los argumentos de la Demandada con respecto a la conducta de las Demandantes. En particular, la alegación de que las Demandantes, a través de su propuesta de EGP, buscaron "burlar el concurso", en especial mediante la manipulación de la fórmula para calcular el PAO trimestral[908]. La Demandada también ha sugerido al pasar en su Memorial de Dúplica que las Demandantes no han presentado pruebas de la debida diligencia en la que basaron sus inversiones[909]. Sin embargo, las Demandantes no tienen la obligación afirmativa de demostrarlo, y esta cuestión no ha sido planteada por la Demandada como una defensa afirmativa. Por lo tanto, el Tribunal se centrará en la alegación de "burla del sistema" como posible justificación de la resolución, aunque esta cuestión tampoco ha sido planteada por la Demandada como defensa bajo el título de mala fe, el principio de falta de ética u otra teoría similar.

(c) La supuesta "burla del sistema" por parte de Kuntur Wasi

737. La alegación de "burla del sistema" se refiere a la propuesta de EGP presentada por primera vez por Kuntur Wasi ante el MTC y OSITRAN en septiembre de 2015[910], la cual fue rechazada en diciembre de 2015 por OSITRAN debido a la falta de presentación de todos

[908] *Ver, por ejemplo,* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 5, 78, 81, 96, 212; Dúplica de la Demandada, párrs. 5, 378, 464; **Anexo RD-1**, Alegato de Apertura de la Demandada, 13 de septiembre de 2021 "*Theme 1- Kuntur Wasi Tried to Game the Tender Process*", págs. 4-50; Transcripción, Día 1 (Inglés), 134:1322; 144:15-21; 145:18-22; 146:1-11; 152:7-22; 153-156:1-18.

[909] Dúplica de la Demandada, párr. 435.

[910] **Anexo R-71**, Carta N.° 246-2015-KW, 17 de septiembre de 2015.

los documentos necesarios por parte de Kuntur Wasi[911]. La propuesta fue presentada nuevamente en mayo de 2016 ante el MTC y posteriormente también ante OSITRAN[912].

738. La Demandada ha afirmado con seguridad que la propuesta de EGP sometió a ingeniería inversa la fórmula establecida en el Contrato de Concesión, para generar una variable "i" que permitía a las Demandantes trasladar a la Demandada costos que no habían tenido en cuenta en su oferta, y que no se pretendía que dichos costos fueran trasladados a la Demandada[913].

739. Es importante considerar en detalle la cronología de esta propuesta. OSITRAN aprobó la propuesta de EGP en julio de 2016, tan solo unos días antes de que asumiera un nuevo Gobierno en Perú y de que Martín Vizcarra asumiera como Ministro de Transporte y Comunicaciones[914].

740. El nuevo Gobierno solicitó informes de la Contraloría y la CAF sobre la propuesta de financiamiento de Kuntur Wasi, lo que llevó al MTC a suspender el plazo para la aprobación del EGP[915]. Contraloría emitió su informe a mediados de octubre de 2016, donde recomendó la negociación de la tasa de descuento "i"[916]. En consecuencia, Kuntur Wasi realizó propuestas modificadas congruentes con la recomendación de la Contraloría[917]. A raíz del rechazo del Estado a estas propuestas, se elaboró una contrapropuesta, la que finalmente se convirtió en la Adenda N.° 1[918].

741. Cabe destacar nuevamente que la Adenda N.° 1 modificó significativamente el concepto del apoyo financiero del Estado al Proyecto en la etapa de construcción. En lugar de pagar

[911] **Anexo R-38**, Anexo 25 a la Carta N.° 089-2016-KW, 4 de mayo de 2016.

[912] **Anexo C-20**, Oficio Circular N.° 039-16-SCD-OSITRAN, 22 de julio de 2016.

[913] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 94.

[914] **Anexo C-21,** Oficio Circular N.° 039-16-SCD-OSITRAN, 22 de julio de 2016. OSITRAN aprobó la propuesta de EGP el 20 de julio de 2016; el nuevo Gobierno, encabezado por Pedro Pablo Kuczynski, asumió el 28 de julio de 2016.

[915] **Anexo R-39**, Oficio N.° 3144-2016-MTC/25, 9 de agosto de 2016.

[916] **Anexo C-22**, Oficio N.° 4268-2016 MTC/25, 27 de octubre de 2016. El informe de CAF posterior recomendó la reducción del PAO trimestral. **Anexo C-23**, Reporte de Conclusiones y Recomendaciones, CAF, 7 de noviembre de 2016.

[917] **Anexo C-62**, Carta N.° 183-2016-KW, 28 de octubre de 2016.

[918] **Anexo C-63**, Oficio N.° 4362-2016-MTC/25, 7 de noviembre de 2016.

"cuotas trimestrales" bajo el esquema de FPAO/PAO, el Estado adelantaría el costo de la obra mediante un esquema de Pago por Obras (PPO), similar al enfoque adoptado en la etapa anterior de preparación del sitio.

742. A pesar de los problemas planteados con el EGP desde el momento en que se propuso nuevamente en mayo de 2016 hasta la finalización de la Adenda N.° 1 y su aprobación por parte de OSITRAN, el Ministerio de Economía y Finanzas, el MTC, el Consejo de Ministros y el propio Presidente[919], el Tribunal no tiene conocimiento de ninguna prueba correspondiente a este período que demuestre que alguna autoridad haya afirmado que Kuntur Wasi estaba "burlando el sistema", incluída la prueba sobre el rechazo de la propuesta de EGP por parte del MTC[920].

743. Sin duda, se hicieron críticas a la propuesta. CAF opinó que el método de cálculo utilizado por Kuntur Wasi difería de los utilizados en los mercados financieros y del entendimiento de esos mercados sobre el costo de financiamiento[921]. El MTC recogió estas críticas al rechazar la propuesta de Kuntur Wasi[922]. Por otro lado, OSITRAN concluyó que "se ajusta a las disposiciones del Contrato de Concesión"[923].

744. No obstante, lo más relevante para el Tribunal es el informe de la Contraloría en relación con la propuesta. Como se explicó anteriormente y en el análisis del Tribunal sobre estos temas en relación con los reclamos de las Demandantes en virtud del Contrato[924], el Contrato de Concesión no establecía límites para la variable "i" y no identificaba los supuestos utilizados para calcularla. También se planteó si los postores habían tenido

[919] *Ver* **Anexo C-72**, Oficio Circular N.° 006-17-SCD-OSITRAN, donde se adjunta el Acuerdo N.° 2009-607-17-CD-OSITRAN, 20 de enero de 2017; **Anexo C-73**, Informe N.° 016-2017-EF/68.01, 27 de enero de 2017; **Anexo C-74**, Video publicado por Latina Noticias, "Aeropuerto de Chinchero: Pedro Pablo Kuczynski se pronuncia tras suspensión de proyecto", 30 de enero de 2017; **Anexo C-75**, Artículo periodístico publicado por RPP NOTICIAS, Vizcarra: "PPK viajará este Viernes al Cusco para iniciar obras en Chinchero", 1 de febrero de 2017; **Anexo C-76**, Informe N.° 105-2017-MTC/25, 2 de febrero de 2017.

[920] **Anexo C-67,** Oficio N.° 4601-2016-MTC, 25 de noviembre de 2016. En su Oficio N.° 4601-2016-MTC, el MTC brindó motivos para el rechazo de la propuesta de EGP: concluyó que ocasionaría perjuicios económicos al Concedente, es decir, al Estado. El MTC no afirmó que la propuesta fuera un intento de "burlar el sistema".

[921] *Ver* párr. 153 *supra.*

[922] *Ver* párr. 156 *supra.*

[923] *Ver* párr. 143 *supra.*

[924] *Ver* párrs. 363 y ss. *supra.*

acceso a los cálculos de "i" realizados por los consultores externos de Perú, ALG, durante el concurso[925]. Posteriormente, se supo que no lo tuvieron, y que esa información era confidencial[926].

745. La falta de definición de la variable "i" en el Contrato y la falta de disponibilidad pública de otros documentos que podrían haber dado lugar a preguntas adicionales sobre el cálculo de "i" sugieren que la propuesta de EGP perfectamente pudo haber sido el resultado de una simple falta de comunicación y de un consiguiente malentendido sobre esta cuestión entre las Partes.

746. En efecto, la Adenda N.° 1, firmada por el MTC y aprobada por otras reparticiones gubernamentales, establece lo siguiente en su preámbulo:

> *… la generalidad del Contrato de Concesión, tal como ha quedado redactado y sin haberse planteado límites a la tasa de endeudamiento, no permite identificar los supuestos aplicables para la estimación de la Tasa "I", por lo que la aprobación de dicha tasa, estimada por el Concesionario, podría diferir de los niveles de cofinanciamiento estimado por el Estado Peruano durante el proceso de promoción del Concurso de Proyectos Integrales para el otorgamiento en concesión del nuevo Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco…*[927].

747. La Adenda señala claramente la falta de definición de la variable "i" en el Contrato de Concesión e indica que dio lugar a diferencias entre las estimaciones realizadas por el Estado peruano durante el concurso y las propuestas del Concesionario en lo que respecta a los niveles de cofinanciamiento requeridos. Si en el momento de la Adenda N.° 1, el Estado peruano hubiera creído, con toda la información sobre la propuesta de EGP del Concesionario en su poder, que efectivamente éste había participado en el concurso o actuado de mala fe, no solo dicha cláusula no figuraría en la Adenda N.° 1, sino que es difícil imaginar que el Estado habría estado dispuesto a negociar una estructura de financiamiento alternativa en ese momento.

---

[925] *Ver* párr. 148 *supra.*

[926] *Ver* párr. 366 *supra.*

[927] **Anexo C-24**, Adenda N.° 1, Cláusula 1, párr. 3.

748. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no existen pruebas suficientes para afirmar que Kuntur Wasi buscaba "burlar el concurso" mediante su propuesta de EGP. El Tribunal es consciente de que en ciertos casos algunos oferentes tratan de manipular las condiciones de las licitaciones de diversas formas. Sin embargo, en su opinión, tal comportamiento no se encuentra probado en el presente caso y no es coherente con la conducta contemporánea del propio Estado. Como afirma la Adenda, dadas las disposiciones del Contrato y la falta de información a los oferentes sobre los supuestos de Perú, diferentes oferentes podrían haber llegado a conclusiones distintas sobre lo que permitía la fórmula del Contrato. El proceso de contratación pública y los términos del Contrato fueron elaborados por Perú, no por oferentes como Kuntur Wasi. Si resultaron poco claros o ambiguos, la responsabilidad no puede recaer en los oferentes. Si bien el Estado peruano pudo haber tenido ciertas expectativas sobre cómo se debía calcular la variable "i", como analizó previamente el Tribunal, parece que no fueron transmitidas a los oferentes[928]. Dadas esas expectativas, el Tribunal se hace cargo de la preocupación o incluso la sorpresa que pudo haber experimentado el MTC por la carga financiera que correspondía al Estado bajo el esquema de PAO/FPAO como consecuencia de la propuesta de EGP de Kuntur Wasi. Sin embargo, existe una diferencia entre "burlar el concurso", lo que se asimila a la mala fe, y simplemente utilizar lo que podría describirse como una laguna o una falta de claridad en el esquema original[929].

749. En cualquier caso, la "burla del concurso" no fue el motivo declarado de la resolución del Contrato. En consonancia con el análisis previo, si la preocupación de que Kuntur Wasi estuviera procediendo de esa manera fue la motivación subyacente de la resolución, la verdadera razón de la resolución dista aún más (comparado con el análisis que ha hecho el Tribunal) de la razón públicamente declarada, lo cual es problemático por los motivos indicados. Si la "burla del concurso" no fue el motivo, entonces se trata de un asunto irrelevante para la cuestión de la arbitrariedad.

---

[928] *Ver* párr. 366 *supra.*

[929] El Tribunal destaca que el Ministro Vizcarra, en su anuncio del 21 de mayo al referir que el Contrato sería dejado sin efecto, criticó al Gobierno anterior y describió al contrato como un mal contrato. *Ver* **Anexo C-120**, Clip de noticias de Buenos Días Perú, "Vizcarra sobre Chinchero: Decidimos dejar sin efecto contrato que desde el inicio partió mal", 22 de mayo de 2017.

750. El Tribunal también destaca los esfuerzos que realizó Kuntur Wasi para encontrar una solución al problema del financiamiento para la construcción del Proyecto. Cuando la propuesta de EGP fue rechazada por el MTC por resultar demasiado gravosa para el Estado, en ejercicio de su prerrogativa, Kuntur Wasi entabló un diálogo para intentar desarrollar un enfoque alternativo. Realizó propuestas al MTC y siguió buscando una alternativa cuando el MTC rechazó sus propuestas. Aceptó la Adenda N.° 1, que fue la propuesta alternativa del Estado. Aceptó suspender el cumplimiento del Contrato después de que Contraloría emitiera su informe sobre la Adenda N.° 1 y aceptó prorrogar dicha suspensión a pedido del MTC. Participó en negociaciones con el nuevo Ministro, el Sr. Giuffra, a fin de intentar encontrar un enfoque alternativo de financiamiento para la construcción del Aeropuerto y aceptó su Hoja de Ruta del 1 de junio. Además, como el Tribunal concluyó previamente, no habría sido irrazonable que Kuntur Wasi indicara al Ministro Giuffra, como él alega, que necesitaría seis meses para obtener el financiamiento para la construcción del Proyecto bajo cualquier esquema que surgiera de las negociaciones del 1 de junio. El Tribunal considera que todos estos actos demuestran la buena fe de Kuntur Wasi al intentar encontrar un enfoque de financiamiento alternativo para el Proyecto que resultara aceptable para ambas Partes y contradicen cualquier afirmación de que las Demandantes simplemente estaban intentando "burlar el concurso".

(d) Conclusión sobre el TJE

751. El Tribunal entiende que, hacia mediados de 2017, el Estado pudo haber sentido frustración por el poco avance del Proyecto y, por lo tanto, con el Concesionario, especialmente teniendo en cuenta la situación política de ese momento. Sin embargo, si bien es cierto que la fallida propuesta de EGP sin duda le costó tiempo al Proyecto, no fue, en opinión del Tribunal, producto de que Kuntur Wasi estuviera intentando "burlar el concurso". Tampoco demuestra que Kuntur Wasi no habría podido obtener el financiamiento para la construcción en ningún escenario. Cualesquiera que fueran las preocupaciones que hubieran podido surgir a partir del episodio, el Estado no tenía justificación para actuar de manera arbitraria y resolver el Contrato de forma abrupta y unilateral. Las Demandantes tenían expectativas legítimas basadas en el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía —reforzadas por el interés público general que existía en la construcción

prioritaria del Proyecto — de que un acto extremo como ese sería debidamente justificado y sometido al mismo tipo de procesos deliberativos que habían tenido lugar con anterioridad en relación con el Contrato y la Adenda N.° 1. Habría sido necesario, como ha afirmado previamente el Tribunal, un motivo de resolución más claro, más coherente y fundamentado que el planteado ante este Tribunal.

752. En consecuencia, el Tribunal concluye que se ha violado el estándar de TJE del TBI.

(iii) La obligación negativa del Artículo 2(3): conducta injustificada

753. La conclusión de que se ha violado la obligación positiva de TJE establecida en el Artículo 2(3) hace que el análisis para determinar si la Demandada incurrió en una conducta injustificada en los términos de la obligación negativa del Artículo 2(3) sea más bien sencillo.

754. No se discute que, sin duda, la resolución afectó el uso y goce de la inversión, entre otras cuestiones, en los términos de la obligación negativa del Artículo 2(3). Por lo tanto, la única pregunta es si fue "injustificada".

755. Como ya se indicó, las Partes concuerdan en que, a los efectos de esta cuestión, los términos "arbitrario", "irrazonable" e "injustificado" son esencialmente lo mismo[930]. "Arbitrario" o "irrazonable" son los descriptores más comunes de los factores pertinentes en el contexto del TJE; "injustificado" es el término que se utiliza en la obligación negativa del Artículo 2(3)[931]. En opinión del Tribunal, si bien los tres términos no siempre coinciden, en este caso sí lo hacen.

756. Si bien no todas las conductas que violan la obligación de TJE necesariamente afectan a la obligación negativa del Artículo 2(3), en este caso, el fundamento de la conclusión del Tribunal de que se ha violado la obligación de TJE puede trasladarse fácilmente a esta disposición. La falta de una justificación adecuada para la resolución, como se detalla en

[930] La Demandada no solamente aceptó que dichos términos son sinónimos, sino que unificó el análisis de las dos disposiciones en sus presentaciones. *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 269-281 (donde alega que no actuó de forma arbitraria ni injustificada) y Dúplica de la Demandada, párrs. 381-383.

[931] El término "discriminatorias" de esta Cláusula no fue cuestionado en el presente caso y, por lo tanto, no será considerado en más detalle.

la sección anterior, es, de hecho, lo que fundamenta la conclusión de que se ha violado la obligación de TJE en el presente caso. Es el caso opuesto al de *Lemire c. Ucrania* citado por las Demandantes[932], pero esa distinción no tiene importancia, ya que el Tribunal en cualquier caso podría haber considerado las dos disposiciones del Artículo 2(3) en orden inverso y llegado a la misma conclusión.

757. En consecuencia, el Tribunal concluye que la resolución también violó la obligación negativa del Artículo 2(3) del TBI.

(2) Expropiación

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

758. En su tercer reclamo, las Demandantes alegan que Perú expropió su inversión sin una compensación "pronta, adecuada y efectiva", en violación del Artículo 4(2) del TBI[933].

> *Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de seguridad nacional o utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva*[934].

759. Según las Demandantes, la cuestión de que tanto los activos tangibles como intangibles pueden ser objeto de expropiación, incluidos los derechos económicos derivados de los contratos, ya ha sido zanjada por la jurisprudencia. En el presente caso, las Demandantes alegan que Perú expropió sus derechos relativos al Contrato de Concesión y al EDI, que constituye la propiedad intelectual de Kuntur Wasi[935].

---

[932] Memorial de las Demandantes, párr. 532, donde se cita el **Anexo CL-64**, *Joséph Charles Lemire c. Ucrania II*, caso CIADI N.° ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010.

[933] Memorial de las Demandantes, párr. 553, donde se cita el **Anexo C-50**, TBI Perú-Argentina, Artículo 4(2).

[934] **Anexo C-50**, TBI Perú-Argentina, art. 4(2).

[935] Memorial de las Demandantes, párrs. 555-558.

(a) Expropiación del Contrato de Concesión

760. En primer lugar, las Demandantes sostienen que Perú expropió directa e ilegalmente sus derechos económicos derivados del Contrato de Concesión. En particular, a través del Contrato de Concesión, Perú otorgó a las Demandantes los siguientes derechos para su goce durante el plazo de 40 años: (i) el derecho a los ingresos relacionados con el Aeropuerto y no relacionados con el Aeropuerto; y (ii) las tarifas de acceso, que constituyen "[c]oncesiones económicas conferidas por ley o por contrato" según la definición de inversiones protegidas del TBI[936]. En opinión de las Demandantes, Perú expropió estos derechos económicos cuando declaró la resolución unilateral del Contrato de Concesión, ya que esto puso fin a todos los derechos económicos derivados de dicho Contrato, y Perú nunca pagó compensación alguna[937].

(b) Expropiación del EDI

761. En segundo lugar, las Demandantes alegan que el EDI, que Kuntur Wasi elaboró a fin de cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, y que contiene el diseño ejecutivo del Proyecto, así como los detalles suficientes para iniciar las obras de construcción, constituye un "derecho de propiedad intelectual" protegidos por el TBI. Las Demandantes explican que Kuntur Wasi incurrió en costos significativos ―por más de USD 27 millones― para confeccionar el EDI, y que actualmente Perú se está beneficiando de dicho estudio sin haberlo pagado. En particular, las Demandantes señalan que Perú utilizó el EDI de Kuntur Wasi como base para el nuevo concurso que convocó para encontrar un nuevo concesionario[938].

762. Según las Demandantes, estas expropiaciones, además, fueron ilegales porque Perú no ha pagado ninguna compensación "pronta, adecuada y efectiva" a Kuntur Wasi. Las Demandantes alegan que Perú no disputa no haber realizado pago alguno a Kuntur Wasi

[936] Memorial de las Demandantes, párr. 560, donde se cita el **Anexo C-50**, TBI Perú-Argentina, Artículo 1(1)(e).
[937] Memorial de las Demandantes, párr. 561.
[938] Memorial de las Demandantes, párrs. 562-564.

por la expropiación de las inversiones de las Demandantes, y que esto es suficiente para probar que la expropiación fue ilegal[939].

763. Las Demandantes también sostienen que el hecho de que Perú haya ofrecido pagar por el EDI no quita que Perú expropió las inversiones de las Demandantes. Según las Demandantes, la oferta de la Demandada se realizó recién una vez que se había iniciado el presente arbitraje y bajo la condición de que las Demandantes desistieran de todos los reclamos del presente arbitraje[940]. Afirman que no tenían la obligación de renunciar a su reclamo legítimo por USD 248 millones para aceptar tan solo los USD 27 millones que Perú ofrecía pagar por el EDI. Según las Demandantes, el hecho de que no se haya efectuado el pago total del EDI a PyC es irrelevante dado que PyC es una empresa del grupo de Kuntur Wasi, y el hecho de que Kuntur Wasi mantenga hoy una deuda con una empresa del mismo grupo no justifica la falta de pago por Perú ni implica que el EDI no califique como una inversión[941].

764. Si bien las Demandantes reconocen que recibieron otra oferta de Perú entre junio y julio de 2017, consideran que esta oferta tampoco era aceptable ni se efectuó de buena fe porque Perú estaba intentando forzar a las Demandantes a aceptar la resolución mutua del Contrato de Concesión. Según las Demandantes, la oferta no era aceptable porque exigía que todos los costos a compensar fuesen aprobados por OSITRAN y porque excluía la compensación por los daños ocasionados por la resolución del Contrato de Concesión y, por lo tanto, vulneraba los derechos de las Demandantes derivados del Contrato[942].

765. Asimismo, las Demandantes sostienen que el TBI permitía que Perú expropiara solo por razones de interés público legítimas y que no existen tales razones en el presente caso. Según afirman las Demandantes, Perú no ha brindado ni una sola razón de interés público que justifique la resolución del Contrato de Concesión, y el oficio del MTC que informó a Kuntur Wasi sobre la resolución no contiene ningún razonamiento en ese sentido. Según las Demandantes, la declaración del Ministro Vizcarra de mayo de 2017 en la que indicó

[939] Memorial de las Demandantes, párrs. 566, 567.

[940] Réplica de las Demandantes, párr. 805.

[941] Réplica de las Demandantes, párrs. 802-806, 820.

[942] Réplica de las Demandantes, párr. 819.

que no existía una razón de interés público que pudiera permitir al Estado resolver el Contrato demuestra que la resolución no estaba fundamentada en un verdadero motivo de interés público. Con respecto al EDI, las Demandantes afirman que Perú ni siquiera ha intentado ofrecer una explicación sobre lo que pudo haber motivado su expropiación[943].

766. Por último, las Demandantes alegan que la expropiación se realizó sin respetar el debido proceso[944]. Según las Demandantes, el hecho de que Perú se contradijera en varias ocasiones significa que todo el proceso que condujo a la expropiación de sus derechos económicos no fue transparente. Además, no se dio a las Demandantes una oportunidad de ser oídas antes de que Perú tomara la decisión de resolver el Contrato de Concesión, e incluso cuando lo hizo, Perú no les brindó explicaciones sobre por qué había llegado a la conclusión de resolver el Contrato de Concesión[945].

