



**Centro  
de Arbitraje**  
Cámara de Comercio I Lima

Lima, 10 de febrero de 2014

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO PROCURADURÍA PÚBLICA MESA DE PARTES
11 FEB. 2014
Por: <i>[Signature]</i>
Hora: <i>[Signature]</i>

Señores  
MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO  
Jirón Cusco N° 177, Edificio Banmat, 3° piso  
Lima.-

Ref.: Caso Arbitral N° 2551-2013-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, les remito el laudo de fecha 7 de febrero de 2014, el que se encuentra debidamente firmado por los tres (3) miembros del Tribunal Arbitral.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

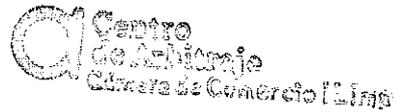
CÉSAR SOBREVILLA LAZO  
Secretario Arbitral

Contamos con el ISO-9001



d. Av. Giuseppe Garibaldi N°396,  
Jesús María - Lima 11  
t. (511) 219 1550 | (511) 463 3434  
c. arbitrajeccl@camaralima.org.pe  
w. www.camaralima.org.pe

Lima, 07 de febrero de 2014



2014 FEB 10 PM 5 03

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

RECIBIDO  
NO ES SEÑAL DE  
CONFORMIDAD

Demandante: CONSORCIO AGUA AZUL S.A.

Demandado: MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y  
SANEAMIENTO.

Tribunal Arbitral:

Sergio León Martínez (Presidente del Tribunal Arbitral)

Raúl Barrios Fernández Concha.

César Landa Arroyo.

Secretario Arbitral

César Sobrevilla Lazo.

### I.- ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

1.- El presente proceso arbitral se inicia con la petición de fecha 2 de abril de 2013 presentada ante el Secretario General del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, mediante la cual CONSORCIO AGUA AZUL S.A., en adelante Agua Azul o Consorcio, solicita la instauración de un proceso arbitral contra el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, en adelante el Ministerio o el concedente, indicando que las pretensiones que se plantearán serán:

a.- Primera pretensión principal: que se declare que en ejecución de lo pactado en la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión para la Ejecución del Proyecto Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón y su adenda Nº 8, el Ministerio está obligado a reintegrar a Consorcio todo monto que este, en su calidad de concesionaria, haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad de Carabayllo por concepto del Impuesto Predial correspondientes a los bienes de la referida concesión;

b.- Segunda pretensión principal: que se ordene al Ministerio a reintegrar a favor de Consorcio la cantidad de trescientos cincuenta y tres mil ochocientos ochenta y uno y 99/100 nuevos soles (S/. 353 881,99) que la solicitante pagó a la Municipalidad de Carabayllo por concepto del Impuesto Predial correspondiente a los bienes de la concesión por el IV trimestre del ejercicio 2010, los cuatro trimestres de los ejercicios de los años 2011 y 2012; y, el primer trimestre del ejercicio del año 2013, pretensión que se hará extensiva a cualquier suma de dinero adicional que por el mismo concepto Consorcio abone desde la fecha de la presentación de la solicitud de la instauración del proceso arbitral hasta la emisión del respectivo laudo que ponga fin a la controversia a plantearse.

c.- Primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: que declarada fundada la segunda pretensión principal se ordene al Ministerio a pagar a Consorcio los intereses legales devengados desde la fecha de incumplimiento hasta la del pago efectivo de lo demandado;

d.- Segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: que declarada fundada la segunda pretensión principal, se ordene

al Ministerio pagar a Consorcio los costos y costas en los que hubiera incurrido como consecuencia del arbitraje.

En dicha solicitud arbitral designó como árbitro al Dr. Raúl Barrios Fernández Concha.

2.- Con fecha 5 de abril de 2013, la Secretaría General de la Cámara de Comercio de Lima puso en conocimiento del Ministerio la solicitud arbitral, quién con fecha 12 de abril de 2013 se apersonó a la instancia y contestó la petición arbitral indicando que las pretensiones de Consorcio carecen de sustento como lo acreditarán en el proceso arbitral indicando que de manera tentativa presentarán dos pretensiones: la primera, para que se declare que la obligación tributaria del pago del impuesto predial le corresponde a Consorcio y; la segunda, para que se ordene a Consorcio a continuar efectuando el pago del impuesto predial respecto de los bienes entregados para la concesión, en virtud de la legislación vigente sobre la materia. En esa oportunidad el Ministerio designaron como árbitro al Dr. César Landa Arroyo.

3.- Mediante Resolución N° 746-2013/CSA-CA-CCL de 19 de junio de 2013, el Consejo Superior de Arbitraje nombró residualmente como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Sergio León Martínez, lo que le fue comunicado el día 21 de junio siguiente, quien mediante carta recibida por la Secretaría de la Cámara de Comercio de Lima el 25 de junio de 2013 comunicó su aceptación a la designación efectuada.

## II.- ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Conforme consta del Acta respectiva, el Tribunal Arbitral se instaló el 23 de agosto de 2013, ocasión en la que se otorgó a Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de su demanda.