767. En respuesta a la Demandada, que sostiene que la resolución no fue un acto *iure imperii* que pudiera constituir una expropiación, las Demandantes alegan que Perú no actuó como una mera parte contratante cuando terminó el Contrato de Concesión. Las Demandantes destacan los siguientes actos de autoridad y circunstancias que, según afirman, respaldan su argumento de expropiación[946]:

1. El marcado contraste entre el proceso exhaustivo que resultó en la Adenda N.° 1 (en el que participaron OSITRAN, el MTC, el MEF y el Consejo de Ministros), y por otro lado la resolución del Contrato de Concesión, con la sola participación del MTC;

2. El hecho de que la resolución del Contrato de Concesión no estuvo basada en el informe de la Contraloría, sino en una razón de orden político;

3. Las repetidas intervenciones del Presidente de la República y de los Ministros sobre el Contrato de Concesión;

[943] Memorial de las Demandantes, párrs. 568-572.

[944] Memorial de las Demandantes, párr. 574; Réplica de las Demandantes, párr. 825.

[945] Memorial de las Demandantes, párr. 576.

[946] Réplica de las Demandantes, párr. 790. Además, las Demandantes se oponen firmemente a la comparación con el caso *Convial Callao* (*ver* Réplica de las Demandantes, párrs. 791-795).

4. El procedimiento de interpelación legislativa ante el Congreso en relación con el Contrato de Concesión;

5. La amenaza del Estado a las Demandantes de que sus otras inversiones en el país podrían verse perjudicadas o en relación con la devolución del área de Concesión; y

6. El allanamiento de las oficinas de las Demandantes y el inicio de investigaciones penales, actos que, en definitiva, destruyeron el Proyecto.

(ii) La posición de la Demandada

768. La Demandada sostiene que no expropió la inversión de las Demandantes y da tres motivos para fundamentar su posición:

(a) Expropiación del Contrato de Concesión

769. En primer lugar, según la Demandada, el MTC resolvió el Contrato de Concesión con Kuntur Wasi en virtud de los términos expresos de dicho Contrato, que permitía al MTC resolverlo unilateralmente por "razones de interés público debidamente fundadas". Lo hizo en su carácter de parte contratante, no como ente soberano (como lo demuestra el hecho de que la resolución se notificó a las Demandantes a través de una carta, no a través de un decreto o ley)[947]. Según afirma la Demandada, los tribunales han sostenido de manera consistente que la resolución de contratos de concesión por parte de los Estados, cuando la llevan a cabo en calidad de partes contratantes, no constituye una expropiación[948]. De acuerdo con *Convial Callao c. Perú*, *Biwater Gauff c. Tanzania* y *Malicorp c. Egipto*, la Demandada sostiene que el hecho de que el Contrato de Concesión haya sido resuelto por una razón de interés público no implica que el Estado estuviera ejerciendo un poder soberano, dado que el propio Contrato es la fuente del poder del Estado para resolverlo por razones de interés público[949].

[947] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 305.

[948] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 299, donde se cita, entre otros, el **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú*, párrs. 496-555; **Anexo CL-66**, *Biwater Gauff c. Tanzania*, párrs. 458-60, 492-93.

[949] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 300; **Anexo RL-43**, *Convial Callao c. Perú*, párr. 537.

(b) Expropiación del EDI

770. En segundo lugar, la Demandada sostiene que no expropió los derechos de propiedad intelectual de las Demandantes sobre el EDI (que las Demandantes adquirieron de PyC) porque la Demandada ofreció pagar a las Demandantes los costos totales que las Demandantes pagaron a PyC por el EDI, siempre y cuando las Demandantes pudieran justificar esos costos de acuerdo con los procedimientos contractuales. Las Demandantes rechazaron la oferta de Perú y ahora alegan que la Demandada no ha pagado compensación alguna. Además, según la Demandada, las Demandantes ni siquiera pagaron los costos totales a PyC (PyC facturó USD 27 millones a Kuntur Wasi por el EDI, y Kuntur Wasi pagó tan solo USD 9 millones) [950].

771. Según la Demandada, incluso si el Tribunal decidiera que hubo una expropiación, la Demandada de todas formas no habría incumplido el TBI, dado que las Demandantes no cumplen el criterio para demostrar que se produjo una expropiación ilegal. El *test* require demostrar tres aspectos: las Demandantes tendrían que demostrar que el Estado no actuó en atención a una finalidad pública; que el Estado no actuó de conformidad con el debido proceso legal; y que el Estado no proporcionó una compensación pronta, adecuada y efectiva[951].

772. Con respecto al primero de estos elementos, la Demandada sostiene que el MTC resolvió el Contrato por razones de interés público, concretamente, a fin de avanzar en la construcción del Aeropuerto Chinchero, que se había estancado durante años debido a la incapacidad de las Demandantes para financiar el Proyecto[952].

773. Según la Demandada, los tribunales de tratados de inversión han limitado su investigación a determinar si las acciones de un Estado estuvieron realmente motivadas por el interés público declarado, y no debería ir encaminada a cuestionar la determinación de un Estado sobre qué es de interés público ni si las acciones llevadas a cabo constituyen la mejor estrategia para lograr esa finalidad pública. En el presente caso, las Demandantes no han

[950] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 306.
[951] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 307.
[952] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 308.

demostrado que la razón de interés público del MTC para resolver el Contrato de Concesión haya sido un mero pretexto que ocultaba una razón real diferente[953].

774. La Demandada señala que las Demandantes no discuten que la construcción del Aeropuerto Chinchero fuera de interés público, sino que afirman que la resolución del Contrato no fue el mejor medio para lograr ese objetivo. Sin embargo, la función del Tribunal no es determinar si las acciones de la Demandada cumplían mejor con el objetivo de interés público: solo debe analizar si había un interés público y si las acciones se llevaron a cabo para intentar lograr ese objetivo. En el presente caso, los hechos demuestran que el MTC resolvió el Contrato porque creía que las Demandantes nunca iban a poder completar el Proyecto[954].

775. Con relación al argumento de las Demandantes de que el Ministro Vizcarra admitió en 2017 que no existía una razón de interés público para la resolución del Contrato de Concesión, la Demandada sostiene que las declaraciones del Ministro Vizcarra ante el Congreso no obligan a Perú. Según la Demandada, el Tribunal no puede atribuir al Estado la declaración que pronunció un ministro individual al debatir sobre políticas. Además, la Demandada argumenta que las declaraciones del Ministro Vizcarra se realizaron en mayo de 2017, cuando el MTC todavía esperaba poder continuar con el Proyecto con las Demandantes. De hecho, precisamente por este motivo, el Ministro Giuffra se reunió con las Demandantes para intentar negociar una solución al problema, y no fue hasta después de esta negociación fracasada que al MTC le quedó claro que el Proyecto no podría avanzar con las Demandantes y, por lo tanto, el Estado decidió resolver el Contrato por razones de interés público[955].

776. El segundo criterio de una expropiación lícita conforme al TBI consiste en que el Estado tome medidas "de conformidad con el debido proceso legal". La Demandada niega haber incumplido este requisito. En primer lugar, contrariamente a lo que sugieren las Demandantes, se les brindó la oportunidad de ser oídas con anterioridad a la resolución del

[953] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 308.
[954] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 309.
[955] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 310.

Contrato. De hecho, según argumenta la Demandada, el Contrato fue resuelto después de haber entablado negociaciones sustanciales con las Demandantes. Dichas negociaciones comenzaron el 1 de junio de 2017, cuando el Ministro Giuffra se reunió con el Sr. Vargas y documentaron ciertos términos amplios (en la Hoja de Ruta) que servirían de base para avanzar con el Proyecto; también acordaron que, si las Partes no lograban llegar a un acuerdo a partir de esos términos amplios, resolverían el Contrato de mutuo acuerdo. Por lo tanto, las Demandantes tuvieron suficientes oportunidades para explicar al MTC por qué la mejor opción era avanzar con el Aeropuerto Chinchero[956].

777. En segundo lugar, la Demandada sostiene que se informó a las Demandantes sobre los motivos de la Demandada para resolver el Contrato. En particular, en la notificación que envió el MTC a Kuntur Wasi el 13 de julio de 2017, se explicó que la situación estaba comprometiendo seriamente el objetivo del Estado de construir un nuevo aeropuerto para Cusco, y las Demandantes eran plenamente conscientes del contexto en el que se estaba resolviendo el Contrato[957].

778. Por último, la Demandada afirma que ofreció pagar una compensación a las Demandantes. Según la Demandada, el Tribunal debe analizar las circunstancias de las negociaciones y la oferta de la Demandada para determinar si la Demandada ha cumplido con la obligación de proporcionar una compensación pronta, adecuada y efectiva. En el presente caso, la Demandada sostiene que ofreció a las Demandantes una compensación que era, como mínimo, tan generosa como los términos explícitos del Contrato en más de una ocasión, incluso durante las negociaciones que tuvieron lugar en junio y julio de 2017 y nuevamente en noviembre de 2019, después de que el MTC resolviera unilateralmente el Contrato de Concesión. En cuanto a la oferta de compensación, la Demandada explica que ofreció pagar lo siguiente: (a) USD 8,6 millones por la Garantía de Fiel Cumplimiento; (b) el costo del EDI; y (c) los costos de toda inversión razonable y verificada[958].

[956] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 312, 313.

[957] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 314.

[958] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 316, 317.

b. El análisis del Tribunal

779. Dado que el Tribunal ha concluido que la resolución del Contrato de Concesión constituyó una violación tanto de la obligación positiva como de la obligación negativa contenidas en el Artículo 2(3) del TBI, el Tribunal considera que, por una cuestión de economía procesal, resulta innecesario decidir si la decisión de resolución y la posterior resolución también constituyeron una expropiación del Contrato, en particular debido a que la posición sobre daños de las Demandantes no se basa en un análisis separado de expropiación ilícita y de violación de la obligación de TJE.

780. Las Demandantes también han afirmado que Perú expropió el EDI. Como consecuencia de la decisión del Tribunal de que el Artículo 2(3) del TBI ha sido violado por la conducta de la Demandada, las Demandantes, como se analiza más adelante en relación con los Daños (Sección VI.C.(4)), tendrán derecho a una indemnización por los daños que sean consecuencia de esas violaciones. En la medida en que la pérdida del EDI fue consecuencia de la resolución ilícita del Contrato de Concesión por parte de Perú, como efectivamente ha reconocido Perú[959], el Tribunal tampoco considera necesario analizar si el EDI fue expropiado.

(3) Plena protección y seguridad

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

781. El cuarto reclamo de las Demandantes en virtud del TBI es que Perú incumplió su obligación de garantizar la plena protección y seguridad jurídica a la inversión de las Demandantes en todo momento[960]. Según las Demandantes, dado que el Artículo 4(1) del TBI alude expresamente a la "seguridad jurídica", no cabe duda de que esta obligación tiene como objetivo no solo proteger la inversión de daños físicos, sino también proporcionar seguridad jurídica[961].

[959] Perú admitió haber utilizado el EDI y mantuvo su oferta de pagar a las Demandantes por dicho estudio. *Ver, por ejemplo,* párrs. 515, 516, *supra.*

[960] Memorial de las Demandantes, párr. 578.

[961] Memorial de las Demandantes, párr. 580.

782. Asimismo, las Demandantes sostienen que la expresión "seguridad jurídica" implica una cierta noción de "protección, previsibilidad y debida reparación dentro de un marco jurídico determinado, esto es, el Estado adquiere la obligación de garantizar la integridad de los derechos adquiridos por el inversor en el marco del ordenamiento jurídico del país que recibe la inversión"[962]; implica protección contra "la aplicación arbitraria de las leyes"[963]; y requiere seguridad en la aplicación del ordenamiento jurídico[964].

783. Según las Demandantes, Perú no brindó protección y seguridad jurídica a sus inversiones al realizar lo siguiente: (i) resolver el Contrato de Concesión de forma "intempestiva, contradictoria, injustificada y arbitraria"[965]; (ii) proponer, negociar y defender la Adenda N.° 1 para después resolver el Contrato de Concesión[966]; y (iii) apropiarse ilegalmente del EDI de Kuntur Wasi, que constituye propiedad intelectual, sin otorgar ninguna compensación[967].

784. Las Demandantes rechazan el argumento de la Demandada que sostiene que, en ausencia de una afirmación de que existe un defecto sistémico o cambio indebido en el ordenamiento jurídico del Estado, las acciones del Estado que no sean discriminatorias y que sean congruentes con la legislación del Estado receptor no pueden violar el estándar de seguridad jurídica[968]. Según las Demandantes, el objetivo de la cláusula de PPS es precisamente imponer limitaciones a la facultad del Estado de tomar decisiones que, si bien son congruentes con el marco jurídico del país, vulneran las obligaciones que tiene con los inversores[969].

[962] Memorial de las Demandantes, párr. 581.
[963] Memorial de las Demandantes, párr. 582.
[964] Memorial de las Demandantes, párr. 582.
[965] Memorial de las Demandantes, párr. 583.
[966] Memorial de las Demandantes, párr. 584.
[967] Memorial de las Demandantes, párr. 585. *Ver también* Réplica de las Demandantes, párrs. 844-847.
[968] Réplica de las Demandantes, párrs. 837 y ss.
[969] Réplica de las Demandantes, párr. 843.

(ii) La posición de la Demandada

785. La Demandada no niega que el estándar de plena protección y seguridad del TBI abarque expresamente la "seguridad jurídica". Sin embargo, niega que no haya garantizado seguridad jurídica a la inversión de las Demandantes[970].

786. Según la Demandada, existe una superposición sustancial entre los estándares para un reclamo relativo a la seguridad jurídica en virtud de la disposición sobre PPS y la disposición sobre TJE. La Demandada sostiene que el reclamo de las Demandantes por violación de la disposición sobre PPS refleja su reclamo respecto del TJE y, por lo tanto, debe fracasar por el mismo motivo por el que debe fracasar el reclamo en virtud del TJE[971].

787. En segundo lugar, la Demandada señala que las Demandantes reconocen que la promesa de seguridad jurídica de un TBI no impide a un Estado receptor llevar a cabo acciones que sean congruentes con el marco jurídico del país. En opinión de la Demandada, en ausencia de una afirmación de que existe un defecto sistémico o cambio indebido en el propio ordenamiento jurídico del Estado, las acciones del Estado que no sean discriminatorias y que sean congruentes con la legislación del Estado receptor no pueden violar el estándar de seguridad jurídica[972]. Asimismo, la Demandada sostiene que si una demandante no cuestiona la ley como tal y no puede demostrar que la acción del Estado haya implicado una aplicación incorrecta de la ley, no existe violación del estándar de seguridad jurídica, independientemente de si la acción del Estado fue perjudicial para el inversor. Según la Demandada, las inversiones conllevan ciertos riesgos, incluido el riesgo de que el Estado aplique legítimamente sus leyes de un modo que sea perjudicial para los intereses del inversor[973].

788. En opinión de la Demandada, las Demandantes no pueden presentar un reclamo relativo a la seguridad jurídica en este marco, dado que no pueden demostrar que Perú haya aplicado sus propias leyes de manera injusta. Por el contrario, la Demandada sostiene que Perú actuó

[970] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 319 y ss.
[971] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 320, 321.
[972] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 322.
[973] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 324.

de conformidad con la ley peruana en lo que respecta a la inversión de las Demandantes en todo momento[974].

b. El análisis del Tribunal

789. Las Partes coinciden en que esta disposición del TBI abarca, según sus términos expresos, tanto a la seguridad jurídica como a la física, pero difieren en cuanto a la interpretación adecuada de este estándar, incluida su relación con el estándar de TJE del TBI. Dadas las conclusiones del Tribunal con respecto al Artículo 2(3), el Tribunal considera que, por una cuestión de economía procesal, no resulta necesario abordar este reclamo.

(4) Cláusula paraguas

a. La posición de las Partes

(i) La posición de las Demandantes

790. El último reclamo de las Demandantes en virtud del TBI es que Perú incumplió la cláusula paraguas. Dado que el TBI Argentina-Perú no contiene una cláusula paraguas, las Demandantes se basan en el Artículo 3(1) del TBI, que contiene la denominada disposición de nación más favorecida ("**cláusula de NMF**"), para importar una cláusula paraguas en el TBI[975]. El Artículo 3(1) del TBI establece lo siguiente:

> *Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados, considerando el que sea más favorable para las inversiones de inversores de 1a otra Parte Contratante*[976].

791. Según las Demandantes, la cláusula de NMF del TBI es particularmente amplia, ya que no contiene ninguna restricción sobre el tipo de estándares que pueden invocarse mediante su aplicación[977]. Asimismo, según las Demandantes, la afirmación de la Demandada de que,

[974] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 325.

[975] Memorial de las Demandantes, párr. 588; Réplica de las Demandantes, párr. 848.

[976] **Anexo C-50**, TBI Perú-Argentina, art. 3(1).

[977] Réplica de las Demandantes, párr. 851.

en virtud del principio de *ejusdem generis,* los inversores solamente pueden invocar estándares de otros tratados que sean de la misma naturaleza que los estándares del TBI en cuestión conduce al absurdo, dado que en ese caso directamente no tendría sentido invocar la cláusula de NMF[978].

792. Con fundamento en la cláusula de NMF, las Demandantes sostienen que Perú violó el Artículo 4(e) del tratado bilateral de inversión entre Tailandia y Perú (la **Cláusula Paraguas**), que establece lo siguiente:

> *Cada parte contratante cumplirá cualquier otra obligación, adicional a lo especificado en este Convenio, que haya contraído con relación a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante*[979].

793. Según las Demandantes, el propósito de una cláusula paraguas como esta es hacer extensivo el alcance de las protecciones del TBI a obligaciones que de otro modo podrían no estar cubiertas por el TBI debido a su naturaleza contractual. En opinión de las Demandantes, el alcance de la cláusula paraguas del TBI Tailandia-Perú es particularmente amplio, dado que hace referencia expresamente a "cualquier otra obligación, adicional" y abarca cualquier compromiso asumido por el Estado con los inversores[980].

794. En el presente caso, según sostienen las Demandantes, los incumplimientos por parte de Perú del Contrato de Concesión, incluida la Adenda N.° 1 y el Contrato de Garantía, implican el incumplimiento de "obligaciones" contraídas por Perú con respecto a las Demandantes y constituyen, en virtud de la cláusula paraguas, incumplimientos del TBI[981].

(ii) La posición de la Demandada

795. La Demandada sostiene que el reclamo de las Demandantes relativo a la cláusula paraguas debe fracasar por varios motivos:

[978] Réplica de las Demandantes, párr. 854.

[979] Memorial de las Demandantes, párr. 589, donde se cita el **Anexo CL-112**, TBI Perú-Tailandia, Artículo 4(e).

[980] Memorial de las Demandantes, párr. 590.

[981] Memorial de las Demandantes, párr. 595; Réplica de las Demandantes, párrs. 867 y ss.

796. En primer lugar, el TBI Argentina-Perú no contiene una cláusula paraguas y, por lo tanto, no existe fundamento para presentar un reclamo relativo a una cláusula paraguas. Si las partes contratantes hubieran tenido la intención de incluir una cláusula paraguas en su tratado, lo habrían hecho, como lo hicieron en otros tratados anteriores al TBI Argentina-Perú[982].

797. En segundo lugar, la Demandada sostiene que los tribunales que conocen asuntos de tratados de inversión deben determinar, caso por caso, si las partes del tratado tuvieron la intención de que el "tratamiento no menos favorable" abarcara una cláusula paraguas de otro TBI y permitiera su importación. Según la Demandada, si se realiza una interpretación del tratado de conformidad con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Tribunal debería concluir que no es posible introducir una cláusula paraguas en el TBI a través de la disposición de NMF del TBI. En particular, la Demandada señala la ausencia de una cláusula paraguas como prueba de la intención de las partes contratantes de que la cláusula NMF no se extendiera a cláusulas paraguas[983].

798. Asimismo, según la Demandada, la disposición de NMF puede, como máximo, utilizarse para importar disposiciones que traten sobre el mismo tema que el TBI original, conforme al conocido principio *ejusdem generis*. En otras palabras, en opinión de la Demandada, ambos tratados internacionales tendrían que contener una disposición que verse sobre la misma materia[984].

799. Por último, la Demandada sostiene que las Demandantes no han analizado la disposición específica de NMF en cuestión del TBI. En cambio, las Demandantes utilizan otros dos casos de tratados de inversión para respaldar sus argumentos cuando, de hecho, ninguno de esos casos fundamenta sus afirmaciones, y las Demandantes tampoco distinguen ni reconocen la existencia de casos en los que los tribunales hayan rechazado la importación

[982] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 327.

[983] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 330-332.

[984] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 334.

de una cláusula paraguas en un TBI que carece de dicha cláusula a través de una disposición de NMF[985].

b. El análisis del Tribunal

800. Teniendo en cuenta que el Tribunal ha concluido que se han violado las disposiciones contenidas en ambas oraciones del Artículo 2(3) del TBI, así como sus decisiones relativas a la jurisdicción y ciertos reclamos basados en el Contrato de Concesión, el Tribunal considera que no resulta necesario establecer si la cláusula de NMF del TBI permite importar una cláusula paraguas del tratado bilateral de inversión entre Perú y Tailandia.

VI. DAÑOS

A. ALEGACIONES SOBRE DAÑOS DE LAS DEMANDANTES

(1) Indemnización en virtud de las disposiciones del Contrato

a. El estándar aplicable

801. Las Demandantes afirman que tienen derecho a una reparación *plena* por los incumplimientos por parte de Perú del TBI, el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía, tanto en virtud del derecho peruano *como* del derecho internacional[986], lo cual, en opinión de las Demandantes, fue reconocido primero por el entonces Ministro de Transporte, Martín Vizcarra, quien pronunció la siguiente declaración:

> *Haber roto unilateralmente el contrato hubiese implicado que el Estado incurra en un arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). De perder el caso, la indemnización a Kuntur Wasi incluiría, por lo menos, US$ 8 millones por indemnización, más el lucro cesante del contrato (US$264.8mm) entre otros*[987].

[985] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 336-342.

[986] Memorial de las Demandantes, párr. 600; Réplica de las Demandantes, párr. 877.

[987] **Anexo C-33**, Respuestas al pliego interpelatorio de 83 preguntas formuladas por los Congresistas de la República en relación al proyecto Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco, 18 de mayo de 2017, pág. 24. Memorial de las Demandantes, párrs. 597-599; Réplica de las Demandantes, párr. 879.

802. Según las Demandantes, la indemnización por incumplimiento del Contrato de Concesión debe determinarse con arreglo al derecho peruano[988]. En este sentido, las Demandantes sostienen que el sustento jurídico de la decisión de Kuntur Wasi de resolver el Contrato de Concesión el 7 de febrero de 2018 fueron los Artículos 1428 y 1429 del Código Civil peruano y no las cláusulas del Contrato de Concesión relativas a la resolución[989]. Según las Demandantes, esto implica que tienen derecho a reclamar una reparación en virtud del Artículo 1321 del Código Civil peruano, que establece que, en caso de incumplimiento del contrato, el estándar de indemnización es una reparación *plena*, incluido el derecho a reclamar lucro cesante[990], y que no están limitadas por la compensación prevista en la Cláusula 15 del Contrato de Concesión[991].

803. En relación con la Cláusula 15 del Contrato de Concesión, las Demandantes también sostienen que, incluso si el Tribunal concluyera que es aplicable, no se verían impedidas de reclamar el lucro cesante, ya que la Cláusula 15.4.3 solo establece el procedimiento específico para determinar los montos que se deben pagar a Kuntur Wasi por los costos relacionados con el Proyecto en caso de que la resolución del contrato tenga lugar antes del inicio de las obras y no hace referencia al derecho a reclamar el lucro cesante ni lo limita[992].

804. Además, incluso si el Tribunal considerara que la Cláusula 15.4.3 del Contrato de Concesión limita los montos que Perú debe a Kuntur Wasi por incumplimiento contractual, dicha cláusula no sería aplicable en casos de dolo o culpa inexcusable en virtud del Artículo 1328 del Código Civil peruano[993].

805. Por último, las Demandantes afirman que incluso si el Tribunal considerara que la responsabilidad de Perú por el incumplimiento del Contrato de Concesión está limitada por la Cláusula 15, las Demandantes tendrían derecho a una reparación plena por el

[988] Memorial de las Demandantes, párrs. 606, 615. Sin embargo, según las Demandantes, el derecho peruano no es de aplicación a la cuestión de los daños derivados del incumplimiento del TBI por parte de la Demandada.

[989] Memorial de las Demandantes, párr. 607; Réplica de las Demandantes, párr. 888.

[990] Memorial de las Demandantes, párrs. 603-606, 609, 614; Réplica de las Demandantes, párrs. 894, 895, 897. Según las Demandantes, Perú no niega que el derecho peruano requiera reparación plena (Réplica de las Demandantes, párr. 897).

[991] Memorial de las Demandantes, párr. 607.

[992] Memorial de las Demandantes, párrs. 608, 609; Réplica de las Demandantes, párr. 889.

[993] Memorial de las Demandantes, párrs. 610-615; Réplica de las Demandantes, párrs. 890, 891.

incumplimiento por parte de Perú del Contrato de Garantía, que no contiene una limitación similar[994].

b. Valuación de daños

806. Las Demandantes y sus expertos optaron por no presentar un cálculo separado de los daños por los incumplimientos relacionados con los términos del Contrato. En cambio, presentaron una única valuación de daños basada en un enfoque de ingresos que incluye el lucro cesante. Sin embargo, en su segundo informe pericial, los expertos en quantum de las Demandantes, Compass Lexecon, respondieron al cálculo de daños de la Demandada con base en un enfoque de costos.

807. En particular, Compass Lexecon afirma que la valuación de costos del experto de la Demandada, el Sr. Kaczmarek, está incompleta y adolece de errores. En opinión de Compass Lexecon, estos errores se deben a que el Sr. Kaczmarek no tiene en cuenta adecuadamente los costos operativos históricos de Kuntur Wasi basándose en varios motivos para la exclusión: que no es posible determinar si dichos costos han contribuido a la Concesión o si corresponden a inversiones que sean "compensables" en virtud del Contrato de Concesión; o que las Demandantes no han presentado otra documentación de respaldo que no sean los estados financieros de Kuntur Wasi[995].

808. En respuesta, Compass Lexecon sostiene que el Contrato de Concesión no requiere que los pagos estén sujetos al criterio de "contribución de valor de la concesión", dado que la Cláusula 15.4.3.a del Contrato solo hace referencia a los "gastos generales"[996]. Además, en opinión de las Demandantes, los estados financieros de una empresa son evidencia suficiente de los costos incurridos, y el hecho de que estén presentados en una moneda que no sea USD no representa un problema, puesto que las tasas de cambio históricas son información pública[997].

[994] Réplica de las Demandantes, párr. 896.
[995] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 115.
[996] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 116.
[997] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 119.

809. Teniendo en cuenta estas consideraciones, los expertos de las Demandantes calculan que, si el Tribunal aplicara la Cláusula 15.4.3 del Contrato de Concesión, la compensación que se debería pagar a las Demandantes sería de USD 51,2 millones más USD 4,9 millones por los costos de demora en la construcción (cuya recuperabilidad, según Compass Lexecon, es una cuestión jurídica que corresponde determinar al Tribunal). Este monto debería actualizarse a la fecha del laudo a la tasa WACC del Proyecto (7,18 %) o a la tasa de interés del Banco Central de Perú (en promedio, 4,4 %), lo que daría como resultado USD 70,3 millones o USD 63,3 millones, respectivamente[998].

Tabla 6: Compensación Contractual: Terminación por Culpa de Perú (millones de US$ nominales)

	Kaczmarek	Corregido
Garantía de Fiel Cumplimiento		
Pago por Garantía a la Fecha de Resolución	no incluye	8,7
Subtotal	**0,0**	**8,7**
Gastos Operativos		
Gastos de Explotación	4,3	4,3
Mobiliario	0,1	0,1
Subtotal	**4,4**	**4,4**
Gastos operativos capitalizados		
Costos de Asesoría de Construcción - PROINVERSIÓN	no incluye	6,1
Impuesto General a las Ventas	1,3	1,3
Costos de Supervisión y Otros - OSITRAN	1,1	1,1
Subtotal	**2,4**	**8,5**
Gastos de Capital		
Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI	27,6	27,6
Gastos de Estructuración Financiera	2,0	2,0
Subtotal	**29,5**	**29,5**
Total	**36,4**	**51,2**

Fuente: Primer Informe Abdala-López Zadicoff, Sección III.4, Tabla 5; Estados Contables Kuntur Wasi: 2014, p. 20; 2015, pp. 5-6, 21, 27; 2016, pp. 5, 29; 2017, pp. 6, 29, 30, 36 (CLEX-029). Ver también Primer Informe de Kaczmarek, Tabla 3.

810. Como muestra la tabla anterior, Compass Lexecon presentó un cálculo alternativo de los costos en los que incurrió Kuntur Wasi durante el período comprendido entre la firma del

[998] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 121.

Contrato de Concesión en 2014 y su resolución en 2017. Estos costos y las respuestas de Compass Lexecon al Sr. Kaczmarek se explican con más detalle a continuación[999]:

811. USD 1,1 millones *de costos de supervisión de OSITRAN*[1000]. Este concepto no pareciera ser controvertido por la Demandada, siempre que se presente prueba documental suficiente.

812. USD 1,3 millones *pagados por Kuntur Wasi en concepto de pasivos fiscales*, los cuales habrían sido recuperables de no ser por el incumplimiento del Contrato. Este concepto no pareciera ser controvertido por la Demandada, siempre que se presente prueba documental suficiente.

813. *USD 4,4 millones de gastos operativos.* Este concepto no pareciera ser controvertido por la Demandada, siempre que se presente prueba documental suficiente[1001].

814. *USD 27,6 millones adeudados a PyC.* Este concepto corresponde a gastos relacionados con la confección del estudio de ingeniería (EDI)[1002]. En respuesta al argumento de la Demandada de que las Demandantes solo tienen derecho a los montos efectivamente pagados a PyC (es decir, USD 9 millones, en lugar de los montos facturados), las Demandantes afirman que tienen la obligación legal de pagar dichos montos[1003].

815. *USD 2 millones de gastos de estructuración financiera del Proyecto (previos a la Adenda N.° 1)*[1004]. Como ya se explicó (párr. 808), Compass Lexecon objeta la exclusión de estos costos por parte del Sr. Kaczmarek, quien sostiene que no "avanzaron" el Proyecto, mientras que las Demandantes afirman que el Contrato de Concesión no establece tal requisito[1005].

---

[999] **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 63-65, Tabla 5 (pág. 33); **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 114-122 y Tabla 6 (pág.72).

[1000] **Anexo CLEX-29**, Estados Financieros de Kuntur Wasi, 2017, pág. 20.

[1001] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, Tabla 6; **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 75.

[1002] **Anexo CLEX-29**, Estados Financieros de Kuntur Wasi, 2015, págs. 14, 20.

[1003] Réplica de las Demandantes, párr. 637.

[1004] **Anexo CLEX-29**, Estados Financieros de Kuntur Wasi, 2017, pág. 20.

[1005] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 118.

816. *USD 6,1 millones de costos asociados con la obtención del Contrato de Concesión*, como costos de *asesoría*, estructuración de la empresa del Proyecto y preparación para el concurso, todos los cuales, según Compass Lexecon, son compensables[1006].

817. *USD 8,7 millones de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.* Según las Demandantes, constituye un gasto compensable en virtud de la Cláusula 15.4.5 del Contrato de Concesión[1007].

818. *USD 4,9 millones de costos adicionales por demora en la construcción incurridos con PyC*[1008]. En respuesta a la opinión del Sr. *Kaczmarek* de que estos costos deberían excluirse del alcance de los costos compensables, Compass Lexecon consideró que se trata de una cuestión de interpretación legal[1009]. Sin embargo, el Tribunal observa que las Demandantes no han abordado esta cuestión en sus escritos.

819. Por último, en respuesta al argumento de la Demandada de que las Demandantes deberían haber presentado ante OSITRAN una declaración de los costos en los que incurrieron en virtud de las Cláusulas 15.4.1 y 15.4.3 del Contrato de Concesión, las Demandantes argumentan lo siguiente: (1) dado el incumplimiento del Contrato de Concesión por parte de Perú, habría sido inútil hacerlo; (2) la "oferta" de Perú tuvo lugar en el contexto de una controversia en curso y su único objetivo era fortalecer la posición de Perú en el presente arbitraje, lo que demuestra que la oferta no era creíble; y (3) de todos modos, las Cláusulas 15.4.1 y 15.4.3 del Contrato de Concesión no son de aplicación porque Perú no brindó ningún motivo para justificar su decisión de resolver el Contrato de Concesión[1010].

[1006] **Anexo CLEX-29**, Estados Financieros de Kuntur Wasi, 2015, págs. 14, 20; *ver también* **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 120(b).

[1007] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 120.a.

[1008] Ni las Demandantes en sus escritos ni Compass Lexecon en sus informes periciales presentaron respaldo documental (en los estados financieros u otros documentos) de este concepto.

[1009] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 117.

[1010] Réplica de las Demandantes, párr. 892.

(2) Indemnización por violación del TBI y del derecho internacional

a. El estándar aplicable

820. Respecto del derecho internacional —que, según las Demandantes, es de aplicación a la indemnización por violación del TBI— las Demandantes afirman que el TBI no establece ninguna pauta con relación a la reparación adecuada por cualquier violación del TBI que no sea una expropiación lícita. Por lo tanto, las pautas que regirán la cuestión de la indemnización se encuentran en el derecho internacional consuetudinario, que establece que el Estado que comete un acto ilícito internacional debe otorgar una *reparación plena*. La reparación debe eliminar todas las consecuencias derivadas del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si el acto no se hubiera cometido[1011]. En este caso particular, las Demandantes sostienen que la Demandada debe pagar daños suficientes para compensarlas plenamente por la pérdida causada por las violaciones del TBI por parte de la Demandada, incluida la indemnización por lucro cesante[1012].

821. Según las Demandantes, la Demandada reconoce que las cláusulas de resolución del Contrato no son de aplicación a violaciones del TBI[1013].

822. Las Demandantes y su experto, Compass Lexecon, sugieren que el lucro cesante de las Demandantes debe calcularse mediante un enfoque de ingresos, utilizando la metodología de flujos de caja descontados ("**DCF**"). Según las Demandantes, el enfoque de ingresos constituye la técnica más adecuada para este caso por los siguientes motivos, entre otros: (1) el valor del Contrato de Concesión no depende del dinero invertido en el Proyecto a través de los años, sino de su capacidad de generar valor; (2) la propia PROINVERSIÓN utilizó un método de DCF al evaluar la factibilidad del Proyecto en 2003[1014]; (3) el Aeropuerto Chinchero reemplazará al Aeropuerto Velasco, que lleva operando desde 1964,

[1011] Memorial de las Demandantes, párrs. 616-619, donde se cita, entre otros: **Anexo CL-122**, *Factory at Chorzów* (*Alemania c. Polonia*), Sentencia, 1927 P.C.I.J. (ser. A) N.° 13, pág. 47; Réplica de las Demandantes, párr. 898.

[1012] Réplica de las Demandantes, párrs. 901, 902.

[1013] Réplica de las Demandantes, párr. 884, donde se cita el Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 378, donde la Demandada afirma lo siguiente: "A menos que las Demandantes puedan demostrar que el MTC actuó en ejercicio de potestades públicas y no como contraparte contractual en ejercicio de sus derechos en virtud del Contrato de Concesión, deben prevalecer las cláusulas de terminación del Contrato". [Traducción del Tribunal]

[1014] Memorial de las Demandantes, párr. 630.

con un historial de tráfico aéreo que resulta particularmente útil para calcular esta variable para el Aeropuerto Chinchero; (4) los flujos de fondos de una concesión pueden estimarse fácilmente debido a la existencia de tarifas reguladas; y (5) el Proyecto ya contaba con el financiamiento de las inversiones iniciales requeridas para la construcción que sería suministrado por el Gobierno[1015].

823. En opinión de las Demandantes, el hecho de que el Proyecto estuviera en una etapa inicial no impide utilizar la metodología de DCF para calcular los daños, como lo demuestra el hecho de que los dos únicos casos de tratados de inversión relativos a concesiones aeroportuarias (*ADC c. Hungría* y *Flughafen Zürich c. Venezuela*) han aplicado esta metodología[1016]. Las Demandantes también se basan en el hecho de que las ganancias de la Concesión estaban garantizadas por los términos del Contrato, que establecía las tarifas específicas que Kuntur Wasi podría haber cobrado[1017].

824. Según los expertos de las Demandantes, el método de costos incurridos o valor de libros no es adecuado para valuar una concesión como el Aeropuerto Chinchero, que es un negocio en curso que genera ganancias (que no se verían reflejadas en el valor de libros)[1018]. Además, Compass Lexecon sugiere que el método de costos incurridos no es adecuado en este caso porque tanto las ganancias como los costos futuros del Aeropuerto Chinchero son fácilmente estimables (dado que los flujos de fondos dependerían en gran parte de tarifas reguladas para los servicios aeronáuticos y los costos pueden calcularse utilizando los modelos desarrollados por PROINVERSIÓN e información similar del Aeropuerto de Lima) y porque subestima el valor del Proyecto[1019].

[1015] Memorial de las Demandantes, párrs. 631 y ss.

[1016] Memorial de las Demandantes, párr. 632, donde se cita el **Anexo CL-107**, *ADC Affiliate Limited c. Hungría*, caso CIADI N.° ARB/03/16, Laudo, 27 de septiembre de 2006 (en adelante, *ADC c. Hungría*), párrs. 501-504; **Anexo CL-128**; *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI N.° ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 (en adelante, *Flughafen Zürich c. Venezuela*), párr. 780.

[1017] Réplica de las Demandantes, párr. 910.

[1018] **Anexo CER-4**, Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 74-76.

[1019] **Anexo CER-4**, Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 78 y ss.; Réplica de las Demandantes, párr. 927.

b. Valuación de daños

825. Las Demandantes se basan en sus expertos económicos, el Dr. Manuel A. Abdala y el Sr. Pablo López Zadicoff de Compass Lexecon LLC, para su valuación del quantum de los daños causados por el incumplimiento por parte de Perú del TBI, el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía. Las Demandantes también contrataron al Sr. Rossi de Mott MacDonald como experto de la industria para el cálculo de las proyecciones de tráfico aéreo.

826. Las Demandantes sostienen que tienen derecho a dos categorías de daños a raíz de los incumplimientos por parte de Perú del TBI, el Contrato de Concesión y el Contrato de Garantía:

(i) USD 244,8 millones (más intereses) en concepto de lucro cesante, por las ganancias que habrían obtenido si hubieran podido finalizar el Aeropuerto Chinchero, y gastos de resolución relacionados[1020]; y

(ii) un monto adicional correspondiente al 20 % del monto total en concepto de indemnización por "daño moral" por el daño causado a la reputación de Corporación América debido a la resolución del Contrato y el supuesto daño causado a ciertos funcionarios de Kuntur Wasi, a quienes se les iniciaron investigaciones penales en Perú[1021].

827. A fin de cuantificar los daños correspondientes a la categoría (i), Compass Lexecon calcula la diferencia entre el valor del Contrato de Concesión en un escenario contrafáctico en el que no se incumplió el Contrato de Concesión y el valor del Proyecto a la fecha de valuación del 13 de julio de 2017 (el "**Valor Presente**"). Para calcular el valor hipotético de la inversión de las Demandantes, Compass Lexecon estima los flujos de caja esperados del Proyecto y descuenta dichos flujos de caja futuros al valor presente a una tasa de descuento del 7,68 % (equivalente al WACC de Kuntur Wasi). Compass Lexecon también deduce las obligaciones de pago a terceros (es decir, deuda financiera y obligaciones a pagar exigibles en el corto plazo)[1022]. A fin de calcular el valor presente, Compass Lexecon

[1020] Réplica de las Demandantes, párrs. 877-951.

[1021] Réplica de las Demandantes, párrs. 952-965.

[1022] **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 77.

adiciona los costos en los que las Demandantes han incurrido o incurrirán desde la fecha de valuación debido al incumplimiento del Contrato (actualmente, el Proyecto no genera ingresos)[1023].

828. Los siguientes aspectos del cálculo de DCF de Compass Lexecon son controvertidos por las Partes o, como se explicará más adelante, en opinión del Tribunal, son demasiado expeculativos como para determinarlos con suficiente certeza:

(iii)Proyecciones e ingresos aeronáuticos

829. Compass Lexecon estimó que la principal fuente de ingresos de un aeropuerto consiste en las tarifas reguladas a percibir durante un período de 40 años (representan el 80,9 % de los ingresos del Proyecto)[1024]. A fin de estimar los ingresos aeronáuticos esperados del Aeropuerto Chinchero durante el plazo del Contrato de Concesión, las Demandantes se basan en las proyecciones estimadas por Mott MacDonald del tráfico aéreo (vuelos y pasajeros).

830. Las proyecciones de Mott MacDonald se basan principalmente en los datos históricos de tráfico aéreo del Aeropuerto Velasco (es decir, el actual aeropuerto de Cusco), con ciertos ajustes que buscan reflejar la información disponible a la fecha de valuación (13 de julio de 2017). En particular, las proyecciones de Mott MacDonald consideran dos límites a las "proyecciones sin restricciones": (1) el límite de visitas impuesto por Perú a ciertos sitios turísticos (como Macchu Pichu); y (2) las restricciones de capacidad que presenta el Aeropuerto proyectado[1025].

831. A partir de estas proyecciones, Mott MacDonald estima que el Aeropuerto Chinchero habría recibido 8.787.927 millones de pasajeros (6.175.398 nacionales y 2.612.529 internacionales) al finalizar el plazo de la Concesión en 2054[1026].

[1023] Memorial de las Demandantes, párr. 625; **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 68, 122.

[1024] **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 89.

[1025] Memorial de las Demandantes, párr. 633 (b); **Anexo CER-2,** Primer Informe Pericial de Mott MacDonald, págs. 16, 17, Figura 10.

[1026] Memorial de las Demandantes, párr. 633 (b); **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 9.

832. Según las Demandantes, el Sr. Ricover —el experto en tráfico aéreo de la Demandada— se basa en las proyecciones de PROINVERSIÓN del año 2013 en lugar de incorporar datos de 2017, lo que se traduce en errores metodológicos. En particular, Mott MacDonald señala que, entre 2013 y 2016, la cantidad observada de pasajeros y vuelos a Cusco aumentó significativamente un 28,4 % con respecto a las proyecciones de PROINVERSIÓN de septiembre de 2013[1027]. Por estos motivos, las Demandantes rechazan el "límite" de 5,07 millones de pasajeros anuales a partir del año 2027 impuesto por la Demandada[1028].

833. Mott MacDonald también proyecta un mayor número de vuelos internacionales que el informe de PROINVERSIÓN de 2013. La diferencia, según Mott MacDonald, se explica por el hecho de que el Aeropuerto Chinchero no se vería afectado por las restricciones operativas que afectan al actual Aeropuerto Velasco (relacionadas con la ocupación y el tipo de aeronaves que pueden operar desde y hacia Cusco)[1029]. Esto aumentaría, en opinión de Mott MacDonald, las posibilidades de vuelos internacionales en comparación con los vuelos que llegan desde Lima.

834. A fin de calcular los ingresos aeronáuticos del Aeropuerto Chinchero, Compass Lexecon aplicó las tarifas establecidas en el Contrato de Concesión a las estimaciones de pasajeros y vuelos.

(iv) Costos operativos y margen operativo

835. En el escenario contrafáctico, Compass Lexecon incluye los costos operativos que tendría que haber pagado Kuntur Wasi. Estos costos incluyen administración, mantenimiento, vigilancia, gastos relacionados con las garantías de la Cláusula 10 del Contrato de Concesión, gastos de servicios de bomberos y costos operativos durante la etapa de construcción, entre otros[1030]. Según Compass Lexecon:

[1027] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 3; **Anexo RER-4**, Primer Informe Pericial de Ricover, párrs. 7, 8.

[1028] Las Demandantes también señalan que el informe de PROINVERSIÓN de 2013 proyectaba hasta 7,5 millones de pasajeros en su escenario optimista.

[1029] **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 87.c); **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 4, 44 y ss.; **Anexo CER-3**, Segundo Informe Pericial de Mott MacDonald, Resumen Ejecutivo, págs. 4-8.

[1030] **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 97.

- Su cálculo de los costos operativos se basa en las estimaciones de PROINVERSIÓN de 2013 incluidas en el estudio de factibilidad, actualizadas a la fecha de valuación para reflejar la inflación. Para los costos operativos que varían en función de las proyecciones de tráfico aéreo, Compass Lexecon ajustó las estimaciones de PROINVERSIÓN de 2013 en función de las estimaciones de Mott MacDonald[1031].

- Kuntur Wasi tenía costos recurrentes relacionados con las tres garantías financieras establecidas en la Cláusula 10 del Contrato de Concesión que son de USD 8,7 millones, USD 11,6 millones y USD 19,3 millones, respectivamente, todas las cuales forman parte de los costos operativos de Kuntur Wasi durante toda la duración del Contrato de Concesión[1032].

- El cálculo también debería incluir los costos operativos durante la etapa de construcción (calculados en el EDI), que son de USD 2,8 millones entre 2017 y 2021; USD 7,8 millones en 2022; USD 12,6 millones en 2023; y hasta USD 14,7 millones en 2032[1033].

- En respuesta al argumento de la Demandada de que los cálculos de Compass Lexecon arrojan un margen operativo que supera ampliamente el estándar del mercado, Compass Lexecon sostiene que la interpretación correcta de su cálculo de daños arroja un EBITDA para el Proyecto del 54 % para todo el período de concesión, que es considerado un margen aceptado para otros aeropuertos similares (ofrecidos por el Sr. Ricover) y está por debajo del EBITDA considerado por PROINVERSIÓN en 2013 (del 63,1 %)[1034]. En particular, los expertos de las Demandantes sostienen que el cálculo del Sr. Ricover exageró el EBITDA porque omitió descontar los montos que debía pagar Kuntur Wasi a Perú por derechos de concesión por encima de USD 35 millones[1035]. Las Demandantes también sostienen

[1031] **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 98.
[1032] **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 99.
[1033] **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 100, 101.
[1034] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 5.
[1035] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 41.

que el Contrato de Concesión no establecía límite alguno a los márgenes que podría percibir Kuntur Wasi, y que los márgenes de los aeropuertos varían significativamente[1036].