2.- Dentro del plazo otorgado, Consorcio el día 02 de setiembre de 2013 presentó su demanda por lo que mediante Resolución N° 1 de fecha 03 de setiembre de 2013 se admitió la demanda, se dieron por ofrecidos los medios probatorios y se corrió traslado de la misma al Ministerio por el término de cinco (5) días hábiles.

3.- Mediante escrito presentado el día 12 de setiembre de 2013, el Ministerio presentó su contestación de demanda, ofreció sus pruebas; formuló reconvencción con una pretensión principal y dos pretensiones accesorias ofreciendo los medios de prueba que las sustentan, lo que motivó la expedición de la Resolución n° 2 por la cual el Tribunal Arbitral dio por contestada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios que sustentan la misma; admitió la reconvencción planteada y tuvo por ofrecidos los medios probatorios que la sustentan corriendo traslado de ella a Consorcio para que la conteste en un plazo de cinco(5) días hábiles.

4.- Por escrito presentado el 24 de setiembre de 2013, Consorcio contestó la reconvencción y formuló excepción de prescripción contra la pretensión principal de la reconvencción y su primera pretensión accesoria por lo que mediante Resolución N° 3 el Tribunal Arbitral dio por contestada la reconvencción y por ofrecidos los medios probatorios que la sustentan; determinó las cuestiones sobre las que se pronunciará; admitió los medios probatorios ofrecidos por las partes; dio por cerrada la etapa probatoria; y

otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presentarán sus alegaciones o conclusiones finales. En relación con la excepción de prescripción formulada por Consorcio dejó constancia que la resolverá conforme a sus atribuciones debiéndose tener en cuenta lo dispuesto en el segundo numeral del artículo 40º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y otorgó al Ministerio un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo que estime pertinente acerca de la excepción de prescripción formulada por Consorcio.

5.- El día 4 de octubre el Ministerio presentó su escrito absolviendo el traslado de las excepciones y presentó sus alegatos. El día 7 de octubre Consorcio presentó sus alegaciones y conclusiones finales por lo que mediante Resolución N° 4 el Tribunal Arbitral declaró tener presente los escritos presentados por las partes y citó a Audiencia de Informes Orales para el día 8 de noviembre.

6.- Con fecha 25 de octubre, el Tribunal Arbitral solicitó al Consejo Superior de Arbitraje una ampliación de plazo para emitir el laudo.

7.- El día 8 de noviembre se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales durante la cual se expidió la Resolución N° 5 por la que el Tribunal resolvió tener presente el escrito presentado el 5 de noviembre por Consorcio con conocimiento del Ministerio.

8.- El 9 de noviembre el Secretario General del Centro de Arbitraje comunicó al Tribunal Arbitral que el Consejo Superior de Arbitraje en su sesión de 6 de noviembre de 2013 acordó ampliar el plazo para laudar en sesenta (60) días hábiles de conformidad con lo establecido con el artículo 55º del Reglamento de Arbitraje del Centro y lo dispuesto en el numeral 15 del acta de la Audiencia de

Instalación del Tribunal Arbitral, lo que motivó que por Resolución N° 6 el Tribunal Arbitral declaró cerrada la instrucción y fijó y prorrogó el plazo para laudar en sesenta (60) días hábiles el que será computado a partir del vencimiento del plazo inicial, debiéndose tener presente lo establecido en el artículo 55º del Reglamento de Arbitraje.

### III DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

#### A.- DE LA PARTE DEMANDANTE

1.- PRETENSIONES: Con fecha 02 de setiembre de 2013, Consorcio presentó su demanda en la que solicitó las siguientes pretensiones:

a.- Primera Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato de Concesión para la Ejecución del Proyecto "Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón, en adelante El Contrato, y su Adenda 8 obligan al Concedente (Ministerio) a asumir, en la relación interna con Consorcio, el Impuesto Predial referido a los bienes de la concesión y también a reintegrar a favor de Consorcio todo monto que esta empresa haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo, en adelante La Municipalidad, por concepto de Impuesto Predial afecto a los bienes de la concesión y que se genere durante toda la vigencia del Contrato.

b.- Segunda Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundada la primera pretensión principal, se ordene al Concedente (Ministerio) que cumpla con reintegrar a favor de Consorcio el monto de S/. 353,881.99 ( trescientos cincuenta y tres



mil ochocientos ochenta y uno y 99/100 nuevos soles) que Consorcio abonó a la Municipalidad por concepto de impuesto predial correspondiente a los bienes de la concesión por los ejercicios 2010 (IV trimestre), 2011, 2012 y 2013, pretensión que deberá hacerse extensiva a cualquier suma de dinero adicional que por ese mismo concepto Consorcio abone entre la fecha de la presentación de la demanda y la emisión del respectivo laudo que ponga fin a la controversia planteada.

c.- Primera Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral ordene al Concedente (Ministerio) a que cumpla con abonar a favor de Consorcio los intereses legales devengados desde la fecha de los incumplimientos de la entidad y el pago efectivo del monto demandado.

d.- Segunda Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundada la Segunda Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral ordene al Concedente (Ministerio) que pague a Consorcio los costos y costas en los que éste hubiese incurrido como consecuencia del trámite del presente proceso arbitral.

## 2.- HECHOS

a.- El 07 de abril de 2000, el Estado Peruano –representado por el Ministerio de la Presidencia- en calidad de Concedente y Agua Azul suscribieron un Contrato de Concesión bajo los alcances del Decreto Supremo No. 059-96-PCM. La representación del Estado fue transferida al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, desde el 2002 al 2012.

Actualmente, el Concedente es el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

b.- El 08 de abril de 2000, las partes suscribieron el Contrato de Garantía en virtud del cual se otorgó a Consorcio la garantía a que se refiere el artículo 1357º del Código Civil, garantizando así el Estado las declaraciones, seguridades, garantías y obligaciones asumidas por el Concedente en el Contrato de Concesión.

c.- Conforme al Contrato de Concesión, el Concedente es el propietario de diversos terrenos e incluso de las mejoras que Consorcio efectúe sobre dichos terrenos.

d.- A la fecha de celebración del Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía, el Concedente no tenía obligación de pagar el Impuesto Predial sobre los terrenos y demás bienes de la concesión sobre los cuales era propietario. El artículo 17º de la Ley de Tributación Municipal señala que el Gobierno Central está inafecto al pago del impuesto, por los predios de su propiedad.

e.- Respecto a las obligaciones tributarias prediales de Consorcio, el artículo 7.2 del Contrato de Concesiones estableció que no sería responsable del pago del impuesto predial por los bienes de uso público entregados en Concesión.

f.- El 14 de julio de 2000, tres meses después de suscrito el Contrato de Concesión mediante Ley N° 27305 se modifica el artículo 9º de la Ley de Tributación Municipal, mediante el cual se consideran sujetos pasivos del impuesto a los titulares de concesiones otorgadas al amparo del Decreto Supremo No. 059-96-

PCM, respecto de los predios que se les hubiesen entregado en concesión, durante el tiempo de vigencia del contrato.

g.- Como consecuencia de esta modificación, Consorcio se convirtió en sujeto pasivo del tributo predial, debiendo ser responsable de su pago ante la autoridad tributaria.

h.- Sin embargo, debido a que la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión establecía que Consorcio no sería responsable del pago del impuesto predial, se generó una controversia sobre el tema.

i.- El motivo de la controversia fue que Consorcio en su calidad de sujeto pasivo del tributo, el 29 de mayo de 2001 pagó el impuesto predial del año 2001 generado por los predios entregados en concesión. Sin embargo, solicitó al Concedente el reembolso de lo pagado en virtud de la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión.

j.- Las partes, para solucionar la controversia, se sometieron al mecanismo de solución previsto en la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión: la Negociación.

k.- El 7 de marzo de 2002, las partes suscribieron el Acta de Negociación acordando que: "El Concedente de manera expresa reconoce que se encontraba obligado al pago del Impuesto Predial correspondiente al año 2001, en consecuencia, obligado a reembolsar al Concesionario el importe pagado por éste con relación a dicho concepto".

Adicionalmente, el Concedente reconoció "...que se encuentra obligado al pago del Impuesto Predial que se hubiere generado y que se genere en el futuro con relación a los inmuebles que constituyen Bienes de la Concesión.

El Concedente se obliga a pagar el Impuesto Predial que se genere durante toda la Vigencia de la Concesión, debiendo poner en conocimiento del Concesionario la realización de dicho pago a través de la entrega de una copia de los recibos debidamente cancelados...”

l.- El 3 de julio de 2002, Concedente y Consorcio celebraron la Adenda 8 al Contrato de Concesión. La cláusula segunda, 2.1 señala que “Durante la vigencia del Contrato de Concesión, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 7.2 de la Cláusula 7 del mencionado Contrato, el Concedente se encontrará obligado a asumir económicamente el pago del Impuesto Predial que generen los Bienes de la Concesión, pese a que de conformidad con las Leyes Aplicables dicha obligación corresponde al Concesionario”.

m.- En la cláusula 2.1 incisos (ii) y (iii) de la Adenda 8, las partes señalaron que el pago del Impuesto Predial será realizado por el Concedente directamente a la autoridad que califique como Administrador Tributario del referido impuesto, poniendo en conocimiento de Consorcio dicho pago. Se acordó igualmente una cláusula de indemnidad, 2.1 (v) “El Concedente mantendrá indemne al Concesionario respecto de las obligaciones vinculadas al Impuesto Predial y a cualquier responsabilidad que del mismo se derive, tales como intereses, sanciones, recargos y similares. Por consiguiente el Concesionario se encontrará liberado de su pago”.

n.- Se estableció en la cláusula 2.4 que “En caso el Concedente no cumpliera con pagar los tributos que le corresponden de acuerdo al presente instrumento dentro de los plazos señalados por la Administración Tributaria, el Concesionario tendrá el derecho

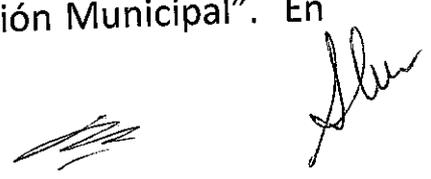
de pagar tales tributos por cuenta del Concedente con la finalidad de evitar que la Administración Tributaria inicie procedimientos administrativos destinados a su cobranza que pudiera afectar los Bienes de la Concesión o el patrimonio del Concesionario.