(v) Deudas con PyC y otros proveedores

836. A fin de estimar el valor neto de Kuntur Wasi a la fecha de valuación, Compass Lexecon dedujo las obligaciones de deuda que tenía Kuntur Wasi a dicha fecha. En particular, Compass Lexecon explica que, a la fecha de valuación, Kuntur Wasi tenía las siguientes obligaciones de deuda por tareas previas a la Adenda N.° 1: (A) USD 23,4 millones con PyC por el EDI; (B) USD 4,2 millones (por servicios de consultoría, provisión de insumos y financiamiento de capital de trabajo) con otras compañías relacionadas con los accionistas de Kuntur Wasi (que no son PyC); y (C) USD 0,3 millones de deuda comercial, todas las cuales deben deducirse para calcular el valor neto de Kuntur Wasi[1037].

(vi) VPN

837. Los expertos de las Demandantes sostienen que el valor presente neto ("**VPN**") del Proyecto no puede ser cero o cercano a cero por al menos cuatro motivos:

- En todo concurso, la oferta que resulte adjudicataria sin duda incluirá los gastos efectuados para participar en el concurso (que, en el caso del Aeropuerto Chinchero, tomó más de tres años), lo que requeriría que la tasa de retorno fuera superior al costo del capital;

- En diciembre de 2013, la propia PROINVERSIÓN reconoció que la TIR del Proyecto para inversores privados tenía que ser del 10,12 % (equivalente a un VPN de USD 158,4 millones), mucho más alta que el costo del capital, para atraer inversiones;

[1036] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 41.

[1037] **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 117, 118.

- El estándar de la industria es ofrecer tasas de retorno más altas para incentivar las inversiones en el sector (en particular en los casos de inversiones de tipo *greenfield* o *brownfield*); y

- Tuvieron lugar dos cambios importantes en las condiciones de mercado entre el concurso de 2014 y la fecha de valuación de 2017 que incrementaron la rentabilidad del Aeropuerto Chinchero y el valor del Proyecto: (1) un incremento constante en el tráfico aéreo entre 2013 y 2017; y (2) la depreciación del sol peruano[1038].

838. Teniendo en cuenta todos estos factores, Compass Lexecon calcula que el valor presente neto de Kuntur Wasi en el escenario contrafáctico habría sido de USD 174 millones.

(vii) Costos en los que se incurrió con posterioridad a la fecha de valuación

839. A fin de reflejar el valor presente neto de Kuntur Wasi en el escenario real (es decir, el escenario en el que se resolvió el Contrato de Concesión), Compass Lexecon adiciona ciertas obligaciones de deuda que representan costos en los que incurrió Kuntur Wasi debido al incumplimiento del Contrato de Concesión[1039].

840. El "escenario real" incluye lo siguiente:

(i) Costos operativos correspondientes al período comprendido entre el 13 de julio de 2017 y la fecha de traspaso de la Concesión a Perú (USD 0,7 millones).

(ii) Costos del EDI y otros servicios reclamados por PyC (por un total de USD 23,4 millones).

(iii) Deudas que tiene Kuntur Wasi con empresas relacionadas por un valor de USD 4,2 millones y obligaciones a corto plazo derivadas de costos laborales por un total de USD 322.000 que, en conjunto, suman un total de USD 4,5 millones en deudas comerciales.

[1038] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 58 y ss.

[1039] Memorial de las Demandantes, párrs. 625, 636- 665; **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 77, 122-124, Tabla 8.

(iv) El reclamo "derivado" de PyC, por un total de USD 48,5 millones, como se explica en la siguiente sección.

(viii) El reclamo "derivado" de PyC

841. Las Demandantes sostienen que, en virtud del contrato de construcción con PyC, si Kuntur Wasi prevaleciera en el presente arbitraje y recibiera una indemnización por lucro cesante, Kuntur Wasi estaría obligado a pagar lucro cesante a PyC. En la medida en que esta obligación se materializa únicamente como consecuencia de la resolución indebida del Contrato de Concesión por parte de Perú, en opinión de las Demandantes, Perú debería pagar el lucro cesante potencialmente adeudado a PyC[1040]. El monto que tendría que pagar Kuntur Wasi a PyC en concepto de lucro cesante en virtud del contrato de construcción asciende a un total de USD 48,5 millones a la fecha de valuación[1041].

842. En función de todas las consideraciones anteriores, las Demandantes valuaron sus daños en USD 244,8 millones a la fecha de valuación[1042].

(ix) Intereses

843. Por último, las Demandantes sostienen que, en este caso, los intereses deberían calcularse en función del costo de financiamiento de Kuntur Wasi en relación con el Aeropuerto Chinchero, y que la mejor manera de valuar dicho costo es mediante su WACC[1043]. Este cálculo arroja una tasa de interés del 7,18%, compuesto anualmente[1044]. Según las Demandantes, Perú no ha negado que tenga que pagar intereses ni controvierte en su Memorial de Contestación la tasa de interés propuesta por Compass Lexecon (únicamente el Sr. Kaczmarek lo hace) y, por lo tanto, esta cuestión no se encuentra en controversia entre las Partes[1045].

[1040] Memorial de las Demandantes, párrs. 638, 639.

[1041] Memorial de las Demandantes, párr. 638; Réplica de las Demandantes, párrs. 123, 124.

[1042] Réplica de las Demandantes, párr. 951.

[1043] Memorial de las Demandantes, párr. 669; **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 129-131.

[1044] Memorial de las Demandantes, párr. 671; Réplica de las Demandantes, párr. 968.

[1045] Réplica de las Demandantes, párr. 969. *Sin embargo, ver* Memorial de Dúplica sobre la Jurisdicción del Tribunal, párr. 622.

844. Alternativamente, las Demandantes solicitan que el Tribunal utilice la tasa activa promedio en dólares estadounidenses de Perú como la "tasa de interés normal" a la que alude el Artículo 4.3 del Tratado para expropiaciones que, en este caso, sería del 4,4 % como promedio entre la fecha de valuación y el 5 de mayo de 2022[1046].

845. Por último, las Demandantes sostienen que las tasas de interés que proponen se encuentran "dentro del rango" de las tasas de interés alternativas que propone el Sr. Kaczmarek, que son del 6,35 % (en el caso de la tasa LIBOR + 4 %) y del 6,91 % en el caso de la tasa preferencial de Estados Unidos + 2 %[1047].

(x) Margen

846. Según los expertos de las Demandantes, sus cálculos son netos de los impuestos a la renta que el Proyecto habría tenido que abonar en Perú, con lo cual toda indemnización que determine el Tribunal debería ser neta de impuestos. Si no fuera el caso (es decir, si la indemnización que se otorgue a las Demandantes estuviera sujeta al pago de impuestos en Perú), el Tribunal debería otorgar un margen equivalente al monto de los impuestos gravados sobre el monto de la indemnización[1048].

(xi) Daño moral

847. Según las Demandantes, las acciones de Perú afectaron su imagen, honor y reputación y, por lo tanto, la Demandada debe indemnizar a Kuntur Wasi por el daño moral tanto en virtud del derecho peruano como del derecho internacional[1049].

848. En opinión de las Demandantes, en virtud del derecho peruano, en el marco de un reclamo de daños, en general, debería demostrarse lo siguiente: (1) el incumplimiento contractual o acto ilícito; (2) el daño; (3) la relación causal; y (4) la culpa o el dolo[1050]. Sin embargo, en el caso del daño a la reputación de las Demandantes, bastaría con probar la existencia

[1046] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 108.
[1047] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 110.
[1048] **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 13.
[1049] Memorial de las Demandantes, párrs. 641, 642; Réplica de las Demandantes, párrs. 952 y ss.
[1050] Memorial de las Demandantes, párr. 643.

de actos difamatorios, ya que de por sí probarían la conducta ilícita, el daño y la relación causal[1051].

849. Las Demandantes sostienen que, en virtud del derecho internacional, el principio de reparación *plena*, consagrado en el Artículo 31(2) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado y en la jurisprudencia de la CIJ y de los tribunales de tratados de inversión, requiere el pago de daño moral[1052].

850. Al referirse a los hechos del caso, las Demandantes sostienen que Perú cometió al menos dos actos que deberían dar lugar a una indemnización por daño moral en el presente caso:

- Las investigaciones penales de la Fiscalía contra los empleados de Kuntur Wasi que, según las Demandantes, eran abstractas y poco claras y que luego el Poder Judicial determinó que no eran lo suficientemente específicas[1053]. Las Demandantes sostienen que, a través de las investigaciones o como consecuencia de estas, Perú acosó a los empleados de Kuntur Wasi y limitó sus derechos.

- En segundo lugar, las Demandantes reclaman que la "arbitraria" resolución del Contrato de Concesión por parte de Perú tendrá un impacto negativo en los concursos futuros en los que Corporación América decida participar, dado que un requisito en la mayoría de los concursos es que los oferentes confirmen que ningún Estado les haya cancelado alguno de sus contratos[1054].

851. A partir de estos argumentos, las Demandantes reclaman una indemnización por daño moral equivalente al 20 % de los daños totales calculados por Compass Lexecon[1055].

B. ALEGACIONES SOBRE DAÑOS DE LA DEMANDADA

[1051] Memorial de las Demandantes, párr. 643.

[1052] Memorial de las Demandantes, párrs. 647-653.

[1053] Memorial de las Demandantes, párrs. 656-659; Réplica de las Demandantes, párrs. 955, 961.

[1054] Memorial de las Demandantes, párr. 662; Réplica de las Demandantes, párr. 956.

[1055] Réplica de las Demandantes, párr. 964.

(1) Indemnización en virtud de las disposiciones del Contrato

a. El estándar aplicable

852. La Demandada sostiene que el Contrato de Concesión contemplaba seis formas diferentes en las que el Contrato podía resolverse y, para cada uno de esos escenarios, establecía las consecuencias respectivas[1056]. De los seis escenarios, únicamente tres resultan pertinentes para el presente caso (los explicados a continuación) y ninguno contemplaba que Kuntur Wasi pudiera reclamar lucro cesante.

853. Como se explicó anteriormente, el argumento de fondo de la Demandada es que el MTC terminó el Contrato de Concesión por razones de interés público. Según los términos expresos del Contrato, en caso de resolución por una razón de interés público, la indemnización que el Estado tendría que pagarle a Kuntur Wasi se limitaría a lo siguiente: (i) un monto equivalente al de la Garantía de Fiel Cumplimiento que corresponda al momento en que se produzca la resolución (y, en este caso, el MTC terminó el Contrato de Concesión durante la etapa previa a la operación del Proyecto, cuando la Garantía de Fiel Cumplimiento vigente era de USD 8.687.826); y (ii) la devolución a Kuntur Wasi de toda garantía de fiel cumplimiento pendiente[1057].

854. Incluso si el Tribunal acepta que Kuntur Wasi terminó el Contrato de Concesión debido al incumplimiento contractual del MTC, como sostiene Kuntur Wasi, el Contrato de Concesión especificaba que Kuntur Wasi solo tendría derecho a percibir los montos razonables y verificados invertidos en el Proyecto que OSITRAN hubiera acreditado y reconocido de conformidad con la Cláusula 15[1058].

855. El tercer escenario potencialmente pertinente para el presente caso es aquel en el que Kuntur Wasi y el MTC resuelven el Contrato de Concesión por mutuo acuerdo, en cuyo

[1056] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 256 y ss.; Dúplica de la Demandada, párrs. 560, 566-571.

[1057] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 352, 358-361; Dúplica de la Demandada, párr. 554; **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusulas 15.5.3, 15.5.5 y 10.2.2; **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 70.

[1058] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 352, 362; Dúplica de la Demandada, párr. 554; **Anexo C-4,** Contrato de Concesión, Cláusulas 15.4.1, 15.4.3(a); **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 229, 239.

caso la indemnización consistiría en cualquier monto que acuerden las Partes y que analice y apruebe OSITRAN[1059].

856. Por lo tanto, ninguna de las cláusulas de resolución potencialmente aplicables otorgaba a las Demandantes el derecho a exigir lucro cesante por el Aeropuerto Chinchero tras la resolución del Contrato de Concesión[1060].

857. En opinión de la Demandada, las Demandantes no han brindado ningún motivo legítimo por el cual el Tribunal deba dejar de lado estas limitaciones contractuales y ordenar a Perú que abone USD 248 millones en concepto de lucro cesante[1061]:

(i) Las Demandantes no han demostrado que la Demandada haya actuado con dolo o culpa grave, según los define el derecho peruano, como para poder excluir las limitaciones de responsabilidad del Contrato[1062]. En particular, la Demandada sostiene que, para poder sortear las limitaciones contractuales, las Demandantes tendrían que demostrar que el MTC incumplió intencionalmente el Contrato de Concesión y que lo resolvió sabiendo que no tenía ninguna razón de interés público para hacerlo, que no fue el caso[1063].

(ii) La Demandada también cuestiona el hecho de que las Demandantes caracterizan la declaración del Sr. Vizcarra como un reconocimiento de que Perú tendría que pagar lucro cesante. En opinión de la Demandada, la declaración del Sr. Vizcarra "simplemente defendía una posición política de que la Adenda N. ° 1 ayudaría a avanzar en el Proyecto estancado" y "no puede representar una interpretación definitiva del Contrato de Concesión ni del derecho peruano y no debe tener valor persuasivo ante este Tribunal"[1064].

[1059] Dúplica de la Demandada, párr. 560.

[1060] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 352, 356-357; Dúplica de la Demandada, párr. 560.

[1061] Dúplica de la Demandada, párrs. 554, 561;

[1062] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 375; Dúplica de la Demandada, párrs. 578 y ss.

[1063] Dúplica de la Demandada, párrs. 578, 579.

[1064] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 376. *Ver también* Dúplica de la Demandada, párr. 582. [Traducción del Tribunal]

(iii) Según la Demandada, las Demandantes sostienen que pueden reclamar lucro cesante porque la Demandada también incumplió el Contrato de Garantía, que no contiene ninguna limitación de daños. En respuesta, la Demandada afirma lo siguiente: (i) en el Contrato de Garantía, Perú renunció a su derecho de ejercer sus potestades públicas para incumplir el Contrato de Concesión y Perú nunca involucró su soberanía estatal en la resolución del Contrato; y (ii) de todos modos, el Contrato de Garantía no es más que una afirmación de que Perú cumpliría los términos del Contrato de Concesión, pero no puede utilizarse para desconocer la Cláusula 15 del Contrato de Concesión[1065].

(iv) Por último, la Demandada cuestiona el argumento de las Demandantes de que el sustento jurídico invocado para la resolución fue el derecho civil peruano en lugar del Contrato y de que el Contrato no prohíbe expresamente a Kuntur Wasi reclamar lucro cesante. En opinión de la Demandada, la clara intención de las Partes, tal como muestra el lenguaje llano del Contrato, era limitar y especificar toda indemnización a pagar con motivo de la resolución del Contrato, y las Demandantes no pueden obviar esta intención mediante la mera invocación del derecho peruano[1066].

b. Valuación de daños

(i) Indemnización en caso de resolución por razones de interés público

858. El principal argumento de la Demandada es que el MTC terminó el Contrato por razones de interés público de conformidad con los términos del Contrato. En ese escenario, las Cláusulas 15.5.1 y 15.5.3 del Contrato establecen que Kuntur Wasi percibiría un monto equivalente al de la Garantía de Fiel Cumplimiento. La Garantía de Fiel Cumplimiento durante la etapa previa a la construcción y la etapa de construcción era de USD 8,7 millones, que Perú ha ofrecido pagar a Kuntur Wasi[1067].

[1065] Dúplica de la Demandada, párr. 581.

[1066] Dúplica de la Demandada, párr. 580.

[1067] Dúplica de la Demandada, párr. 567; **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, Tabla 4 (pág. 49).

859. Asimismo, dado que Perú tiene la intención de utilizar el EDI confeccionado por Kuntur Wasi para el Proyecto, también ha ofrecido (y ha expresado que sigue dispuesto a pagar) los costos en los que incurrió Kuntur Wasi para la elaboración del EDI[1068]. Sin embargo, la Demandada sostiene que, si bien la documentación presentada por Kuntur Wasi muestra que PyC facturó USD 27 millones por el EDI, Kuntur Wasi solo ha pagado USD 9 millones por dicho estudio y que, por lo tanto, las Demandantes solo tienen derecho a percibir los USD 9 millones efectivamente pagados (de lo contrario, implicaría enriquecimiento indebido)[1069].

860. Sin embargo, si el Tribunal aceptara que la Demandada también debe pagar el saldo supuestamente adeudado a PyC por el EDI (es decir, USD 18,6 millones), y las Demandantes presentaran pruebas de estos costos, según el cálculo de la Demandada, el monto total de indemnización a pagar a Kuntur Wasi sería de USD 36,3 millones por la resolución unilateral del Contrato de Concesión ejercida por la Demandada más la Garantía de Fiel Cumplimiento[1070].

(ii) Indemnización en caso de incumplimiento por parte del MTC

861. La Demandada sostiene que, incluso si el Tribunal concluyera que Kuntur Wasi resolvió el Contrato de Concesión debido a los incumplimientos por parte del MTC, la indemnización correspondiente está claramente definida en las Cláusulas 15.4.1 y 15.4.3(a) del Contrato: montos invertidos acreditados y reconocidos por OSITRAN[1071].

862. Sin embargo, la Demandada afirma que Kuntur Wasi nunca presentó sus costos de inversión ante OSITRAN para su análisis y aprobación, ni los ha presentado ante este Tribunal para su evaluación y adjudicación. Según la Demandada, el análisis de OSITRAN era fundamental porque buscaba garantizar que los costos presentados por Kuntur Wasi tuvieran una justificación razonable y hubieran sido efectivamente pagados. Por lo tanto,

[1068] Dúplica de la Demandada, párr. 568.

[1069] Dúplica de la Demandada, párr. 569.

[1070] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, Tabla 4 (pág. 49); **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 178.

[1071] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 362; Dúplica de la Demandada, párrs. 572 y ss.

si el Tribunal otorgara una indemnización por daños en función de los costos de inversión, tendría que evaluar estos factores por sí mismo, ocupando el lugar de OSITRAN[1072].

863. Asimismo, con respecto al cálculo real de costos, la Demandada plantea que Kuntur Wasi no ha presentado documentación adecuada que respalde sus supuestos gastos[1073]. En este sentido, la Demandada destaca que los estados financieros de Kuntur Wasi no constituyen prueba suficiente que justifique los costos en los que incurrió. A modo de ejemplo, la Demandada señala que, si bien el monto total de los costos reclamados por Kuntur Wasi figura como pasivo en los registros contables de Kuntur Wasi correspondientes al ejercicio 2017, el estado de situación financiera refleja cuentas por pagar relacionadas con estos gastos por tan solo USD 27,9 millones, lo cual lleva a la Demandada a concluir que Kuntur Wasi solo habría efectuado pagos por casi el 60 % de sus supuestos gastos[1074]. Además, el Sr. Kaczmarek también cuestiona la falta de pruebas sobre los tipos de cambio utilizados para convertir los costos a dólares estadounidenses[1075].

864. Considerando lo antedicho, la Demandada explica que su valuación de costos es preliminar y debería actualizarse una vez que las Demandantes presenten más pruebas. En opinión de la Demandada, esta documentación sería fundamental para evaluar si cada uno de los conceptos de costos reclamados contribuyó al valor de la concesión y si refleja una inversión congruente con la definición de los términos establecidos en el Contrato de Concesión[1076].

865. Teniendo en cuenta estas objeciones preliminares, la tabla que figura a continuación resume las opiniones preliminares de la Demandada sobre los costos en los que incurrieron las Demandantes[1077]:

Tabla 2 – Resumen de la supuesta inversión de Kuntur Wasi (2014-2017)

[1072] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 363.
[1073] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 364-366.
[1074] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 75.
[1075] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 150, 182.
[1076] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 148.
[1077] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, Tabla 2.

Millones de USD **Descripción de los costos**	**Inversión reclamada**	**Compensable en virtud del Contrato**	**Indemnización por incumplimiento de Perú**	**Costos pagados para avanzar en el Proyecto**	**Indemnización en virtud del TBI**
Gastos operativos					
Gastos operativos	4,3	Posiblemente	4,3	Posiblemente	4,3
Muebles	0,1	Posiblemente	0,1	Posiblemente	0,1
Total de costos operativos	**4,4**		**4,4**		**4,4**
Costos operativos capitalizados					
Gastos de asesoría relacionados con el concurso	6,1	No	0	No	0
Impuesto a las ventas	1,3	Posiblemente	1,3	Posiblemente	1,3
Costos de supervisión de OSITRAN	1,1	Posiblemente	1,1	Posiblemente	1,1
Total de costos operativos capitalizados	**8,5**		**2,4**		**2,4**
Gastos de capital					
Estudio de ingeniería	27,6	Posiblemente	27,6	Posiblemente	27,6
Costos de estructuración financiera	2,0	Posiblemente	2,0	No	0
Costos por demora en la construcción	4,9	No	0	No	0
Total de gastos de capital	**34,5**		**29,6**		**27,6**
Inversión total	**47,4**		**36,4**		**34,4**

866. Del total de USD 47,4 millones (luego actualizado a USD 51,2 millones) de gastos operativos y gastos de capital calculados por Compass Lexecon entre 2014 y 2017, el concepto más importante es el de USD 27,6 millones que Kuntur Wasi supuestamente adeudaba a PyC en relación con el estudio de ingeniería elaborado en 2014 y 2015[1078]. Con respecto a este concepto, la Demandada sostiene que, si bien en principio estaría dispuesta a abonar a Kuntur Wasi los costos de ingeniería en los que incurrió (siempre que se los justifique y cuando ello ocurra), solo aproximadamente USD 9 millones de esos costos fueron efectivamente pagados por Kuntur Wasi a PyC por el EDI. El saldo del EDI fue facturado por PyC a Kuntur Wasi, pero Kuntur Wasi no ha presentado pruebas de haberlos pagado[1079].

867. Los USD 20 millones restantes de gastos enumerados en el Primer Informe Pericial de Compass Lexecon consisten en lo siguiente:

[1078] **Anexo CER-1,** Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, Tabla 5.

[1079] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 360 (nota al pie 677), 368; **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 75, 151; **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 177-178; **Anexo CLEX-11**, PyC, Carta 2019-PIC, 20 de febrero de 2019, págs. 2, 3 como prueba de la afirmación de que Kuntur Wasi solo pagó USD 9 millones. Si bien estas autoridades consignaron el monto de USD 9 millones, el monto real pareciera ser de USD 9.3 millones. *Ver* Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 369, nota al pie 693, donde se cita el **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 151.

(i) USD 6,1 millones por "los gastos de asesoría y estructuración de la compañía y la oferta de licitación" que, según la Demandada, son costos relacionados con el concurso que no son compensables en virtud de las bases del concurso y que, en cualquier caso, preceden a la inversión y no pueden considerarse relacionados con el trabajo en el Proyecto[1080].