En aquellos casos en los que el Concesionario ejerza el derecho de pago a que se refiere el párrafo anterior, el Concedente se encontrará obligado a reintegrar la totalidad del importe pagado por el Concesionario. El reintegro debe ser realizado por el Concedente dentro de los noventa (90) días hábiles de recibido el requerimiento de reembolso efectuado por el Concesionario”.

ñ.- El Concedente cumplió con reembolsar a Consorcio los pagos efectuados por concepto de impuesto predial desde el año 2002 hasta el tercer trimestre del año 2010. Inexplicablemente todo cambiaría a partir de ese momento.

o.- Mediante diversas comunicaciones ( Cartas 576-10; 129-11; 271-11 y 423-11) Consorcio solicitó al Concedente el reembolso del Impuesto Predial correspondiente al Cuarto Trimestre del año 2010, Primer, Segundo y Tercer Trimestre del año 2011, no habiendo recibido respuesta alguna por parte del Concedente.

p.- El 6 de septiembre de 2011, el Concedente emite el Oficio 1458-2011-VIVIENDA-VMCS-DNS mediante el cual comunica a Consorcio que la Asesoría Jurídica del Concedente, a través del Informe Legal No. 009-2011-VIVIENDA/OGAJ-REGB de fecha 13 de enero de 2011 observó los reembolsos que el Concedente venía ejecutando hasta el año 2010 “por contravenir el principio de legalidad establecido en el Texto Único Ordenado del Código Tributario y a lo dispuesto en la Ley de Tributación Municipal”. En



el Oficio se estableció que el reembolso quedaría pendiente hasta que el Asesor Legal de la Dirección Nacional de Saneamiento evalúe y emita un informe técnico legal con lo cual el Concedente estaba "resucitando" una controversia que había quedado completamente solucionada por las partes con la Adenda N° 8.

q.- Como consecuencia del Oficio antes mencionado, remitieron al Ministerio la Carta 462-11 del 21 de septiembre de 2011, explicando que Consorcio es el contribuyente del Impuesto Predial en su calidad de concesionario. Sin embargo, el marco legal permite pactar en un contrato que una persona que legalmente no está obligada al pago de un tributo, asuma dicho pago frente a su contraparte, pacto recogido en la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión y Adenda 8. Señalan también que las partes no han pretendido modificar el marco legal tributario, sino sólo mantener las condiciones económicas bajo las cuales se celebró el Contrato de Concesión. Al no recibir respuesta por parte del Ministerio, enviaron las Cartas 520-11 y 591-11 indicándoles que la falta de pronunciamiento le estaba causando perjuicios económicos.

r.- El Concedente mediante Oficio No. 1182-2011-VIVIENDA-SG del 6 de diciembre de 2011, basado en el Informe 152-2011-VIVIENDA/OGAJ y en el Informe 036-2011-VIVIENDA/VMCS-DNS-AL, estableció que la cláusula 23.5 del Contrato de Concesión, al disponer que el contrato se interpretará y regirá de acuerdo con las leyes del Perú, hace aplicable la Ley de Tributación Municipal y, en consecuencia, lo pactado en la Adenda N° 8 sería ilegal. Asimismo, lo acordado en la Adenda N° 8 vulneraba los límites a la libertad contractual y las normas legales en materia de tributación

municipal al obligar al Concedente el reembolso del pago del Impuesto Predial al Concesionario.

s.- Consorcio respondió al referido Oficio mediante Carta 004-12 del 3 de enero de 2012, señalando que no pretende desconocer su condición de contribuyente del Impuesto Predial, sino que su reembolso se sustenta en un acuerdo interno entre las partes, pactado en la cláusula 7.2 y que dicho acuerdo económico no puede ser desconocido unilateralmente por el Concedente, pues ello representaría un incumplimiento del Contrato de Concesión y del Contrato de Garantía. El marco legal vigente permite pactar mediante contrato que una persona que legalmente no está obligada al pago de un tributo, asuma frente a su contraparte el pago del mismo.

t.- Mediante diversas comunicaciones enviadas al Ministerio, Consorcio solicitó el reembolso del Impuesto Predial por el año 2011, 2012 y 2013, emplazando al Concedente mediante Carta 591-12 del 27 de noviembre de 2012 para solucionar la controversia por medio del mecanismo de solución de controversias establecido en la cláusula 16 del Contrato de Concesión, calificando la controversia como una de naturaleza no-técnica a ser solucionada mediante un arbitraje de derecho. Los montos reclamados al Concedente en las comunicaciones cursadas ascienden a la suma de S/. 353,881.99 (Trescientos cincuenta y tres mil ochocientos ochenta y uno y 99/100 Nuevos Soles), sin contar los intereses monetarios a los que Agua Azul tiene derecho a cobrar.

### 3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO



a.- El artículo 63º de la Constitución Política que dispone que el Estado puede someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje nacional o internacional.

El artículo 2.1 del Decreto Legislativo No. 1071, que establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

El artículo 17º del Decreto Supremo No. 059-96-PCM, que establece que el Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a arbitraje nacional e internacional, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63º de la Constitución Política del Perú.