(ii) USD 4,9 millones adeudados a PyC por "otros costos de construcción pagaderos a PyC" que, según la Demandada, no son compensables porque corresponden a demoras en la construcción que las Demandantes no han demostrado que hayan sido atribuibles a Perú, y que Kuntur Wasi y el MTC ya acordaron que no serían trasladados a Perú[1081]. Además, según la Demandada, estos costos parecieran ser costos que PyC ha registrado pero que no han sido pagados por Kuntur Wasi, "por lo que es probable que estén incluidos en el total de USD 27,9 millones de cuentas por pagar" (ver párr. 859 *supra*)[1082].

(iii) USD 2 millones de "costos de estructuración financiera" que, según la Demandada, parecían haber sido pagados en relación con el paquete original de financiamiento de la construcción que el MTC rechazó. En opinión de la Demandada, no es un costo legítimo y justificado porque se relaciona con un paquete de financiamiento que fue irrazonable y finalmente rechazado y que, en última instancia, no agregó valor al Proyecto[1083]. Sin embargo, el Sr. Kaczmarek lo incluye como un concepto "posiblemente" compensable en virtud del Contrato[1084].

(iv) USD 4,4 millones de gastos operativos; USD 1,1 millones de costos de supervisión de OSITRAN; y USD 1,3 millones de impuestos a las ventas no

[1080] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 367; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 179. **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 4.5.

[1081] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 366; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 179. **Anexo C-31**, Acta de Acuerdo, Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 2 de marzo de 2017, pág. 4.

[1082] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 366. [Traducción del Tribunal]

[1083] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 367.

[1084] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 149 y Tabla 3 (pág. 47).

recuperables. Si bien el experto de la Demandada acepta que estos gastos serían "posiblemente" compensables en virtud del Contrato en caso de incumplimiento, sostiene que las Demandantes no han presentado pruebas para demostrar que estos montos efectivamente se hayan pagado[1085].

(v) Teniendo en cuenta todos los ajustes anteriores, la Demandada sostiene que las Demandantes tienen derecho al pago de daños por aproximadamente USD 34,4 millones por los costos en los que incurrieron en el Proyecto en caso de incumplimiento del Contrato de Concesión siempre que presenten suficiente documentación de soporte de estos costos[1086].

868. Por último, en su Segundo Informe Pericial, Compass Lexecon ofreció un cálculo alternativo en virtud de la Cláusula 15.4.3 de USD 51,2 millones, del que excluyó USD 4,9 millones de costos por demoras en la construcción —dado que es una cuestión de interpretación legal que requeriría el pronunciamiento del Tribunal— pero incluyó la Garantía de Fiel Cumplimiento de USD 8,7 millones como costo adicional[1087]. Sin embargo, en opinión del Sr. Kaczmarek, la Garantía de Fiel Cumplimiento de USD 8,7 millones no es compensable en virtud de la Cláusula 15.4.3[1088].

(1) Indemnización por violación del TBI y del derecho internacional

a. El estándar aplicable

869. En cuanto al derecho internacional, el argumento de la Demandada abarca dos aspectos. En primer lugar, sostiene que, en este caso, no es para nada necesario recurrir al estándar de indemnización del derecho internacional ya que, incluso si el Tribunal determinara que la resolución del Contrato por parte del MTC constituyó una violación del TBI, el Contrato de Concesión ya establece remedios para la resolución del Contrato en dicho escenario[1089]. Por lo tanto, según la Demandada, a menos que las Demandantes puedan demostrar que el

[1085] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 75, 147.

[1086] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 368; **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, Tabla 4 (pág. 49); **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, Tabla 2 (pág. 54).

[1087] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 120.

[1088] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 182.

[1089] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 378.

MTC actuó en ejercicio de sus potestades públicas, deben prevalecer las cláusulas de resolución del Contrato[1090].

870. En segundo lugar, incluso si el Tribunal considerara que el derecho internacional permite una desviación de la indemnización establecida contractualmente, la Demandada sostiene que el estándar de reparación *plena* no exige que el Tribunal otorgue una indemnización por lucro cesante como indemnización estándar por violación del derecho internacional[1091]. De hecho, según la Demandada, adjudicar una indemnización por daños con base en el enfoque de ingresos de las Demandantes podría implicar otorgarles ingresos inesperados y ganancias especulativas y pondría a las Demandantes en una posición mejor de la que estarían originalmente *si no fuera por* el incumplimiento[1092]. Según la Demandada, en el momento de la resolución, las Demandantes no tenían un negocio operativo y existían dudas sustanciales sobre si en algún momento podrían finalizar el Aeropuerto Chinchero y obtener ganancias, ya que Kuntur Wasi no había obtenido el financiamiento adecuado para completar el Proyecto ni había comenzado la construcción del Aeropuerto Chinchero (e incluso si Kuntur Wasi hubiera obtenido el financiamiento para la construcción, no significa que el MTC habría aprobado el paquete)[1093].

871. En cambio, el enfoque de valuación adecuado en este caso sería el enfoque de costos, que calcula el valor que las Demandantes invirtieron en el Proyecto y adiciona una ganancia razonable[1094]. Según la Demandada, el enfoque de costos constituye una medida más directa y precisa del valor de mercado del Contrato de Concesión a la fecha de su resolución, dado el avance limitado que había tenido el Proyecto[1095].

[1090] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 378; Dúplica de la Demandada, párr. 583.

[1091] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 377; Dúplica de la Demandada, párr. 583.

[1092] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 379; Dúplica de la Demandada, párrs. 555, 562, 584 y ss.

[1093] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 379, 380; Dúplica de la Demandada, párr. 562, 584-587. La Demandada sostiene que los términos del Contrato de Concesión no contienen ninguna obligación contractual vinculante relativa a los ingresos que genere una expectativa de cierto nivel de ganancias. En este caso, los términos del Contrato de Concesión no reducen la incertidumbre respecto de la posibilidad de que Kuntur Wasi nunca lograra obtener el financiamiento para comenzar la construcción.

[1094] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 12.

[1095] Dúplica de la Demandada, párr. 564.

b. Valuación de daños

(i) Enfoque de ingresos

872. Asimismo, la Demandada sostiene que el modelo de DCF para el lucro cesante de las Demandantes no es una medida adecuada de daños en este caso debido a los errores conceptuales fundamentales que se describen a continuación[1096].

(a) Proyecciones e ingresos aeronáuticos

873. Según la Demandada, las Demandantes sobrestiman la cantidad de vuelos de pasajeros internacionales y nacionales que utilizarían el Aeropuerto Chinchero[1097]. El Sr. Ricover señala que las proyecciones de los estudios del MTC de 2017 en las que se basan las Demandantes fueron posteriormente revisadas y reducidas en 700.000 pasajeros por año[1098].

874. Asimismo, el Sr. Ricover considera que es especulativo e improbable que el tráfico internacional se enrutara cada vez más a través del Aeropuerto Chinchero ya que, en su opinión, la mayoría de los viajeros internacionales seguirían ingresando a Perú a través de Lima, que no solo es un "*hub*" regional, sino también una puerta de entrada para viajeros de América del Norte y del Sur[1099].

875. En opinión del Sr. Ricover, las Demandantes sobrestiman la cantidad de visitantes que tendrían permitido visitar el sitio histórico de Machu Picchu, dadas las restricciones impuestas por Perú a los visitantes. Según el Sr. Ricover, dado que Machu Picchu continúa siendo el motor del turismo en la región de Cusco, las restricciones gubernamentales limitarían los viajes al Aeropuerto Chinchero.

[1096] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 381; Dúplica de la Demandada, párrs. 589, 593 y ss.

[1097] **Anexo RER-4**, Primer Informe Pericial de Ricover, párrs. 48-81.

[1098] Dúplica de la Demandada, párr. 610.

[1099] Dúplica de la Demandada, párr. 611.

876. Si se ajustan estos errores y se utilizan las proyecciones del Sr. Ricover, se obtiene como resultado un valor justo de mercado de USD 48,4 millones utilizando el enfoque de DCF[1100].

(b) Costos operativos y margen operativo

877. En opinión de la Demandada, Compass Lexecon ha subestimado los costos operativos del Aeropuerto Chinchero. El Sr. Ricover explica en su informe pericial que constituye una práctica común de la industria comparar los márgenes operativos para evaluar si los costos operativos se han contabilizado correctamente[1101]. En este caso, el margen operativo que resulta del modelo de Compass Lexecon oscila entre el 71,8 % y el 90,0 % para 2053 (debido tanto a la sobrestimación de la cantidad de vuelos y los ingresos aeronáuticos resultantes como a la subestimación de los costos)[1102]. Según el Sr. Kaczmarek y el Sr. Ricover, si se realiza una comparación de los márgenes operativos de 56 operadores de aeropuertos diferentes y 200 aeropuertos diferentes, se observa que los costos operativos promedio son del 45,8 %; el margen operativo de Corporación América correspondiente a sus otros aeropuertos entre 2013 y 2016 fue del 29,5 %. Por lo tanto, la Demandada opina que los costos operativos estimados por Compass Lexecon no son razonables[1103].

878. Suponiendo un margen operativo del 45 %, el Sr. Ricover calculó que el Aeropuerto Chinchero tendría los siguientes costos operativos:

Figura 1.3 - Comparación de las proyecciones de costos operativos de CL y Ricover

Costos operativos (USD m)	2023	2029	2035	2041	2047	2053
Compass Lexecon	12,6	13,9	15,7	17,7	19,9	22,2
Ricover	23,5	32,7	37,3	42,5	48,4	55,2

Fuente: Anexo CLEX-08, Modelo de Valuación CL; Ricover Business Model
Nota*: no se incluyen los montos de los años 2022 y 2054 al tratarse de periodos con únicamente 6 meses de operación

[1100] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 12, 139.
[1101] **Anexo RER-4,** Primer Informe Pericial de Ricover, párrs. 18, 19.
[1102] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 127-137.
[1103] **Anexo RER-4,** Primer Informe Pericial de Ricover, párr. 20.

879. En respuesta a las Demandantes, el Sr. Ricover sostiene que no sería adecuado reflejar los costos regulatorios que Kuntur Wasi estaba obligada a pagar al Estado peruano en virtud del Contrato de Concesión al comparar operaciones aeroportuarias porque esos costos varían considerablemente entre los diferentes países[1104]. Asimismo, según el Sr. Kaczmarek, Compass Lexecon confunde el margen EBITDA (una comparación de ingresos con costos operativos y costos regulatorios) con el "margen operativo" (que es una comparación de costos operativos e ingresos), mientras que solo el segundo resulta pertinente, dado que los costos regulatorios entre los aeropuertos varían considerablemente por razones que no tienen relación con las condiciones de mercado[1105].

(c) VPN

880. Según el Sr. Kaczmarek, si se corrigen las proyecciones de tráfico aéreo y costos operativos de Compass Lexecon utilizando las del Sr. Ricover (descriptas anteriormente), las proyecciones de Compass Lexecon arrojan un resultado lógico de VPN (USD 51,4 millones a la fecha de valuación), que se aproxima a los gastos de las Demandantes en el Proyecto[1106]. Esto constituye, en opinión de la Demandada, una prueba adicional de que el enfoque de costos sería la técnica de valuación adecuada para el presente caso.

881. Sin embargo, en ausencia de estas correcciones de las proyecciones de tráfico aéreo y costos operativos, la Demandada y el Sr. Kaczmarek sostienen que la valuación de la Concesión realizada por las Demandantes (USD 195,6 millones) sobrestima significativamente el valor justo de mercado del Proyecto. Según el Sr. Kaczmarek, Compass Lexecon intenta justificar su cálculo sugiriendo que la Concesión ya tenía un valor de USD 158,4 millones en la fecha en que se adjudicó. En opinión del Sr. Kaczmarek, esta opinión es errónea por razones de lógica económica básica.

882. En particular, el Sr. Kaczmarek sostiene que es indiscutible que la Concesión era poco rentable y deficitaria (por lo tanto, con un VPN negativo) pero que, dado que Perú quería que se construyera el Aeropuerto (por otras razones no económicas), aceptó subsidiar el

[1104] Dúplica de la Demandada, párrs. 613-615.

[1105] Dúplica de la Demandada, párrs. 613-615; **Anexo RER-8,** Segundo Informe Pericial de Ricover, párrs. 269-277.

[1106] **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 183 y ss. De hecho, todos los demás aspectos del modelo de Compass Lexecon no sufrieron modificaciones.

Proyecto[1107]. Es lógico suponer que la oferta que resultó adjudicataria de Kuntur Wasi requeriría el menor subsidio necesario para convertir el proyecto con VPN negativo en un proyecto con VPN cero o cercano a cero. Según la Demandada, el cálculo del Sr. Kaczmarek está respaldado por un informe de PROINVERSIÓN de septiembre de 2013, que concluyó que el VPN del Proyecto era negativo en USD 272 millones y que, con los subsidios provistos por Perú, el VPN llegaría a ser cero o cercano a cero[1108]. Cualquier inversor privado emprendería un Proyecto con VPN cero, dado que necesitaría obtener una ganancia aceptable o una TIR del Proyecto equivalente a su WACC[1109].

883. Resulta inadecuado que Compass Lexecon se base en un estudio de PROINVERSIÓN de diciembre de 2013 para afirmar que el VPN inicial del Proyecto era de USD 158,4 millones, ya que el análisis citado por las Demandantes se refiere al VPN combinado para inversores privados y el Estado (mientras que el VPN correspondiente solo al inversor privado en ese informe se estimó en USD 71)[1110]. En cualquier caso, el Sr. Kaczmarek sugiere que el estudio de diciembre de 2013 se confeccionó antes de que se llevara a cabo el concurso, y que los resultados del concurso solo se reflejarían en el modelo de oferta confeccionado por Kuntur Wasi, que las Demandantes han optado por no revelar[1111].

884. Dada su conclusión de que el VPN inicial del Proyecto era cercano a cero, el Sr. Kaczmarek sostiene que Compass Lexecon no ha explicado cómo aumentó el valor del Contrato de Concesión en la medida que afirman las Demandantes[1112]. El Sr. Kaczmarek explica que el VPN habría aumentado a medida que las Demandantes invertían en el Proyecto y que, sin embargo, los costos de inversión de las Demandantes ascienden a tan solo USD 34 millones. Incluso si se adicionan los costos pagados por las Demandantes en el transcurso del concurso (USD 6,1 millones, como se analiza a continuación) y los mejores factores del mercado (que presuntamente aumentaron el VPN en USD 8 millones, como también se

[1107] Dúplica de la Demandada, párr. 593; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 8.

[1108] Dúplica de la Demandada, párr. 596, donde se cita el **Anexo CLEX-21**, PROINVERSIÓN, Perfil Aeropuerto Chinchero, Análisis Técnico, Vol. 3, septiembre de 2013, págs. 50, 51, 67.

[1109] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 9.

[1110] Dúplica de la Demandada, párr. 597; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 9, 51.

[1111] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 9.

[1112] Dúplica de la Demandada, párrs. 594, 595.

analiza a continuación), quedarían aproximadamente USD 150 millones de subsidios adicionales que Perú facilitó a las Demandantes para llevar a cabo el Proyecto[1113]. Esto significaría que las Demandantes presumen que Perú debía otorgarle a Kuntur Wasi una ganancia "gratuita" de USD 158 millones como subsidio para incentivarla a llevar a cabo el Proyecto, lo que la Demandada considera "totalmente injustificado"[1114].

(d) Costos del concurso

885. La Demandada y el Sr. Kaczmarek también objetan la suposición de Compass Lexecon de que los costos del concurso deben reembolsarse como parte del valor de la Concesión[1115]. Según la Demandada, las bases del concurso establecen expresamente que los costos de preparación de la oferta debían ser asumidos por los oferentes[1116].

(e) Impacto de los cambios del mercado

886. Por último, el Sr. Kaczmarek concluye que las dos condiciones de mercado que según las Demandantes aumentaron el VPN del Proyecto no afectan su análisis. Según el Sr. Kaczmarek, el punto pertinente de comparación para el aumento del tráfico aéreo no es lo que Perú esperaba durante el concurso, sino lo que incluyó Kuntur Wasi en su propuesta financiera, de lo cual las Demandantes no han presentado prueba alguna[1117]. Con respecto al cambio en el valor del sol peruano, la Demandada sostiene que las Demandantes no han explicado cómo este cambio redujo los costos operativos de Kuntur Wasi[1118].

[1113] Dúplica de la Demandada, párr. 595.

[1114] Dúplica de la Demandada, párr. 563. [Traducción del Tribunal] El Sr. Kaczmarek también señala que, al modelar una venta hipotética de la Concesión al 13 de julio de 2017, Compass Lexecon asume que el comprador no requeriría ningún monto gratuito (*ver* **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 10).

[1115] Dúplica de la Demandada, párr. 601. **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 11.

[1116] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 11.

[1117] Dúplica de la Demandada, párr. 606.

[1118] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 11.

(f) Costos en los que se incurrió con posterioridad a la fecha de valuación

887. Los argumentos de la Demandada en relación con los costos en los que se incurrió con posterioridad a la fecha de valuación incluidos en el cálculo de Compass Lexecon ya han sido resumidos (*supra*, párr. 877 y ss.).

(ii) El reclamo derivado de PyC

888. En relación con el reclamo derivado de PyC, la Demandada sostiene que las Demandantes no han identificado ninguna obligación que requiera que Perú compense a Kuntur Wasi por una deuda contractual que tenga con su contratista, PyC. Kuntur Wasi no puede obligar al Estado peruano a pagarle a su contratista ni aumentar el presunto daño sufrido al prometer compensar a un tercero y exigir dinero a Perú. La Demandada también señala que el contrato de construcción establece explícitamente que la obligación de Kuntur Wasi de pagar a PyC USD 48,5 millones solo surgiría si estos fondos estuvieran "específicamente incluidos en la compensación otorgada a Kuntur Wasi"[1119].

889. Finalmente, la Demandada señala que este pasivo contingente es particularmente problemático dada la revelación de las Demandantes de que PyC es una empresa de propiedad exclusiva de los dos accionistas de Kuntur Wasi. La Demandada interpreta esta situación como una manipulación por parte de Kuntur Wasi, que busca aumentar su reclamo de daños intercambiando promesas entre entidades relacionadas y pasando la factura a Perú[1120].

(iii) Enfoque de costos

890. Como se explicó anteriormente, la Demandada opina que, si el Tribunal determinara que Perú violó el TBI, los daños deberían valuarse utilizando un enfoque de costos, mediante el cual se valúe la Concesión en función de los montos invertidos para avanzar en el Proyecto más una ganancia empresarial razonable. La ganancia empresarial se refiere a la

[1119] Dúplica de la Demandada, párr. 618. [Traducción del Tribunal]

[1120] Dúplica de la Demandada, párr. 619.

ganancia que un desarrollador de proyectos esperaría como reembolso por llevar el Proyecto tres años más cerca de la etapa operativa[1121].

891. El Sr. Kaczmarek calcula que el valor justo de mercado del Proyecto bajo el enfoque de costos es de USD 43,6 millones, monto que se obtiene sumando USD 34,4 millones de gastos (aunque no se hayan justificado) y USD 9,2 millones de ganancia empresarial[1122].

892. El cálculo de la ganancia empresarial se basa en el promedio de dos cálculos: el WACC de las Demandantes durante los tres años en los que gestionaron el Proyecto y una comparación revisada de DCF[1123]. El primer cálculo arroja una ganancia total del 25,62 %, que, aplicada a los USD 34,4 millones, arroja una ganancia empresarial de USD 8,8 millones (y un valor de mercado de USD 43,2 millones).

893. En cuanto al segundo cálculo, el Sr. Kaczmarek se basó en el enfoque de DCF y realizó un ajuste a su modelo de DCF (que incluye las correcciones del Sr. Ricover): El Sr. Kaczmarek asumió que el Aeropuerto Chinchero habría abierto según lo programado y, por lo tanto, todos los flujos de fondos se descontarían por tres años menos, al 14 de julio de 2017 (en lugar de al 4 de julio de 2014) dado que el Proyecto habría estado tres años más cerca de estar operativo[1124]. Siguiendo este enfoque, el elemento de ganancia empresarial se calcularía como la diferencia entre los dos resultados del modelo de DCF, que es de USD 9,7 millones. Si se suma ese monto a los costos (USD 34,4 millones), se obtiene un valor de mercado de USD 44,1 millones.

894. El margen de ganancia promedio en los dos enfoques es de USD 9,2 millones, lo que arroja un valor de mercado final de USD 43,6 millones[1125]. Sin embargo, reconociendo que un comprador interesado también utilizaría un enfoque de DCF para valuar la Concesión, el

[1121] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 12.

[1122] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 12, 140. Sin embargo, el Sr. Kaczmarek sostiene que las Demandantes no han presentado pruebas suficientes para justificar los montos que supuestamente invirtieron (**Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 13). *Ver también* Dúplica de la Demandada, párr. 621.

[1123] Dúplica de la Demandada, párr. 621.

[1124] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 142, 147.

[1125] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 148.

Sr. Kaczmarek también calculó los resultados promedio del enfoque de DCF (ajustado) y del enfoque de costos y obtuvo un valor de mercado de USD 46 millones[1126].

(iv) Intereses

895. La Demandada no parece objetar que las Demandantes tengan derecho a percibir intereses previos al laudo por la violación del TBI[1127]. Respecto del incumplimiento del Contrato de Concesión, la posición de la Demandada es que, si el Tribunal concede a las Demandantes la indemnización específica prevista en el Contrato de Concesión, no debería otorgar intereses porque las Demandantes rechazaron la indemnización que Perú ofreció pagar por la resolución del Contrato[1128].

896. La Demandada también objeta la tasa de interés que reclaman las Demandantes, que equivale al WACC de Kuntur Wasi[1129]. En opinión de la Demandada y del Sr. Kaczmarek, el WACC es una tasa de interés a largo plazo, mientras que la tasa de interés en este caso se aplicará solo para pocos años y, por lo tanto, no resulta adecuada[1130]. En cambio, el experto de la Demandada propone las siguientes alternativas: (1) el rendimiento de los bonos del gobierno de Estados Unidos a 10 años; (2) la tasa activa promedio en dólares estadounidenses de Perú (que también es respaldada por los expertos de las Demandantes, como ya se explicó); (3) la tasa LIBOR (12 meses) +4 %; o (4) la tasa US Prime + 2 %[1131]. Según la Demandada, Compass Lexecon ha respaldado el uso de la tasa activa promedio en dólares estadounidenses de Perú[1132].

[1126] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 149, 150; Dúplica de la Demandada, párr. 621.

[1127] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 188, 189.

[1128] Dúplica de la Demandada, párr. 623.

[1129] El argumento principal de la Demandada es que, si el Tribunal concede a las Demandantes la indemnización específica prevista en el Contrato de Concesión, no debería otorgar intereses porque las Demandantes rechazaron la indemnización que Perú ofreció pagar por la terminación del Contrato. Si se confirma que la oferta de Perú es la única indemnización a la que tienen derecho las Demandantes, las demoras en el pago serán responsabilidad de las Demandantes. Dúplica de la Demandada, párr. 623; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 190.

[1130] Dúplica de la Demandada, párr. 622; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 194.

[1131] Dúplica de la Demandada, párr. 622; **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 202, 203.

[1132] Dúplica de la Demandada, párr. 622; **Anexo CER-4**, Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 111.