La cláusula 16.4.2 del Contrato de Concesión que establece que las controversias no técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a US\$1'000,000.00 de dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional, serán resueltas mediante arbitraje de derecho a través de un procedimiento que deberá ser tramitado de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten.

b.- Lo que se pretende obtener es el reconocimiento por el Tribunal Arbitral que, tanto el texto del Contrato de Concesión, la Adenda 8, como la común intención de las Partes, y los actos que éstas realizaron durante y después de su celebración demuestran, de manera indubitable, que el Concedente se encuentra obligado legalmente a reembolsar a Consorcio cualquier monto pagado o por pagar por concepto de Impuesto Predial.



c.- La cláusula 7.2 del Contrato de Concesión y la Adenda 8 fueron pactadas respetando el marco legal por lo que el Concedente se encuentra obligado al pago del Impuesto Predial generado y que se genere a futuro por los predios entregados en Concesión durante la vigencia de dicho contrato. Por ello, el Tribunal Arbitral deberá declarar que el Concedente se encuentra obligado legalmente a realizar el reembolso de todo monto pagado por Consorcio por concepto de Impuesto Predial de los Bienes de la Concesión.

d.- El Contrato de Concesión es la fuente original de definición de las relaciones, condiciones, limitaciones y facultades de Consorcio. Es además un título habilitante suscrito por el Estado y, por tanto, garantizado por éste para el desarrollo de actividades que en principio se encuentran reservadas a su ámbito de actuación.

e.- Al haber suscrito un Contrato de Garantías con el Estado Peruano, este último le ha otorgado el rango de contrato-ley a las obligaciones y garantías de cargo del Concedente en el Contrato de Concesión.

f.- Un contrato debe interpretarse considerando lo expresado en el documento que exterioriza la voluntad de las partes, y conforme al principio de la buena fe.

La interpretación de los contratos debe realizarse respetando la autonomía de la voluntad coincidente de las partes, que se ha expresado en el instrumento suscrito por ellas.

Este principio ha sido recogido en el artículo 168º del Código Civil al señalar que “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

g.- El Contrato de Concesión ha establecido en la cláusula 7.2 que “El pago de tributos y el establecimiento de las garantías que se requieran de acuerdo con las Leyes Aplicables para el goce de cualquiera de los beneficios referidos en la siguiente Cláusula serán exclusivamente por cuenta y responsabilidad del Concesionario, con excepción del impuesto predial de los bienes de uso público entregados en Concesión”.

h.- La Adenda 8 al Contrato de Concesión aclara y ratifica lo señalado al decir que “Durante la vigencia del Contrato de Concesión, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 7.2 de la Cláusula 7 del mencionado Contrato, el Concesionario se encontrará obligado a asumir económicamente el pago del Impuesto Predial que generen los Bienes de la Concesión, pese a que de conformidad con las Leyes Aplicables dicha obligación corresponda al Concesionario”.

i.- El pacto contenido en la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión y en la Adenda N° 8 es un acuerdo plenamente válido y oponible en la relación interna, independientemente de lo que establezcan las disposiciones tributarias, tales como el artículo 9º de la Ley de Tributación Municipal.

j.- La Resolución 155-4-2001 del Tribunal Fiscal señala que los pactos internos de pago por reembolso de tributos, si bien no son

oponibles a la Administración Tributaria, si son exigibles por la vía civil, como la que se tramita en el presente procedimiento arbitral.

k.- En el Caso Arbitral 1669-126-2009, tramitado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Laudo Arbitral resolvió que "... es factible que las partes que suscriben un Contrato pueden pactar determinadas [sic] aspectos como pagos, tasas, ó [sic] el pago de cualquier otro importe que se encuentre relacionado con una obligación con la Administración Pública como lo puede ser una obligación tributaria.

l.- El deber del Concedente de cumplir con lo pactado se ve reforzado por el carácter de contrato-ley de las obligaciones y garantías por él asumidas, que resultaron determinantes para que el Concesionario formulase su oferta económica y adhiriese al Contrato de Concesión. Desconocer dicho pacto ocasionaría un desbalance patrimonial en el Concesionario manifiestamente injusto, dado que este, en buena fe, confiando en lo establecido en el Contrato de Concesión, formuló su oferta económica sin considerar el costo del Impuesto Predial.

m.- No puede entenderse de ninguna manera que la cláusula 7.2 del Contrato de Concesión y la Adenda N° 8 pretendieron modificar las leyes tributarias y exonerar a Consorcio del pago del impuesto predial, trasladando dicha responsabilidad al Concedente.

El Impuesto Predial, conforme a las normas tributarias vigentes debe ser pagado por Consorcio. Sin embargo, la cláusula 7.2 recoge un pacto en virtud del cual, en la relación interna entre las partes, Consorcio no asume el pago del impuesto predial, sino que tal responsabilidad corresponde al Concedente.

n.- El Principio de Conservación de los actos jurídicos determina que la cláusula 7.2 debe ser interpretada respetando las normas contenidas en las normas tributarias. Así, dicha cláusula traslada contractualmente al Concedente el pago del Impuesto Predial.