(v) Daño moral

897. Según la Demandada, las acciones en las que las Demandantes basan su reclamo de daño moral son alegaciones de tratamiento injusto e inequitativo, pero estas acciones ni siquiera tienen la entidad suficiente como para justificar una indemnización por daño moral[1133]. Si las acciones que constituyen un tratamiento injusto e inequitativo fueran suficientes para constituir daño moral, se adjudicarían indemnizaciones por daño moral en una cantidad considerable de casos basados en tratados. Sin embargo, los tribunales que conocen disputas entre Estados e inversores rara vez otorgan indemnización por daño moral y solo lo hacen en los casos de comportamiento particularmente atroz por parte del Estado que haya tenido como consecuencia un daño físico o una detención ilegal[1134].

898. Con fundamento en el caso *Lemire*, la Demandada sostiene que ambas Partes concuerdan en que las Demandantes tendrían que demostrar los siguientes tres elementos para que se les conceda una indemnización por daño moral:

> *[1] las acciones del Estado conllevan una amenaza física, una detención ilegal u otras situaciones análogas en las que el maltrato contraviene las normas según las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas;*
>
> *[2] las acciones del Estado causan deterioro de la salud, estrés, ansiedad u otro sufrimiento mental, como humillación, vergüenza y denigración o pérdida de reputación, crédito y posición social; y*
>
> *[3] tanto las acciones como las consecuencias son graves o sustanciales*[1135].

899. Sin embargo, las Demandantes no presentan pruebas de la existencia de estos elementos. En particular, con respecto a los dos reclamos de las Demandantes que supuestamente justifican la indemnización por daño moral, la Demandada sostiene lo siguiente:

[1133] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 395; Dúplica de la Demandada, párrs. 624 y ss.

[1134] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 395. Ambas Partes se basan, en particular, en el caso *Lemire* en lo que respecta al estándar de daño moral (**Anexo RL-70**, *Lemire c. Ucrania*).

[1135] Dúplica de la Demandada, párr. 625; donde se cita el **Anexo RL-70**, párr. 333 y Réplica de las Demandantes, párr. 954. [Traducción del Tribunal]

(i) Las investigaciones preliminares de algunos de los representantes de las Demandantes tras la emisión de las conclusiones finales de la Contraloría sobre la Adenda N.° 1 no implicaron una "amenaza física, detención ilegal u otra situación análoga" que justifique una indemnización por daño moral[1136]. Según la Demandada, las investigaciones cuestionadas estaban justificadas y, de todos modos, no implicaron el arresto ni la detención de nadie, se llevaron a cabo de conformidad con el debido proceso legal y han sido desestimadas[1137]. Incluso si se fallara a favor de las Demandantes en lo que respecta a sus reclamos contractuales, la Demandada sostiene que el reclamo de indemnización por daño moral solo puede prosperar en virtud del derecho peruano, si pueden demostrar que las investigaciones de la Fiscalía contra ciertas personas causaron perjuicio a las Demandantes, lo cual no han logrado demostrar de manera específica[1138].

(ii) La afirmación de que la resolución del Contrato generó una pérdida de reputación es totalmente especulativa y, en cualquier caso, no justifica una indemnización por daño moral por los siguientes motivos: (i) las Demandantes no presentan pruebas de ningún concurso donde se haya planteado esta cuestión y mucho menos donde haya causado daño; (ii) el presente caso no podría causar un perjuicio moral lógico a las Demandantes ya que, incluso si el Tribunal fallara a favor de las Demandantes, implicaría el reconocimiento de sus reclamos por parte del Tribunal con respecto a la resolución del Contrato o al tratamiento dispensado por el Estado a las Demandantes o a sus inversiones; y (iii) si, como afirman las Demandantes, Kuntur Wasi terminó el Contrato de Concesión (y no Perú), no queda claro cómo es posible que las Demandantes hayan sufrido un daño a su reputación debido a un acto de Perú[1139]. En cualquier caso, la Demandada

[1136] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 400. [Traducción del Tribunal]

[1137] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 400; Dúplica de la Demandada, párrs. 626-634.

[1138] Dúplica de la Demandada, párr. 634; donde se cita el **Anexo RER-6**, Segundo Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párr. 209.

[1139] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 401; Dúplica de la Demandada, párrs. 635-637.

sostiene que la indemnización por daño moral requiere mucho más que simplemente demostrar que se dañó la reputación de un inversor[1140].

900. Con respecto al hecho de que las Demandantes se basan en el derecho peruano para reclamar una indemnización por daño moral, la Demandada sostiene que el derecho peruano solo es pertinente para los reclamos de derecho contractual de las Demandantes, no para sus reclamos basados en tratados. Incluso con respecto a los reclamos contractuales de las Demandantes, la Demandada sostiene que, según el derecho peruano, la indemnización por daño moral solo corresponde para las empresas en la medida en que demuestren que su reputación comercial —no la de sus empleados— fue afectada por conductas ilegales contra la propia empresa[1141].

901. Por último, la Demandada sostiene que el monto que las Demandantes reclaman en concepto de indemnización por daño moral es injustificable porque se basa en una única decisión arbitral emitida de acuerdo con la ley peruana de contratación pública sobre hechos muy diferentes a los del presente caso (es decir, en ese caso, una entidad pública había acusado públicamente a la demandante de corrupción sin haber realizado una investigación previa, mientras que, en el presente caso, la Fiscalía, actuando dentro del marco de su competencia, llevó a cabo investigaciones preliminares respetando los derechos individuales al debido proceso)[1142].

C. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

902. En primer lugar, el Tribunal reitera aquí las decisiones de fondo que tienen impacto en los daños a ser adjudicados en este caso:

(i) la Demandada incumplió el Contrato de Concesión como resultado del modo en que decidió terminar y en que, finalmente terminó, el Contrato de Concesión;

[1140] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 402-405; Dúplica de la Demandada, párr. 636.

[1141] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 406, donde se cita el **Anexo RER-2**, Primer Informe Pericial de Ferrando Gamarra, párrs. 250-258, 261; Dúplica de la Demandada, párr. 634.

[1142] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 407, donde se cita el **Anexo CL-144**, *Gobierno Regional de Cusco c. Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.*, Laudo, 31 de marzo de 2016, pág. 125; Dúplica de la Demandada, párr. 638.

(ii) dicha conducta también constituyó un incumplimiento del Contrato de Garantía;

(iii) ninguno de los incumplimientos, sin embargo, se caracterizó por dolo o culpa inexcusable tal como se definen estos términos en el derecho peruano;

(iv) la resolución del Contrato por parte de la Demandada constituyó una violación del estándar de TJE establecido en la primera oración del Artículo 2(3) del TBI, así como de la prohibición contra el tratamiento injustificado establecida en la segunda oración del Artículo 2(3) del TBI.

903. El Tribunal también ha determinado que tiene jurisdicción sobre los reclamos presentados por Kuntur Wasi. En consecuencia, cualquier reclamo de daños que Kuntur Wasi, y no Corporación América, esté en condiciones de presentar (como los reclamos en virtud del Contrato de Concesión), puede ser presentado.

904. La Demandada no ha controvertido su responsabilidad de compensar a las Demandantes por el EDI, sujeto a la verificación y aprobación del monto por parte de OSITRAN[1143]. El monto reclamado por el EDI es de USD 23,4 millones más impuestos, es decir, de un total de USD 27,6 millones[1144]. El Tribunal retomará esta cuestión más adelante. Antes de hacerlo, sin embargo, resulta necesario considerar el enfoque general que se adoptará en relación con las cuestiones de daños.

905. La Demandada ha afirmado que las disposiciones sobre daños contractuales deben ser la única medida de daños, incluso para casos de violaciones de tratados. En opinión del Tribunal, este no es el enfoque adecuado. A su parecer, en la medida en que las Demandantes han prevalecido en lo que respecta a reclamos contractuales, el Contrato debe regir dichos reclamos, y el derecho peruano debe tener una función supletoria según corresponda. Por otro lado, en la medida en que las Demandantes han prevalecido en lo que respecta a reclamos basados en el tratado, deben regir las disposiciones del tratado o los principios del derecho internacional (en ausencia de disposiciones del tratado). En caso de que estos enfoques tengan como resultado que se superpongan o dupliquen

[1143] Memorial de Contestación de la Demandada, párr. 360.

[1144] **Anexo CLEX-1**, Contrato de Concesión, párr. 56.

indemnizaciones, será necesario que el Tribunal decida qué medidas tomar para evitar una doble indemnización. Por lo tanto, el Tribunal considerará primero la cuestión de los daños contractuales y luego la cuestión de los daños en virtud del TBI.

(1) Reclamos contractuales - Daños en virtud del Derecho Peruano *versus* Daños en virtud del Contrato

906. Dado que el Tribunal ha establecido que la resolución contractual no se llevó a cabo con dolo o culpa inexcusable, las limitaciones de responsabilidad establecidas en el Contrato siguen siendo de aplicación (*supra*, párrafos 565 y ss.). Por lo tanto, Kuntur Wasi no tiene derecho a percibir lucro cesante en virtud del Contrato. Como se explica más adelante, el Tribunal coincide con la Demandada en que interpretar que la Cláusula 15.4.3 del Contrato de Concesión únicamente prescribe un proceso relativo a los costos directos y que permite, de forma tácita, el cobro del lucro cesante en virtud del derecho peruano carece de lógica, especialmente teniendo en cuenta el esquema detallado que establece el Contrato para los daños en diferentes escenarios de resolución. También coincide con la Demandada en que las declaraciones pronunciadas por el entonces Ministro Vizcarra ante el Congreso peruano con relación al monto de daños que podría corresponder con motivo de la resolución del Contrato de Concesión no deben considerarse como admisiones vinculantes del Estado en cuanto al monto de daños bajo ningún estándar de medición.

907. El Tribunal ya ha determinado que el Contrato fue efectivamente resuelto por Kuntur Wasi de conformidad con las normas del Código Civil peruano (*supra*, párrs. 460 y ss.). Por lo tanto, la cuestión radica en establecer si las disposiciones relativas a la resolución del Contrato rigen para determinar la indemnización por daños y, en particular, qué indemnización por daños puede percibirse en virtud de las disposiciones pertinentes.

908. La Demandada ha citado tres disposiciones relacionadas con la resolución del Contrato de Concesión: la Cláusula 15.4 (que prevé la resolución por parte del Concesionario en caso de incumplimiento por parte del MTC); la Cláusula 15.5 (que prevé la resolución unilateral

por parte del MTC por razones de interés público); y la Cláusula 15.2 (que prevé la resolución por mutuo acuerdo)[1145].

909. El Tribunal considera que los hechos de este caso no respaldan la hipótesis de que la resolución haya sido por mutuo acuerdo en virtud de la Cláusula 15.2. Si bien se identificó como una posibilidad en la Hoja de Ruta del 1 de junio y también fue la base sobre la que la Demandada anunció la resolución del Contrato de Concesión el 4 de junio, las pruebas presentadas demuestran que eso no fue lo que realmente ocurrió.

910. Kuntur Wasi no invocó las causales especificadas en el Contrato para su resolución[1146], sino que fundamentó su resolución en 2018 en el Artículo 1429 del Código Civil[1147]. Sin embargo, como se señaló en el párrafo 906 *supra*, el Tribunal concuerda con la Demandada en que, a pesar de la conclusión de que Kuntur Wasi tenía una justificación para resolver el Contrato de Concesión, los daños deberían regirse por las disposiciones del Contrato de Concesión, que fueron negociadas y acordadas por las Partes, más que por las disposiciones generales aplicables del derecho peruano. Según la Cláusula 15.4.4, los conceptos señalados en el Contrato son los únicos pagos a los que tiene derecho el Concesionario en caso de resolución en virtud de esta disposición.

911. La Cláusula 15.4.3 establece diferentes alternativas de indemnización según la etapa en la que se encuentre el Proyecto en el momento de la resolución, y establece una compensación menor si la fase de construcción no ha comenzado – es decir, en ese caso solo "los gastos generales en que haya incurrido hasta la fecha en que surta efecto la resolución del Contrato, debidamente acreditados y reconocidos por el OSITRAN" ― que la aplicable luego del inicio de esa etapa o del comienzo de las operaciones. En estos otros escenarios, el Concesionario tiene derecho a una indemnización adicional, incluido el Valor Neto del Intangible, según lo establece la Cláusula 15.7.

[1145] Memorial de Contestación de la Demandada, párrs. 345 y ss. *Ver* **Anexo C-4**, Contrato de Concesión. Las otras disposiciones relativas a la terminación del Contrato son las siguientes: terminación por vencimiento del plazo de la Concesión (Cláusula 15.1); terminación por incumplimiento del Concesionario (Cláusula 15.3); y terminación por fuerza mayor o caso fortuito (Cláusula 15.6).

[1146] *Ver* **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 15.4.1.

[1147] *Ver* párr. 802 *supra.*

912. Dado este esquema contractual detallado, en el que el monto de la indemnización por resolución se calibra minuciosamente en función de la etapa del Proyecto en la que se produce la resolución, y la disposición de exclusividad del Contrato (Clausula 15.4.4), el Tribunal no puede aceptar el argumento de las Demandantes de que la Cláusula 15.4.3 es solo una disposición de proceso para determinar costos y no limita la posibilidad de un Concesionario de reclamar lucro cesante. Las disposiciones que las Partes acordaron que serían de aplicación para determinar los daños en caso de resolución por incumplimiento del MTC antes del inicio de la construcción (que es lo que ocurrió) son las de la Cláusula 15.4.3, inciso a). Por lo tanto, el Tribunal considera que estas son las disposiciones pertinentes para valuar los daños en el presente caso.

913. No obstante lo anterior, el Tribunal concuerda con las Demandantes en que el Concesionario también tiene derecho a percibir el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Concesión (Cláusula 15.5.3) además del monto pagadero en virtud de la Cláusula 15.4.3. Se ha llegado a esta conclusión tras haber analizado lo siguiente: (i) las disposiciones relacionadas con la resolución del Contrato; y (ii) la conducta de la Demandada respecto de esta cuestión durante la controversia entre las Partes.

914. Si bien Perú aceptó que la Cláusula 15.5 le otorga al Concesionario el derecho a percibir el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento (es decir, USD 8,6 millones) en caso de resolución unilateral por razones de interés público[1148], el Tribunal concluye que el alcance de la disposición es más amplio. Según el claro texto de dicha cláusula, la resolución por razones de interés público obligaría a Perú a pagar todos los "gastos generales en que haya incurrido" en virtud de la Cláusula 15.4.3 (Cláusula 15.5.4), más el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento (Cláusula 15.5.3). En cambio, la resolución por incumplimiento del MTC solo obligaría a Perú a pagar los montos indicados en la Cláusula 15.4.3, sin el pago del valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento. Esto traería como consecuencia que la resolución unilateral del Contrato por razones de interés público sería menos conveniente para Perú que el incumplimiento del Contrato. El Tribunal considera que esta interpretación

[1148] Dúplica de la Demandada, párr. 567.

es inaceptable, ya que proporcionaría un incentivo perverso para socavar el Contrato en lugar de para cumplir de buena fe los requisitos para la resolución del Contrato por razones de interés público.

915. El Tribunal también considera que esta interpretación es coherente con la conducta de la Demandada durante la controversia entre las Partes. Desde el inicio de la controversia, Perú ofreció pagar los costos en los que incurrió Kuntur Wasi en relación con la inversión, además del valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento[1149]. Asimismo, Perú nunca ha cuestionado que se otorgara una indemnización por daños a Kuntur Wasi por este último concepto.

916. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el monto máximo de daños que podría percibir Kuntur Wasi por sus reclamos contractuales sería el monto de sus costos debidamente probados (incluido el EDI) más el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

917. No existen fundamentos, como parecen conceder las Demandantes al menos implícitamente, para la percepción de lucro cesante en virtud del Contrato. Suponiendo que se han probado suficientemente todos los costos, el monto máximo de indemnización por daños que podría ser otorgado en virtud del Contrato es de USD 47,4 millones por los gastos incurridos, más USD 8.687.826 por la Garantía de Fiel Cumplimiento, lo que totaliza aproximadamente USD 56 millones más intereses[1150].

918. Existen dos categorías de controversia entre las Partes con respecto a los gastos incurridos que reclaman las Demandantes: la primera es si se ha incurrido en estos gastos o si son recuperables en virtud del Contrato; la segunda es si ha precluido el derecho a percibirlos porque Kuntur Wasi no los sometiera ante OSITRAN para su aprobación.

919. El Tribunal no considera que la falta de presentación por parte de Kuntur Wasi de sus costos directos ante OSITRAN constituya una renuncia a su derecho de recuperarlos ni que impida de modo alguno su recuperación en el presente proceso dada la controversia entre las Partes. La cuestión es si se encuentran comprendidos en el alcance de las disposiciones

[1149] **Anexo R-108,** Oficio N.° 583-2019-MTC/02, 6 de noviembre de 2019.

[1150] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 122.

del Contrato y si se prueban en el presente procedimiento a satisfacción razonable del Tribunal.

920. Con respecto a la primera cuestión, los USD 47,4 millones de gastos incurridos reclamados se dividen del siguiente modo:

(i) Gastos del EDI: USD 27,6 millones, de los cuales USD 9 millones han sido pagados a PyC, y el saldo se encuentra pendiente de pago (saldo de USD 18,6 millones).

(ii) Gastos del concurso y de estructuración de Kuntur Wasi: USD 6,1 millones.

(iii) Costos por demora en la construcción (pagaderos a PyC): USD 4,9 millones.

(iv) Gastos de estructuración financiera: USD 2,0 millones.

(v) Gastos operativos: USD 4,4 millones.

(vi) Costos de supervisión de OSITRAN: USD 1,1 millones.

(vii) Impuesto a las ventas no recuperable: USD 1,3 millones[1151].

921. La Demandada, en su Dúplica, también cuestionó lo que caracterizó como USD 9,3 millones en montos por pagar[1152]. Sin embargo, en la audiencia, la Demandada no incluyó este monto, que de todos modos no parece coincidir con los números presentados por su experto[1153]. El Tribunal considera que esta posición ha sido desistida por la Demandada o que, en su defecto, no ha sido probada.

922. El Tribunal entiende que la Demandada no cuestiona la recuperabilidad de los costos correspondientes a las categorías (v), (vi) y (vii) (gastos operativos, costos de supervisión de OSITRAN e impuesto a las ventas no recuperable), que ascienden a un total de USD 6,8

[1151] *Ver* **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, Tabla 5 en la pág. 33.

[1152] Dúplica de la Demandada, párr. 576.

[1153] *Ver* **Anexo RD-1**, Alegato de Apertura de la Demandada, pág. 91; Transcripción, Día 1 (Español), 291:1-5.

millones, con sujeción a su verificación[1154]. Sin embargo, sí cuestiona la recuperabilidad de los costos de las categorías (ii), (iii) y (iv) (gastos del concurso y de estructuración, costos por demora en la construcción y gastos de estructuración financiera)[1155]. Con respecto a los gastos del EDI de la categoría (i), la Demandada plantea una cuestión sobre la recuperabilidad del monto total reclamado, dado que tan solo una parte de los montos facturados (USD 9 millones) ha sido pagada a PyC[1156].

923. Abordando primero la cuestión transversal de la prueba, la Demandada sostiene que, si el Tribunal adjudica daños sobre la base del criterio de costos, debe ponerse en el lugar de OSITRAN y evaluar estos costos. Con base en los escritos de la Demandada, el Tribunal entiende que OSITRAN verificaría que los costos reclamados hayan sido incurridos en relación con el Proyecto y que sean razonables[1157]. Si bien el Tribunal no considera que sea su función ponerse en el lugar de OSITRAN, un organismo gubernamental peruano, los principios mencionados se aplican de igual forma al estándar de toma de decisiones adecuado del Tribunal con respecto a los daños reclamados.

924. El Tribunal también considera que los estados financieros de Kuntur Wasi establecen una prueba *prima facie* de los montos y la naturaleza de los gastos en los que incurrió. Para adoptar esta postura, el Tribunal considera relevante que los estados financieros correspondientes a todos los ejercicios en cuestión hayan sido objeto de auditorías independientes realizadas por Ernst & Young[1158]. A continuación, el Tribunal aborda cuestiones adicionales que se presentan con respecto a los conceptos de costos reclamados.

925. Con respecto al EDI (punto (i) anterior), el hecho de que a la fecha se haya pagado únicamente una parte no implica que su pago no sea obligatorio, en opinión del Tribunal. Si bien PyC es una empresa relacionada, no se ha demostrado que los costos hayan sido inflados de alguna manera. La Demandada ha admitido el uso del EDI, y no cabe duda de

[1154] *Ver* **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 150, Tabla 3, columna "*Compensable Under Contract*" relativa a estos gastos.

[1155] Ibídem.

[1156] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 151.

[1157] *Ver* **Anexo RD-1**, Alegato de Apertura de la Demandada, pág. 86.

[1158] *Ver* **Anexo CLEX-029**, Estados Financieros de Kuntur Wasi, 2017, a-d y f.

que dicho estudio fue preparado y entregado. Por lo tanto, el Tribunal considera que este costo es completamente recuperable por Kuntur Wasi, con fundamento en las facturas emitidas.

926. Con respecto al costo por demora en la construcción de USD 4,9 millones (punto (iii) anterior), que según las Demandantes se adeuda a PyC y que según la Demandada debe excluirse dado que Perú no causó ninguna demora en la construcción y las Demandantes no han justificado el motivo por el que incurrieron en estos costos[1159], el Tribunal no considera que las Demandantes hayan presentado pruebas suficientes de estos costos. Aunque este gasto figure en los estados financieros auditados de Kuntur Wasi[1160], presenta otras dudas que no se han abordado de forma suficiente. El Tribunal no ha recibido información de parte de las Demandantes, quienes tienen la carga de la prueba de los daños, sobre la justificación de este cargo por demora que, al tratarse de un cargo entre empresas relacionadas, requiere un análisis minucioso. Asimismo, la Demandada ha señalado que en el documento que suspende el Proyecto firmado por las Partes el 2 de marzo de 2017 se acordó expresamente que la suspensión no daría lugar a costos adicionales para el MTC[1161]. Por lo tanto, en la medida en que el cargo por demora sea atribuible al período durante el cual se suspendió el Proyecto, lo que no puede discernirse a partir de las pruebas presentadas ante el Tribunal, no existe fundamento para otorgar daños contra la Demandada. En la medida en que surja de demoras anteriores a la suspensión, el Tribunal considera que tales demoras fueron consecuencia de la falta de financiamiento para la construcción y del proceso de aprobación del EGP, y por lo tanto, no fueron el resultado de ningún incumplimiento por parte de la Demandada. En consecuencia, este concepto del costo reclamado no es recuperable en el presente proceso.

927. En cuanto a los otros costos reclamados (puntos (ii) gastos del concurso y de estructuración, y (iv) gastos de estructuración financiera), el Tribunal observa que la Cláusula 15.4.3 del

[1159] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 150, tabla 3; Dúplica de la Demandada, párrs. 576-77.

[1160] **Anexo CER-4,** Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 119; **Anexo RER-1,** Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 147-148.

[1161] Dúplica de la Demandada, párr. 576, nota 1239, donde se cita el **Anexo C-31**, Acta de Acuerdo, Suspensión Temporal de Obligaciones Contractuales, 2 de marzo de 2017.