ñ.- La obligación de naturaleza contractual puede ser cumplida por un tercero ajeno a la relación tributaria ya sea pagando el tributo por cuenta del contribuyente o a través del reembolso de la suma pagada por éste.

Es claro que este tipo de pactos no resulta oponible al Acreedor Tributario (en este caso, la Municipalidad), quien únicamente se basará en las disposiciones legales al momento de evaluar quien es el contribuyente del tributo.

En caso que el contribuyente (en este caso, Consorcio) pagara la deuda tendrá el derecho de solicitar su reembolso al tercero (en este caso, el Concedente) sobre la base de la disposición contractual.

o.- En aplicación del principio de buena fe, para interpretar adecuadamente la voluntad de las partes expresada en el contrato, es necesario analizar el comportamiento de éstas durante y después de la suscripción del contrato.

El principio de la buena fe se encuentra recogido en los artículos 168º y 1362º del Código Civil.

Este principio exige que las partes de una relación jurídica se conduzcan con lealtad, rectitud, con coherencia en su



comportamiento, a fin de proteger la confianza, regularidad y confiabilidad que debe imperar en el tráfico jurídico.

p.- La doctrina de los actos propios proclama que el ordenamiento jurídico no protege las conductas contradictorias (como la del Concedente) y que en toda relación o situación jurídica debe salvaguardarse la confianza que ha generado, en una parte, el comportamiento que la otra ha asumido anteriormente.

Si en el Contrato de Concesión, en el Acta de Negociación y en la Adenda N° 8 y en los reembolsos hechos entre 2002 y 2010, el Concedente reconoció que era su obligación reembolsar el Impuesto Predial, no puede ahora escudarse en una conducta contradictoria. Esto afectaría claramente el principio de buena fe y lealtad contractual, ya que por medio de estas manifestaciones de voluntad el Concedente se obligó, frente a Consorcio, a adoptar las medidas legales y económicas para cumplir con lo estipulado en el contrato. Por su parte, Consorcio calculó su oferta económica sin considerar el costo del Impuesto Predial, por lo que se generaría un desbalance patrimonial en su perjuicio, lo que es contrario al derecho y la justicia.

q.- Debido a la interacción entre el Estado moderno y los agentes privados, una serie de principios originalmente aplicados al derecho privado se han extendido al ámbito del derecho administrativo. En esa línea, tanto el Principio de la Buena Fe, como eje fundamental de nuestros sistemas de tráfico de bienes y servicios, como la prohibición de contradecir los actos propios que de él se deriva, deben ser respetados por el actor que exige su cumplimiento a los particulares.

En consecuencia, el Concedente, como parte del Estado peruano no puede negar la aplicación de la prohibición de contradecir los actos propios, y por ende, el principio general de la buena fe.

## B.- DE LA PARTE DEMANDADA.

1.- PRETENSIONES: Con fecha 12 de setiembre de 2013, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento presentó su contestación a la demanda ocasión en la que solicita al Tribunal que declare que las pretensiones principales restitutorias incoadas por el Consorcio deben ser desestimadas, debiendo seguir igual suerte sus pretensiones accesorias (pago de intereses y condena de gastos arbitrales) por cuanto el acuerdo contenido en la Adenda N° 8 se encuentra viciado de origen en tanto contradice normas de orden público, motivo por el cual deviene en inaplicable.

## 2.- HECHOS

a.- El 7 de abril de 2000, el Ministerio de la Presidencia, en representación del Estado de la República del Perú (Concedente) y Consorcio Agua Azul S.A. (Concesionario), con intervención de Sedapal, suscribieron el Contrato de Concesión para la construcción, operación y explotación del Sistema "Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón" (Contrato de Concesión); así como la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, mediante la cual se modificaron las Cláusulas 7.3, 10.1.9 y 10.3.2, los Apéndices 1 y 2 del Anexo 5, así como se adicionó el Anexo 14 sobre el Cronograma de Ejecución de las Inversiones.

b.- El 28 de marzo del 2001, las partes suscribieron la Adenda N° 2 del Contrato de Concesión, incluyendo como Anexo 15, el detalle de los bienes señalados en el Anexo 1 de la Resolución Suprema N° 040-2000-PRES, y se incorporó como parte del Anexo 15, el detalle del nuevo bien aprobado (tubos y perfiles huecos, de fundición) con vigencia a partir del 12 de junio del 2000.

c.- El 14 de mayo del 2001, las partes suscribieron la Adenda N° 3 al Contrato de Concesión por los periodos de 18 y 11 días calendario, que sumados dan un total de 39 días calendario.

d.- El 25 de febrero del 2002, las partes suscribieron la Adenda N° 4 al Contrato de Concesión, a través del cual se formalizó la transferencia de las funciones relativas al subsector saneamiento del Ministerio de la Presidencia al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, conforme a la Ley N° 27570.

e.- El 15 de mayo del 2002, las partes suscribieron la Adenda N° 5 al Contrato de Concesión, a fin de prorrogar el plazo de vigencia de la Concesión por los períodos de 6 y 22 días calendario, que sumados totalizan 28 días calendario.