Contrato de Concesión está redactada en términos muy generales y dispone una compensación por "los gastos generales en que haya incurrido hasta la fecha en que surta efecto la resolución del Contrato…". En principio, no parece excluir ningún costo relacionado con el Proyecto. En particular, incluso si los gastos del concurso y de estructuración no pudieran recuperarse a través del esquema de FPAO, no necesariamente significa que estén excluidos de la recuperación en virtud de esta disposición. La Cláusula 4.5 de las bases del concurso está redactada en términos amplios[1162]; sin embargo, dado que las Bases no deben interpretarse en igualdad de condiciones con los términos del Contrato[1163], el Tribunal considera que no generan una exclusión implícita del concepto de daños en las disposiciones relativas a la resolución del Contrato.

(2) Daños derivados del Contrato de Garantía

928. A continuación, el Tribunal pasa a considerar los efectos, de haberlos, del Contrato de Garantía sobre el alcance de la responsabilidad por daños de la Demandada en virtud del derecho peruano. A través de la Garantía, el Estado garantizó el cumplimiento del Contrato por parte del MTC[1164]. La Garantía en sí misma no contiene ninguna disposición sobre daños, sino que se limita a respaldar las obligaciones del Contrato[1165]. Sin embargo, la función de la Garantía era obligar al Estado a asegurar que cualquier resolución ejercida por el MTC se llevaría a cabo de acuerdo con los términos del Contrato, algo que el Tribunal ha concluido que no ocurrió. El Tribunal, en su análisis de la responsabilidad, consideró que este incumplimiento constituye un acto soberano, pero que, por los motivos ya explicados[1166], no proporciona ningún sustento, en virtud del derecho peruano, para otorgar una indemnización adicional por daños como consecuencia del incumplimiento. El

[1162] Parte de esta Cláusula establece lo siguiente: "El Estado o cualquier dependencia, organismo o funcionario de este, o PROINVERSIÓN, el Comité, o sus asesores, no serán responsables en ningún caso por dichos costos cualquiera sea la forma en que se realice el concurso o su resultado". **Anexo C-18**, Texto Único Ordenado de las Bases, Cláusula 4.5.

[1163] Las Bases no controlan la interpretación del Contrato; sin embargo, ante cualquier divergencia interpretativa, son los términos del Contrato los que tienen prioridad en el orden de prelación, seguidos de las circulares a las que se hace referencia en las Bases y, por último, de las Bases. **Anexo C-4**, Contrato de Concesión, Cláusula 16.3.1.

[1164] **Anexo CL-35**, Decreto Supremo N.° 185-2014-EF, 27 de junio de 2014, art. 1.

[1165] **Anexo CL-35**, Decreto Supremo N.° 185-2014-EF, 27 de junio de 2014, art. 2.

[1166] *Ver* párr. 929 supra.

Tribunal retomará este punto cuando considere los daños en virtud del derecho internacional.

929. En resumen, los daños que se pueden reclamar por incumplimiento del Contrato de Concesión son los previstos en la Cláusula 15.5 de dicho Contrato, los gastos incurridos reclamados por las Demandantes (excluido el cargo por demora de USD 4,9 millones), es decir, USD 42,5 millones, más el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento, es decir, USD 8.687.826, lo que arroja un total de USD 51.187.826 más intereses, como se analiza más adelante en el párrafo 985, desde la fecha de resolución hasta la fecha del laudo.

(3) Reclamos en virtud del Tratado

a. Enfoque de ingresos vs. enfoque de costos

930. Las Partes no disputan el hecho de que el Tratado no establece el estándar de compensación para ninguna violación del TBI que no sea la expropiación. En consecuencia, con respecto a las violaciones del Artículo 2(3) del TBI que según ha determinado el Tribunal han tenido lugar, las Partes están de acuerdo en que se debe aplicar el estándar de *Chorzow Factory*. Es la aplicación de ese estándar a este caso lo que disputen ya que, si bien *Chorzow Factory* dicta un estándar de reparación plena[1167], a lo largo de los años los tribunales han concluido que existen múltiples enfoques para el cálculo de daños que son congruentes con ese estándar.

931. Los enfoques en disputa en este caso son el enfoque de ingresos, que se basa en un cálculo de DCF basado en los parámetros de un escenario contrafáctico, y el enfoque de costos, que se basa en el concepto de los costos en los que se incurrió hasta la fecha de resolución, más una ganancia empresarial razonable. El enfoque de ingresos asume que el Aeropuerto habría sido construido por Kuntur Wasi y que el Proyecto se habría tornado operativo y habría continuado estándolo durante el plazo de la Concesión.

932. El Tribunal, tras una extensa deliberación, ha llegado a la conclusión de que el enfoque de costos es el más adecuado en este caso. Si bien Corporación América indudablemente

[1167] El Tribunal observa que las Demandantes no han reclamado restitución, presuntamente porque resulta materialmente imposible.

cuenta con amplia experiencia en la construcción y operación de aeropuertos en América Latina, el estado del Proyecto y las cuestiones sin resolver con respecto a términos fundamentales del Contrato de Concesión en el momento de la resolución, así como las incertidumbres acerca de supuestos fundamentales en el escenario contrafáctico de las Demandantes, hacen que el enfoque de ingresos resulte demasiado especulativo, a criterio del Tribunal, para proporcionar una certeza razonable sobre los montos que arroja dicho cálculo.

933. En cuanto al estado del Proyecto al momento de la resolución del Contrato ejercida por Perú, no solo no estaba construido el Aeropuerto, sino que la etapa de construcción ni siquiera había comenzado. Se habían realizado importantes trabajos de preparación del sitio, principalmente movimiento de tierras, pero el financiamiento para la etapa de construcción no había sido aprobado, y el esquema de financiamiento para esta etapa estaba en duda en el momento de la resolución. Esto se debió al rechazo por el MTC de la propuesta de EGP de Kuntur Wasi y a las cuestiones planteadas con respecto a la Adenda N.° 1 y el nuevo plan de financiamiento para esa etapa, que había llevado al MTC a declarar poco antes de la resolución que la Adenda N.° 1 quedaría "sin efecto". Si bien la Adenda N.° 1 había simplificado en gran medida el esquema de financiamiento para la construcción en comparación con el esquema original de PAO/FPAO, a criterio del Tribunal, en el momento de la resolución no estaba claro cuál sería finalmente el esquema de financiamiento que se utilizaría para la construcción. Antes de que el Aeropuerto se tornara operativo, no solo debía acordarse el esquema de financiamiento, sino que luego debía conseguirse el financiamiento para la etapa de construcción en función del esquema de subsidios que finalmente se adoptara y se debía finalizar la construcción. Hasta tanto no se completaran todos estos pasos no habría un flujo de ingresos del Proyecto. Por lo tanto, a pesar de la experiencia de Corporación América en la construcción y operación de aeropuertos en América Latina, en el momento del incumplimiento existía una incertidumbre significativa no solo respecto del momento sino también respecto de las perspectivas de finalización del Proyecto.

934. Asimismo, en el momento en que el MTC intentó llevar a cabo la resolución unilateral, en julio de 2017, también existía una importante incertidumbre a futuro respecto de otros

términos fundamentales del Contrato. La Hoja de Ruta del 1 de junio, un documento que fue aceptado por Kuntur Wasi, indicaba que la concesión podría acortarse de 40 a 25 años, lo que implicaba una reducción significativa del período durante el cual el Concesionario obtendría ingresos del Proyecto. La Adenda N.° 1 modificó el esquema de financiamiento, simplificándolo sustancialmente, pero el informe de la Contraloría puso en duda su viabilidad. El escenario "contrafáctico" en un método de ingresos se basa en los flujos de caja proyectados a lo largo de la vida de la inversión. Sin embargo, debido a que una variable fundamental, el plazo de la Concesión, estaba en juego en el momento del incumplimiento, el Tribunal considera que ya no es posible asumir razonablemente que el plazo de la Concesión habría sido de 40 años. Si bien se estaba considerando un plazo significativamente más corto, de 25 años, el Tribunal considera que tampoco era seguro, bajo ningún punto de vista, que finalmente se fuera a acordar ese plazo. Por lo tanto, sería especulativo decidir si el supuesto contrafáctico adecuado debe ser un plazo de 25 años, de 40 años o un plazo intermedio. El plazo en sí mismo podría producir un impacto significativo sobre el cálculo de daños.

935. Existen otras hipotésis importantes para el cálculo de DCF que también invitan a la especulación. En los siguientes párrafos, el Tribunal analiza tres de estas suposiciones controvertidas por las Partes que tienen un impacto significativo sobre el cálculo:

(i) VPN y tasa de retorno;

(ii) supuestos clave sobre ingresos aeronáuticos (cantidad de visitantes y cantidad de vuelos internacionales); y

(iii) costos operativos y márgenes netos.

(i) VPN y TIR

936. Las Partes han discutido ampliamente sobre cuál debería ser el VPN del Proyecto al momento de la Concesión. La cuestión del VPN es distinta de la cuestión de la tasa interna de retorno (TIR) anticipada del Proyecto a lo largo de la vida de la Concesión, aunque ambos temas se relacionan, y es significativa para el cálculo contrafáctico del valor del Proyecto.

937. El experto de la Demandada, el Sr. Kaczmarek, ha sostenido que el VPN en el momento de la oferta debía ser cero o cercano a cero debido a los subsidios estatales que se estaban otorgando. Ha afirmado, con cierta lógica y respaldo en las pruebas, que, sin estos subsidios, el Proyecto tendría un VPN negativo. Si bien los subsidios fueron diseñados para eliminar el VPN negativo y así atraer oferentes, el Estado no habría querido otorgar más subsidios de los necesarios para lograrlo[1168]. En respuesta a los argumentos de las Demandantes sobre las suposiciones de PROINVERSIÓN en relación con estas cuestiones, la Demandada y su experto han indicado que las Demandantes se han basado en el estudio equivocado para adoptar su posición[1169]. También han afirmado que la TIR calculada por los expertos de las Demandantes es del 20,4 %, lo que consideran excesivo[1170].

938. En respuesta, las Demandantes han presentado varios argumentos: Han indicado que el VPN en el momento de la aceptación de la oferta debe ser mayor a cero porque la TIR debe ser mayor al costo del capital para una empresa que participa en un concurso, para que pueda cubrir los costos de dicho proceso. También sostienen que los cambios que tuvieron lugar en el mercado durante el período 2013-2017 aumentaron el valor del Proyecto de diversas maneras, especialmente al disminuir los costos debido a la depreciación del sol peruano y al aumentar el tráfico. Asimismo, han afirmado que la TIR esperada de un proyecto aeroportuario es necesariamente mayor que los costos de financiamiento, como reconoce PROINVERSIÓN[1171], y que el mero hecho de haber ganado el concurso genera valor. Por último, han manifestado su desacuerdo con que la TIR calculada por sus expertos sea del 20,4 % y, en cambio, han afirmado que es del 12,45 % cuando se incluyen todos los años pertinentes[1172].

939. El Tribunal acepta la proposición de que un Estado no querría subsidiar un proyecto más de lo necesario para atraer oferentes. Esa conclusión constituye un fuerte argumento a favor

[1168] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 165; **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 37, 38.

[1169] Dúplica de la Demandada, párr. 596; **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 43-50.

[1170] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 163; Dúplica de la Demandada, párr. 594; Transcripción, Día 1 (Español), 287:16-21, 288:1-2.

[1171] **Anexo CD-1**, Alegato de Apertura de las Demandantes, pág. 195. *Ver también* Réplica de las Demandantes párr. 923.

[1172] **CD-1**, Presentación de Compass Lexecon, pág. 15.

de que el VPN sea cero o cercano a cero en el momento de la aceptación de la oferta. Al mismo tiempo, al construir un escenario contrafáctico, parecería adecuado y, de hecho, menos especulativo, tener en cuenta las condiciones de mercado posteriores a la oferta para calcular la tasa de retorno probable. El Tribunal también considera que el Contrato en sí mismo constituye un activo valioso y que, si los costos del concurso se excluyen de los subsidios, los participantes querrían obtener una tasa de retorno que cubra esos costos.

940. Por lo tanto, en conjunto, el Tribunal considera que, si bien el VPN al momento de la aceptación de la oferta puede haber sido cero o cercano a cero, el Contrato, una vez firmado, tendría valor. Aun así, es difícil imaginar que la firma de un Contrato y los hechos posteriores señalados por las Demandantes puedan resultar en un aumento del VPN al momento de la aceptación de la oferta tan alto como plantea el modelo de las Demandantes, dado que el Aeropuerto aún debía ser financiado, construido y debía comenzar a funcionar.

941. En cuanto a la cuestión de cuál es una tasa de retorno razonable para el Proyecto en el escenario contrafáctico, el Tribunal concuerda con la Demandada en que una tasa superior al 20 % parecería excesiva; sin embargo, si las Demandantes están en lo cierto, esto no es lo que propone el modelo contrafáctico. Más bien, las Demandantes han indicado que la TIR es del 12,45 % cuando se tienen en cuenta todos los años pertinentes. El Tribunal observa que PROINVERSIÓN, en su informe del 1 de diciembre de 2013, indicó que "concesiones de aeropuertos previas en Perú tuvieron una TIR de entre el 12 % y el 14 %"[1173]. El Tribunal considera que esta prueba demuestra en gran medida cuál sería una TIR razonable. También considera que, si los costos del concurso no pueden cobrarse al Estado, los oferentes querrían recuperarlos mediante los rendimientos obtenidos del Proyecto. Esto lleva a la conclusión de que, lógicamente, la TIR debería ser mayor que el costo del capital de un oferente.

942. Asimismo, el Tribunal observa que el segundo informe pericial del Sr. Kaczmarek, a pesar de criticar el hecho de que los expertos de las Demandantes se basen en el escenario general a nivel del proyecto del estudio de PROINVERSIÓN de diciembre de 2013, cita al segundo análisis de flujo de caja de dicho estudio, que se centró en los flujos de caja para el inversor

[1173] **Anexo R-31,** Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013, pág. 163.

de capital y que aparentemente concluyó una TIR del 12,35 %[1174]. Esta tasa es muy cercana a la TIR del 12,45 % que según las Demandantes, es la verdadera TIR de su cálculo y también está dentro del rango indicado por PROINVERSIÓN en el informe de diciembre de 2013.

943. Dado el interés público en la construcción del nuevo Aeropuerto, para el Tribunal está claro que Perú habría querido ofrecer una tasa de retorno lo suficientemente robusta como para atraer oferentes sólidos. En opinión del Tribunal, la opinión de PROINVERSIÓN en cuanto a qué constituría una tasa de retorno adecuada, es la prueba más relevante sobre las expectativas que pudieron haber tenido las Demandantes con respecto a la TIR del Proyecto, no los cálculos internos de los oferentes.

944. Pero ¿cuál es una hipótesis razonable con respecto a la vida del Proyecto? Esta pregunta remite a la cuestión de cuál habría sido la duración de la Concesión si el Proyecto hubiera seguido adelante en lugar de ser cancelado. Una reducción significativa del plazo de la Concesión presuntamente afectaría la tasa de retorno necesaria para atraer a los inversores. Sin embargo, las cifras de TIR de PROINVERSIÓN citadas parecen asumir una concesión de 40 años[1175]. Por lo tanto, en última instancia, los cálculos de PROINVERSIÓN no prueban cuál debería ser la TIR en un escenario en el que la Concesión tiene un plazo significativamente más corto.

945. Este análisis muestra los desafíos de construir un escenario contrafáctico que no sea especulativo. Pero no son las únicas suposiciones clave que afectan significativamente la valuación del Proyecto basada en un modelo de ingresos.

(ii) Cantidad de visitantes y vuelos

946. Las hipótesis relativas a la cantidad de visitantes y vuelos, en particular vuelos internacionales, que habría una vez que el Aeropuerto estuviera operativo, también tienen un impacto significativo sobre los ingresos de las actividades aeronáuticas en el escenario contrafáctico de la metodología de ingresos. Estos ingresos aeronáuticos representan más

[1174] **Anexo RER-5,** Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 56-59, donde se analiza el **Anexo R-31**, Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013.

[1175] **Anexo R-31,** Informe de ALG, Entregable 4-B: Modelo Económico Financiero, diciembre de 2013, pág. 22.

del 80 % de los ingresos estimados del nuevo Aeropuerto, mientras que los ingresos no aeronáuticos (cuya estimación no pareciera estar en disputa) representan el resto de los ingresos.

947. La Demandada sostiene que los ingresos aeronáuticos están ampliamente sobrestimados en el escenario contrafáctico, lo que aumenta el monto de los daños en USD 42,3 millones si se emplea la metodología de ingresos.

948. Con respecto a los visitantes, la Demandada y su experto, el Sr. Ricover, sostienen que la restricción a la cantidad de visitantes a Machu Picchu, que estaría vigente a partir de 2027, limita el potencial de crecimiento de la zona, cuyo principal motor es el turismo. En respuesta, las Demandantes critican el uso de datos de 2013 en lugar de datos de 2017 por parte del Sr. Ricover[1176] y afirman que su posición ignora tanto la versión optimista presentada por PROINVERSIÓN como los datos reales. También hacen hincapié en la existencia de otras atracciones turísticas en el Valle Sagrado además de Machu Picchu que, en su opinión, atraerían visitantes.

949. En opinión del Tribunal, sería ilógico que Perú apoyara la construcción de un nuevo aeropuerto tan decididamente si no creyera que la existencia de mejores instalaciones generaría un aumento en la cantidad de visitantes, especialmente turistas. Al mismo tiempo, la restricción de visitantes a Machu Picchu no puede simplemente ser ignorada. Si bien esta restricción fue impuesta por Perú y, por lo tanto, podría modificarse, se supone que los motivos están relacionados con la importancia cultural e histórica, la sensibilidad ambiental y la capacidad de carga del sitio Machu Picchu, y éstos seguirían siendo factores que se deben considerar en cualquier valuación objetiva[1177]. No obstante, el énfasis que hacen las Demandantes en Choquequeirao y otras atracciones que están cautivando cada vez más visitantes al Valle Sagrado también tiene mérito. En particular, dados los nuevos sitios en desarrollo que están atrayendo una cantidad cada vez mayor de turistas, es razonable suponer que, si bien Machu Picchu seguiría siendo una atracción importante y quizás

[1176] Réplica de las Demandantes, párr. 930.

[1177] Macchu Picchu forma parte del Patrimonio Mundial de la UNESCO desde 1983.

también la principal de la región, la creciente diversidad de atracciones cautivaría visitantes adicionales.

950. Por todos estos motivos, el Tribunal considera que las proyecciones del Sr. Ricover, el experto en aviación de la Demandada, son demasiado conservadoras. No son congruentes con las proyecciones de ese momento de la propia Demandada. Si bien el uso del escenario más optimista concebido por PROINVERSIÓN puede no estar completamente justificado, el Tribunal considera que la expectativa de crecimiento continuo de Mott McDonald, basada en la opinión experta del Sr. Rossi, representa el escenario más probable. Sin embargo, la decisión sobre si la estimación correcta es 6 millones, 6,5 millones o algún otro número, requeriría un cierto grado de especulación por parte del Tribunal.

951. En cuanto a los vuelos, la principal cuestión a decidir es la cantidad de vuelos internacionales de un nuevo aeropuerto. Esto se debe a que los ingresos que se generan con los vuelos internacionales son significativamente mayores que los ingresos generados por los vuelos nacionales. La Demandada afirma que los turistas continuarían viajando a la región principalmente a través de Lima, un aeropuerto de bajo costo que funciona como un importante centro en la región. Por lo tanto, su experto, el Sr. Ricover, proyecta que los vuelos internacionales a Chinchero no representarían más del 10 % del total de vuelos y, de hecho, disminuirían progresivamente a partir de 2022. Las Demandantes consideran que el porcentaje correcto sería de entre el 25 % y el 30 % a partir de 2030, aproximadamente, y que se mantendría ligeramente por encima del 25 % en 2039. Las Demandantes han afirmado que habría suficiente demanda para justificar vuelos directos desde ciertos destinos internacionales, como Miami, una vez que estuviera en funcionamiento la nueva infraestructura[1178]. Se basan no solo en sus propios expertos, sino también en estudios realizados por Perú que han proyectado crecimiento si se cuenta con nuevas instalaciones.

952. Nuevamente, el Tribunal considera que no está totalmente justificada la posición de ninguna de las Partes. Concuerda con la Demandada en que una porción considerable del tránsito seguirá pasando por Lima, tanto por las atracciones de la propia ciudad de Lima como por su condición de centro y su estructura de costos favorable. También acepta que

[1178] Alegato de Cierre de las Demandantes, págs. 134-136.

la nueva infraestructura no necesariamente implicará un crecimiento del tránsito internacional. Al mismo tiempo, el Tribunal está convencido de que habrá suficiente demanda de algunos nuevos vuelos internacionales que evitarán Lima y se dirigirán directamente a la zona turística. El límite del 10 % parece, por lo tanto, poco realista. Si bien el escenario de las Demandantes también parece excesivamente optimista, la hipótesis de que la cantidad de vuelos internacionales aumentaría una vez que el nuevo aeropuerto estuviera operativo, ya sea debido a la incorporación de rutas nuevas o a la posibilidad de introducir aviones de fuselaje ancho (evolución de la flota), y que seguiría aumentando durante varios años, parece razonable sobre la base de todas las pruebas presentadas[1179]. No obstante, una vez más, fijar una cifra concreta se convierte en un ejercicio algo especulativo.

(iii) Costos y márgenes operativos

953. La Demandada critica el nivel de costos operativos asumidos en el modelo de DCF de las Demandantes, e indican que el 13,6 % es un porcentaje demasiado bajo y que deberían ser el 55 % de los ingresos totales. Las Demandantes afirman que su modelo toma los números de PROINVERSIÓN, que estaban específicamente adaptados a las circunstancias locales, y los ajusta para actualizarlos. También sostienen que el nivel de costos del 13,6 % es congruente con los costos operativos del aeropuerto de Lima y critican a la Demandada y a su experto por seleccionar instalaciones aeroportuarias de distintas partes del mundo que pueden no ser comparables en términos de regulación, contexto de costos y otros factores pertinentes. Las Demandantes también critican los cálculos correspondientes a ciertos aeropuertos utilizados por la Demandada como comparadores, por ejemplo Montevideo, cuyos costos operativos, alegan, se han calculado incorrectamente.

954. En opinión del Tribunal, las estimaciones de PROINVERSIÓN al momento de la oferta con respecto al nivel probable de gastos operativos tiene gran valor probatorio. No solo fueron elaboradas por un organismo gubernamental en relación con dicha oferta, sino que se basan en información sobre la estructura de costos de las operaciones aeroportuarias de Perú y en los números del aeropuerto existente de Cusco. Por lo tanto, proporcionan la

[1179] Pareciera que PROINVERSIÓN, en sus estudios, también consideró que, con el nuevo aeropuerto, también vendrían nuevas rutas internacionales directas. *Ver* **Anexo CD-2**, Presentación de Mott MacDonald, pág. 11.

mejor prueba de las expectativas razonables respecto del nivel de costos operativos pertinentes, al menos al momento de la oferta.

955. En lo que respecta al margen operativo, el Tribunal coincide con el Sr. Ricover en que el margen operativo es la referencia que se debe utilizar al comparar las proyecciones de Chinchero con otros aeropuertos en lugar del EBITDA, que introduce factores locales no comparables, como los costos regulatorios. En cuanto a qué aeropuertos deben compararse con Chinchero para evaluar la razonabilidad del margen operativo proyectado para Chinchero, el Tribunal está de acuerdo en que la comparabilidad es fundamental. Duda si un aeropuerto como Lima, que es un importante centro internacional y también nacional, es un comparador razonable. En cambio, otros aeropuertos regionales de América Latina, reconociendo que podría ser necesario hacer ajustes de factores relevantes, y especialmente los operados por Corporación América, parecerían ser los mejores comparadores en opinión del Tribunal.