f.- El 12 de junio del 2002, las partes suscribieron la Adenda N° 6 al Contrato de Concesión, formalizando la prórroga del plazo de vigencia de la Concesión por el período de 5 días calendario.

g.- El 18 de junio de 2002, las partes suscribieron la Adenda N° 7 al Contrato de Concesión, a fin de independizar el plazo de ejecución del Reservorio RP-4 y su Línea de Conducción, respecto

del plazo establecido en el Contrato de Concesión para la terminación de la Etapa II de la Operación Comercial del Sistema.

h.- El 3 de julio del 2002, las partes suscribieron la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión, en la cual acordaron que el concedente se encontraría obligado a asumir económicamente el pago del Impuesto Predial, pese que de conformidad con las Leyes Aplicables dicha obligación corresponde al Concesionario.

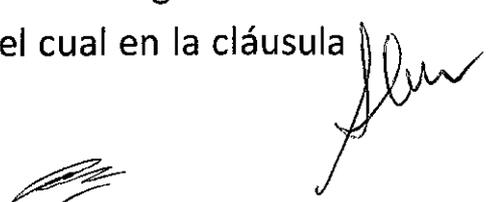
i.- El 17 de setiembre del 2002, las partes suscribieron la Adenda N° 9 al Contrato de Concesión, a fin de formalizar la transferencia de funciones del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, creado por Ley N° 27779.

j.- La controversia nace con la negociación y suscripción de la Adenda N° 8, por la que las partes acordaron que sería el Concedente quien asumiría el pago del Impuesto Predial, pese a que, por mandato legal, dicha obligación recae en el concesionario.

k.- El consorcio demandante afirma no desconocer su condición de obligado tributario del Impuesto Predial frente a la Municipalidad Distrital de Carabayllo, sino que dentro de la libertad de contratación que les asiste a las partes, éstas han pactado que, en su relación interna, dichos montos serán asumidos por el Estado.

### 3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

a.- Al celebrarse el 7 de abril del 2000 el Contrato de Concesión, el Estado estaba inafecto al pago del Impuesto Predial, en virtud del literal a) del artículo 17º del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, motivo por el cual en la cláusula



7.2 del mencionado contrato se exceptúa al concesionario del pago del Impuesto Predial, en razón que éste operaba en el marco de un contrato de gestión indirecta, en cuanto es el Estado el titular de los activos entregados en concesión.

b.- El 14 de julio del 2000 se promulgó la Ley N° 27305, que modificó el artículo 9º de la ley de Tributación Municipal que regula el pago del Impuesto Predial. Esta ley señala que son sujetos pasivos en calidad de contribuyentes los titulares de concesiones otorgadas al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que regula la entrega de concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

c.- Asimismo, modificó el artículo 17º estableciendo que se encuentran afectos a impuesto los predios de propiedad del Gobierno Central, las Regiones y Municipalidades que hayan sido entregados en concesión al amparo del Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

d.- A partir del 14 de julio del 2000, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 27305, Consorcio asumió la condición de obligado tributario del Impuesto Predial frente a la Municipalidad de Carabayllo, situación aceptada por el propio accionante, como se advierte de la demanda.

La asignación de sujeto pasivo del Impuesto Predial al concesionario mediante Ley N° 27305, se genera de manera originaria y no por el traslado de la obligación tributaria. El Estado se encontraba inafecto al momento de la suscripción del Contrato de Concesión.

e.- El artículo 7° del Decreto Legislativo N° 776 Ley de Tributación Municipal establece que el “Deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable”.

La condición de deudor tributario trae consigo la obligación de pago de la deuda tributaria, por lo que no es posible que la “carga económica” de la obligación tributaria sea trasladada a un tercero toda vez que la obligación tributaria corresponde única y exclusivamente al deudor tributario.

f.- El artículo 74º de la Constitución Política del Perú y la Norma IV del Texto Único Ordenado del Código Tributario establecen el Principio de Legalidad, que señala que sólo por Ley o Decreto Legislativo, en caso de delegación, se pueden crear, modificar y suprimir tributos, es decir, señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para el cálculo y la alícuota, el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción.

De acuerdo al T.U.O. del Código Tributario, el Estado en sus tres niveles de gobierno (nacional, regional y local) ostenta siempre la calidad de acreedor tributario y, por tanto, tiene la facultad de recibir el pago de la deuda tributaria así como la facultad de cobranza coactiva, en caso el deudor tributario incumpla con el pago dentro del plazo previsto. En ese sentido y según lo dispuesto en la Norma IX del Título Preliminar del T.U.O. del Código Tributario, el Estado no está sometido al cumplimiento de las obligaciones establecidas por él por lo que al encontrarse inafecto al pago del impuesto predial no podría asumir en calidad de tercero

el pago de dicha obligación tributaria pues de lo contrario no tendría sentido de que goce de dicha inafectación.

La Ley de Tributación Municipal establece una inafectación y no una exoneración del Impuesto Predial. No es posible argumentar la transferencia de titularidad de una obligación tributaria y en función de ello, que se deba reembolsar el valor del impuesto, pues el Estado jamás ha sido sujeto activo de la obligación tributaria prevista en dicho impuesto, a pesar de ser propietario del predio.