956. Si bien el desacuerdo entre las Partes sobre los costos proyectados para el método de DCF parece ser, a criterio del Tribunal, más susceptible de resolverse con certeza razonable que los otros factores analizados, también está sujeto a la incertidumbre general ya explicada respecto del plazo de la Concesión, la tasa de retorno y los ingresos.

957. En resumen, una evaluación detallada de las hipótesis clave subyacentes al modelo de DCF de las Demandantes, conducen al Tribunal al convencimiento de que, dada la cantidad de variables fundamentales que están en juego, el modelo de DCF simplemente resulta demasiado especulativo por el estado del Proyecto y las preguntas sin contestar sobre su futuro al momento de la resolución que tornan particularmente problemática la construcción de un escenario contrafáctico.

958. Además de los términos del Contrato, las Demandantes se han basado en la decisión del caso *Stati c. Kazajstán* para afirmar que, cuando existen instalaciones con tráfico establecido y predecible y obligaciones contractuales y vinculantes de ingresos, resulta

adecuado el enfoque de ingresos[1180]. Sin embargo, es importante destacar que el tribunal del caso *Stati* determinó que las demandantes no habían cumplido con la carga de la prueba y que "para un reclamo por pérdida de la oportunidad debía aplicarse un alto nivel de probabilidad suficiente"[1181].

959. Otros dos casos en los que se basaron las Demandantes, relacionados con contratos o concesiones de aeropuertos donde se aplicó el método de DCF para calcular los daños una vez que se determinó que se había producido una expropiación ilícita —*ADC c. Hungría* y *Flughafen Zürich c. Venezuela*—[1182], involucraban aeropuertos en funcionamiento. Por lo tanto, no presentan las circunstancias del Proyecto al momento de la resolución, que se presentan ante este Tribunal.

960. Si bien es cierto que el Contrato proporciona una base sólida para hacer suposiciones sobre ciertas variables clave en un análisis contrafáctico, en última instancia, el Tribunal debe estar convencido de que los daños basados en un enfoque de ingresos se han demostrado de manera suficiente, han sido causados por el incumplimiento, son razonables en términos de monto y no resultan demasiado especulativos o remotos. El Tribunal considera que las Demandantes no han cumplido con su carga de persuasión cuando se tienen en cuenta todos estos factores en relación con el modelo de DCF propuesto. Por lo tanto, concuerda con el experto de la Demandada en que el enfoque de costos, en lugar del enfoque de ingresos, es el enfoque más adecuado para calcular los daños por la violación del Artículo 2(3) del TBI en función de los hechos y las circunstancias del presente caso.

b. Enfoque de costos

961. Como ya se señaló (*supra*, párrs. 827 a 829), las Demandantes no han presentado cálculos de daños por violación del derecho internacional basados en el enfoque de costos. Han respondido al cálculo de daños basado en el enfoque de costos realizado por el experto en

[1180] **Anexo CL-246**, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA y Terra Raf Trans Traiding Ltd c. República de Kazajstán,* Caso SCC N.° V 116/2010 1688, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (en adelante, *Antolie Stati y otros c. Kazajstán*), párr. 1688; ver Réplica de las Demandantes párr. 910; **Anexo CD-1**, Alegato de Apertura de las Demandantes, pág. 192.

[1181] **Anexo CL-246**, *Antolie Stati y otros c. Kazajstán*, párr. 1689. [Traducción del Tribunal]

[1182] **Anexo CL-107**, *ADC c. Hungría*; **Anexo CL-128**, *Flughafen Zürich c. Venezuela*.

quantum de la Demandada. Es ese enfoque, que busca determinar un valor de mercado para el Proyecto al momento de la resolución en función de los costos en los que se incurrió más una ganancia empresarial, lo que el Tribunal analizará a continuación.

962. Los expertos de las Demandantes afirman que, según los estados financieros auditados de Kuntur Wasi, la inversión de las Demandantes en el Proyecto fue de aproximadamente USD 47,4 millones[1183]. El Tribunal, en su análisis de daños contractuales, consideró cada uno de los componentes de este monto. Concluyó que las Demandantes no habían cumplido con su carga de persuasión respecto de los costos por demora en la construcción de USD 4,9 millones, pero determinó que los demás gastos eran adecuados y contaban con justificación suficiente. En consecuencia, el monto total de los gastos directos en los que incurrió válidamente fue de USD 42,5 millones.

963. El experto en quantum de la Demandada sostiene que un enfoque de valor de mercado para los costos no daría como resultado que USD 2,0 millones de estos gastos, correspondientes a la estructuración financiera, sean compensables[1184]. Sin embargo, en opinión del Tribunal, es razonable suponer que cualquier parte que estuviera en la posición de las Demandantes buscaría recuperar su inversión total, que incluiría estos costos. Por lo tanto, el Tribunal considera que USD 42,5 millones es la cifra adecuada a los fines del cálculo de daños en virtud del TBI basado en el enfoque de costos. En opinión del Tribunal, este es el monto sobre el que se debe calcular la ganancia empresarial.

964. El experto de la Demandada no presentó ningún cálculo de ganancia empresarial en su informe pericial inicial, pero abordó este aspecto en su segundo informe pericial[1185]. Sin embargo, como consecuencia de la conclusión del Tribunal de que el valor de mercado de la Concesión al momento del incumplimiento era de USD 42,5 millones, en lugar de USD 34,4 millones, es necesario realizar un nuevo cálculo de la ganancia empresarial. Por lo tanto, el Tribunal instruye a las Partes realizar un nuevo cálculo basado en esta decisión.

[1183] **Anexo CER-1**, Primer Informe Pericial de Compass Lexecon, párrs. 63-65.

[1184] *Ver, por ejemplo,* **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 149.

[1185] **Anexo RER-5**, Segundo Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 141-148.

965. El estándar de *Chorzow Factory* también exige la inclusión de todo daño consecuencial para lograr una reparación plena. Si no hubiera tenido lugar la resolución ilícita, la Garantía de Fiel Cumplimiento de Kuntur Wasi no se habría perdido. En consecuencia, el valor de esa garantía, USD 8.687.826, debe tratarse como daño consecuencial.

c. Daño moral

966. Las Demandantes reclaman una indemnización por daño moral en virtud del derecho peruano e internacional del 20 % de los daños compensatorios derivados del presunto daño a la imagen, el honor y la buena reputación de Kuntur Wasi y sus accionistas por la resolución indebida del Contrato de Concesión ejercida por la Demandada.

967. Admiten que el daño moral, según el derecho peruano, exige que se demuestre un perjuicio economico[1186]. Dado que el Tribunal ha determinado que las Demandantes no han cumplido con la carga de demostrar este reclamo (*supra*, párrs. 184187 y ss.), no hay daño moral y, por lo tanto, no hay fundamento para otorgar una indemnización por daños en relación con este reclamo en virtud del derecho peruano.

968. Queda por resolver si dicho reclamo está justificado en virtud del derecho internacional. Ambas Partes se basan en el estándar articulado en el caso *Lemire c. Ucrania*, que tiene tres aspectos:

- las acciones del Estado conllevan una amenaza física, una detención ilegal u otras situaciones análogas en las que el maltrato contraviene las normas según las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas;

- las acciones del Estado causan deterioro de la salud, estrés, ansiedad u otro sufrimiento mental, como humillación, vergüenza y denigración o pérdida de reputación y posición social; y

- tanto las acciones como las consecuencias son graves o sustanciales[1187].

[1186] *Ver*, párr. 595 *supra*.

[1187] **Anexo RL-70**, *Lemire c. Ucrania,* párr. 333. [Mencionado en el **Anexo RD-1**, Alegato de Apertura de la Demandada, pág. 94.

969. Este es un estándar elevado, que el Tribunal considera que no se ha cumplido en virtud de los hechos y las circunstancias presentados por las Demandantes en el presente caso. Las Demandantes se basan en dos grupos de hechos y circunstancias: primero, las medidas penales adoptadas por el Estado contra ciertos empleados de Kuntur Wasi, detalladas anteriormente; y segundo, los efectos de la resolución sobre futuras oportunidades de contratación pública de Corporación América, debido a los requisitos de los concursos de revelar instancias de resolución de contratos[1188].

970. En opinión del Tribunal, el primer grupo no proporciona un fundamento para otorgar una indemnización por daño moral. Las medidas penales no se tomaron contra de una Demandante, sino contra empleados individuales. Al Tribunal no le queda claro si podría haberse iniciado una acción penal contra Kuntur Wasi como sociedad, ya que el Tribunal no tiene pruebas en el expediente sobre si Perú reconoce la responsabilidad penal empresarial. En cualquier caso, si bien el Tribunal aprecia la gravedad de las medidas penales tomadas contra el personal de Kuntur Wasi, las acciones de Perú, incluso si se tomaron contra las personas como representantes de la empresa, no cumplen con el primer elemento del criterio del caso *Lemire*.

971. El Tribunal no ha recibido pruebas que demuestren que las medidas se tomaron de mala fe. El Tribunal toma toma conocimiento de que durante este período, Perú se enfrentó a numerosas acusaciones de corrupción significativa en la contratación pública, incluido el sector de la construcción. Si bien las denuncias de corrupción pueden ser mal utilizadas, y resulta particularmente preocupante que denuncias similares a las realizadas contra el Ministro Vizcarra derivadas de los mismos hechos fueran archivadas un mes antes de que éste asumiera la Presidencia de Perú, mientras que las denuncias contra el personal de Kuntur Wasi no se archivaron, no existen pruebas suficientes de abuso de la maquinaria investigativa y penal del Estado. El hecho de que una investigación, en última instancia, no haya derivado en la presentación de cargos no significa que no hubiera un fundamento para realizar la investigación y, por lo tanto, no puede constituir la prueba. Si existía un motivo razonable de preocupación por posibles conductas delictivas, Perú tenía derecho de

[1188] *Ver* párr. 580 *supra.*

investigar, incluso quizás estaba internacionalmente obligado a hacerlo. No se ha demostrado que haya actuado en contra de las normas según las cuales se espera que actúen las naciones civilizadas. Sin embargo, esas mismas normas también obligan a Perú a actuar con celeridad y sin arbitrariedad; el Tribunal comprende perfectamente que la naturaleza prolongada de estas investigaciones pudo haber resultado extremadamente problemática para las personas involucradas.

972. En cuanto al segundo grupo, el Tribunal reconoce que en concursos para otros proyectos de aeropuertos en los que participe Corporación América, ésta deba informar la resolución del contrato del Aeropuerto Chinchero por parte de Perú y el posible daño reputacional derivado de dicha resolución. Sin embargo, el hecho de que este acto estuviera en disputa, y que este Tribunal haya determinado que la resolución fue indebida y que da lugar a una indemnización por daños debería permitir a Corporación América mitigar cualquier efecto de esta divulgación en futuros concursos y en su reputación en general. Además, las Demandantes no han demostrado que los efectos de la divulgación o los daños reputacionales hasta el momento hayan sido "graves y sustanciales", como exige el estándar del caso *Lemire*. No han proporcionado ejemplos de ofertas que hayan sido rechazadas por ese motivo ni de otros efectos perjudiciales de naturaleza específica, sino que se han limitado a realizar una afirmación general del perjuicio.

973. Por lo tanto, el Tribunal considera que no existe fundamento para otorgar una indemnización por daño moral.

d. Reclamo de PyC contingente

974. Kuntur Wasi y Proyecta & Construye, S.A. ("PyC") celebraron un contrato de EPC para el Proyecto (Contrato de Ingeniería, Aprovisionamiento y Construcción (EPC) a Suma Alzada) (el "**Contrato de EPC**") el 26 de junio de 2014[1189]. Según sus términos, el Contrato de EPC se resolvería automáticamente en caso de resolución de la Concesión[1190]. Si la construcción hubiera comenzado, PyC tendría derecho a recibir compensación por el

[1189] **Anexo C-104**, Contrato de *EPC,* 26 de junio de 2014.

[1190] **Anexo C-104**, Contrato de *EPC,* 26 de junio de 2014, Cláusula 18.4.

trabajo realizado, así como por sus gastos y costos debidamente verificados hasta la fecha de resolución. Además, la misma cláusula establece lo siguiente:

> *No obstante, en caso que KUNTUR WASI logre percibir por parte del Concedente una indemnización a su favor como consecuencia de haber cuestionado la caducidad de la Concesión, KUNTUR WASI se compromete a reconocer a favor de EL CONTRATISTA, a título de lucro cesante, la utilidad dejada de percibir por este último respecto de LA OBRA inconclusa, siempre que dicho concepto esté específicamente comprendido en la indemnización que se otorgue a KUNTUR WASI*[1191].

975. Por lo tanto, esta disposición parece establecer un pasivo contingente de Kuntur Wasi a favor de PyC por el lucro cesante en virtud del Contrato de EPC, siempre que este elemento esté específicamente previsto en cualquier indemnización que se otorgue a Kuntur Wasi[1192].

976. Las Demandantes argumentan que esta obligación, cuantificada en USD 48,5 millones, no se habría generado sin la conducta ilícita de Perú, y que este pasivo contingente debe formar parte de la indemnización para poner a las Demandantes en la misma posición en la que habrían estado en ausencia de la violación[1193]. La Demandada objeta la validez de este reclamo, destacando que Kuntur Wasi y PyC son empresas relacionadas[1194].

977. El Tribunal considera que este reclamo es confuso. Observa que, si la Concesión no se hubiera terminado y el Contrato de EPC se hubiera cumplido, Kuntur Wasi presuntamente habría pagado a PyC por su trabajo en virtud del Contrato y cualquier ganancia obtenida por PyC a partir del Contrato se habría derivado de los pagos recibidos de Kuntur Wasi. Por lo tanto, el Tribunal considera que, en el escenario contrafáctico, si se adopta un enfoque de ingresos, el contrato de EPC se habría cumplido y el costo de ese Contrato debería constituir un gasto de Kuntur Wasi, sin que exista una obligación separada de indemnizar a PyC por sus ganancias. El Tribunal entiende que los expertos de las

[1191] *Ibídem*.

[1192] Al Tribunal no le queda del todo claro si este pasivo se generaría por la adjudicación de lucro cesante en general o si requiere que se adjudique lucro cesante específicamente en virtud de este contrato. Dado que las Demandantes lo han identificado como un concepto separado de los daños, el Tribunal asume que entienden que la respuesta es la segunda.

[1193] Memorial de las Demandantes, párr. 639.

[1194] Dúplica de la Demandada, párrs. 617-619.

Demandantes han incluido este concepto en su escenario real. Si bien el escenario real asume la resolución, el error en este enfoque consiste en que, como pasivo contingente, solo califica como un elemento de pérdida por desembolsos directos para Kuntur Wasi si se satisface la contingencia. Según los términos del Contrato de EPC, ello solo ocurriría si el Tribunal reconociera específicamente este monto como componente de una indemnización por daños.

978. El Tribunal no considera adecuado incluir este pasivo contingente en la indemnización por daños y se niega específicamente a hacerlo. Una cosa es incluir en la indemnización un pasivo adeudado por trabajo que, de acuerdo con las pruebas, se ha realizado, como es el saldo de la factura correspondiente al EDI. Pero es muy distinto cobrarle a la Demandada, que no era parte del Contrato de EPC y no se ha demostrado que hubiera tenido conocimiento de sus disposiciones ni las había consentido, un pasivo contingente potencial y significativo de Kuntur Wasi hacia un tercero, en particular hacia un tercero relacionado. Por lo tanto, este reclamo quedará excluido de todo cálculo adicional de daños.

e. Intereses

979. Como ya se mencionó, el cálculo de daños de las Demandantes incluye intereses desde el 13 de julio de 2017 hasta la fecha de pago de la eventual indemnización, con capitalización anual[1195]. Las Demandantes sostienen que los intereses son una parte integral de la reparación plena y que la tasa de interés en este caso debería ser su costo promedio ponderado de capital (WACC), del 7,18 %. La Demandada no abordó estas afirmaciones en su Memorial de Contestación, aunque su experto en quantum, el Sr. Kaczmarek, propuso que el Tribunal considerara dos tasas alternativas, la tasa LIBOR más el 4% y la Tasa US Prime más el 2 %[1196]. El Sr. Kaczmarek también sugirió que los intereses no deberían correr en ningún período que sea atribuible a las demoras de Kuntur Wasi en demostrar sus gastos[1197].

[1195] Memorial de las Demandantes párrs. 666 y ss.

[1196] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párrs. 200, 201. Desde entonces, por supuesto, la tasa LIBOR dejó de existir.

[1197] **Anexo RER-1**, Primer Informe Pericial de Kaczmarek, párr. 198.

980. En su Réplica, las Demandantes reiteraron la posición de que los intereses debían basarse en el WACC y afirmaron que las alternativas de la Demandada se encontraban "dentro del rango" del 7,18 %[1198]. En su Dúplica, la Demandada reiteró que el WACC no es adecuado y presentó dos alternativas adicionales a las dos presentadas en su Memorial de Contestación: 1) el rendimiento de los bonos del gobierno de Estados Unidos a 10 años; y 2) la tasa activa promedio en dólares estadounidenses de Perú[1199]. Esta última, según afirmó la Demandada, fue respaldada por los expertos en daños de las Demandantes[1200]. La Demandada no parece objetar la capitalización compuesta anual solicitada.

981. El Tribunal concuerda con las Demandantes en que corresponde que los intereses se calculen desde la fecha del incumplimiento hasta la fecha de pago de la indemnización para proporcionar una reparación plena. El Tribunal concluyó que no hubo demoras imputables a Kuntur Wasi después de dicha fecha (es decir, el 13 de julio de 2017).

982. Respecto de cuál sería la tasa de interés adecuada, la objeción de la Demandada al WACC pareciera consistir en que el WACC es una tasa de interés a largo plazo, lo cual no es adecuado dados los hechos del presente caso. Dado que los expertos de las Partes parecen coincidir en que la tasa de préstamo promedio en dólares estadounidenses de Perú es una tasa alternativa adecuada, el Tribunal solicita que las Partes elaboren un cálculo basado en dicha tasa para su consideración.

983. Dado que pareciera no haber desacuerdo sobre la capitalización compuesta anual, el cálculo debe proceder sobre esta base.

984. Dado que el Tribunal ha determinado que tiene jurisdicción sobre Kuntur Wasi, corresponde decidir si los daños por violación del tratado deben ser pagados a Corporación América o a Kuntur Wasi. El Tribunal invita a las Partes a manifestar sus posturas sobre esta cuestión. También invita a que realicen presentaciones sobre la gravabilidad de la indemnización en Perú en función de las dos alternativas.

[1198] Réplica de las Demandantes, párr. 971.

[1199] Dúplica de la Demandada, párr. 622.

[1200] Ibídem, donde se cita el **Anexo CER-4**, Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon, párr. 111.

(4) Resumen de las decisiones e instrucciones adicionales

985. Con respecto a las cuestiones de quantum del presente caso, el Tribunal ha decidido lo siguiente:

(i) Los daños por incumplimiento contractual se regirán por los términos del Contrato de Concesión y/o el derecho peruano, según corresponda, mientras que los daños por violaciones al tratado se regirán por los términos del TBI o del derecho internacional, según corresponda.

(ii) Los daños que pueden reclamarse por incumplimiento del Contrato de Concesión son aquellos previstos en la Cláusula 15.5 de dicho Contrato, los gastos incurridos, es decir, USD 42,4 millones, más el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento, USD 8.687.826, con intereses desde la fecha de valuación, es decir, el 13 de julio de 2017.

(iii) El Contrato de Garantía no aumenta los daños que deben pagarse en virtud del contrato o del derecho peruano.

(iv) Para la violación del TJE, se aplicará el estándar de reparación plena de *Chorzow Factory*, utilizando el enfoque de costos para calcular los daños, que valuará la inversión de las Demandantes en el Proyecto más una ganancia empresarial, y más todo daño consecuencial que no se tenga en cuenta en la cifra de la inversión.

(v) Con respecto a los costos reclamados:

a. no se pagará daños con relación al reclamo por demora en la construcción de USD 4,9 millones;

b. los reclamos por el EDI de USD 27,6 millones, los gastos del concurso y de estructuración de USD 6,1 millones, los gastos de estructuración financiera de USD 2,0 millones, los costos de supervisión de USD 1,1 millones pagaderos a OSITRAN, los impuestos de USD 1,3 millones no relacionados con el EDI y los gastos operativos de USD 4,4 millones podrán ser recuperados por Kuntur Wasi por un total de USD 42,5 millones;

c. se calculará una ganancia empresarial sobre los daños anteriores utilizando la metodología descripta en los párrafos 892 y 893 (es decir, el promedio de los dos cálculos descritos en los párrafos 892 y 893);

d. la Garantía de Fiel Cumplimiento de USD 8.687.826 se tratará como daño consecuencial;

e. no se pagarán daños con relación al reclamo contingente de PyC por USD 48,5 millones por lucro cesante.

(vi) No se adeudará indemnización por daño moral.

(vii) El cálculo de intereses sobre los daños (incluidos el daño consecuencial así como los daños calculados según el enfoque de costos) desde la fecha de valuación se realizará a la tasa activa promedio en dólares estadounidenses de Perú, compuestos anualmente.

986. Se instruye a las Partes para que presenten sus posiciones sobre las siguientes cuestiones:

(i) En primer lugar, como se determinó en el párrafo 964, se debe realizar un nuevo cálculo de daños basado en el enfoque de costos, teniendo en cuenta los conceptos de costos que esta Decisión ha determinado como admisibles y ningún otro, y aplicando la tasa de interés establecida en esta Decisión.

(ii) En segundo lugar, como se determinó en el párrafo 982, el Tribunal solicita que las Partes realicen presentaciones sobre la tasa de préstamos promedio en dólares estadounidenses de Perú del período pertinente hasta la fecha para su consideración por parte del Tribunal.

(iii) En tercer y último lugar, como se determinó en el párrafo 984, el Tribunal instruye a las Partes para que presenten su posición sobre si los daños deben otorgarse a Kuntur Wasi, a Corporación América o en función de una combinación de ambas. También instruye a las Partes para que realicen presentaciones sobre la tributabilidad de la indemnización en Perú en función de las dos alternativas.

987. Las presentaciones adicionales solicitadas por el Tribunal deben realizarse dentro de los 30 (treinta) días a partir de la fecha en la que esta Decisión se envíe a las Partes. En la medida de lo posible, las presentaciones deben realizarse de manera conjunta; se solicita a las Partes que hagan todo lo posible para llegar a un acuerdo. Sin embargo, si no fuera posible, podrán realizar presentaciones separadas en la fecha indicada, en cuyo caso deberán explicar los motivos del desacuerdo. El Tribunal determinará si se requieren presentaciones de seguimiento.

988. El Tribunal también instruye a las Partes a realizar presentaciones sobre costos dentro de los 15 (quince) días posteriores a la presentación o las presentaciones realizadas de conformidad con el párrafo anterior. La decisión sobre los costos se reservará para el Laudo final.

Enrique Barros Bourie
Arbitrator

Date: 11 August 2023

José Emilio Nunes Pinto
Arbitrator

Date: 11 August 2023

Lucinda Low
President of the Tribunal

Date: 11 August 2023