El Estado no puede asumir el pago de un tributo, como equivocadamente sostiene Consorcio, por ello, cualquier acuerdo entre las partes que disponga algo distinto deviene inaplicable por vulnerar normas de orden público, siendo éste el caso de la cuestionada adenda N° 8.

g.- La referencia efectuada por Consorcio a la libertad de contratar, no tiene cabida puesto que dicha libertad está limitada por el concepto de orden público y el respeto de las normas imperativas, como lo son las normas tributarias.

h.- La Constitución Política del Perú en su artículo 62º garantiza la libertad de contratar de las partes según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los artículos 62º y 2º inciso 14 de la citada Constitución conforman un solo concepto normativo que no puede ser desligado, teniendo como efecto que ningún contrato, bajo ninguna hipótesis, puede contravenir las leyes de orden público. Esto es así, inclusive en lo referido a los contratos de concesión y el status del que se encuentran revestidos.



i.- El Tribunal Constitucional ha destacado el doble carácter de la concesión: es un "acto de poder público" y es contrato. En tanto el primero, "el Estado se desprende de una determinada actividad para entregarla al sector privado, conservando los poderes de vigilancia y control en atención al interés público". "... el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo..."

j.- La demandante pretende hacer prevalecer los intereses particulares que alega detentar en desmedro del bien común y el orden público, situación que de ninguna manera puede ser amparada.

En el derecho privado, el orden público actúa como un límite a la autonomía de la voluntad, en virtud del cual resultan inválidos e ineficaces los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos de una comunidad, manifestados en principios y reglas de derecho.

k.- El actuar de los funcionarios y servidores públicos se rige por el Principio de Legalidad, por lo cual solo pueden realizar los actos que expresamente les faculta la ley. Acordar que el Estado asumirá el pago del Impuesto Predial, pese a que la obligación recae en Consorcio por mandato legal y que el Estado se encuentra inafecto al mismo, importa un acto abiertamente contrario a derecho en tanto desconoce normas imperativas y afecta el orden público.

l.- El Principio de Eficiencia le impone al funcionario público ejercer sus actividades empleando los medios estrictamente



necesarios, teniendo en cuenta los escasos recursos con que cuenta el Estado.

m.- La demandante afirma que pretender desconocer los alcances de la Adenda N° 8, pese a que el Concedente los aceptó desde el 2002 al 2010, importaría un actuar contradictorio, el mismo que iría en contra de la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe.

Al respecto la doctrina de los actos propios y el principio de buena fe se aplican en supuestos de contratos válidos, eficaces, más no en relaciones obligacionales que no comparten dichas características.

La Adenda N° 8 se encuentra viciada por contrariar normas imperativas. Pretender aplicar la doctrina de los actos propios a una situación de invalidez y/o ineficacia contractual, llevaría a concluir, equivocadamente, que nunca se podría cuestionar el contrato viciado dado que la parte que lo impugna lo acató en un primer momento.

n.- La Resolución 155-4-2001 del 23 de febrero del 2001 emitida por el Tribunal Fiscal y citada por Consorcio en el cual se señala que los pactos internos de pago de reembolso de tributos, si bien no son oponibles a la Administración Tributaria, sí son exigibles por la vía civil, se trata de un caso de un contrato de arrendamiento suscrito entre dos privados. El criterio adoptado en el indicado pronunciamiento no resulta aplicable a esta controversia por cuanto una de las partes intervinientes es el Estado, el mismo que se rige por una serie de principios y regulaciones en aras de tutelar el interés público.

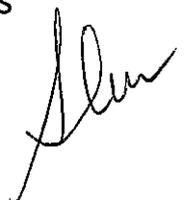
ñ.- Consorcio señala que tiene suscrito con el Estado un contrato de estabilidad jurídica vigente desde el 7 de abril de 2000, fecha de suscripción del Contrato de Concesión y bajo esa premisa no podría asumir el pago del impuesto predial como lo exige la ley de la materia.

Al respecto indica que, esa estabilidad jurídica es sólo respecto del Impuesto a la Renta, más no para el Impuesto Predial, estabilidad que se encuentra precisada en la Cláusula Tercera del Convenio de Estabilidad Jurídica suscrito el 30 de marzo del 2000. Asimismo, la cláusula séptima del Contrato de Concesión no puede ser interpretada en el sentido de otorgar dicha estabilidad, pues los Decretos Legislativos N°s 662 y 757 prevén un procedimiento especial para la celebración de dichos convenios y un organismo competente para su celebración, situaciones que en este caso no se verifican.

En razón de ello, el cambio normativo introducido por Ley N° 27305, que modificó, entre otros, el artículo 9° de la Ley de Tributación Municipal, y que le impone al Consorcio la calidad de obligado tributario del Impuesto Predial, resulta de inmediata aplicación, dado que el convenio de estabilidad jurídica del 30 de marzo del 2000, sólo alcanza al Impuesto a la Renta.

#### B.1.- RECONVENCIÓN.-

1.- PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que se declare ineficaz, desde su suscripción la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión del 7 de abril del 2000, por contravenir normas de orden público; y se declare que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento no está obligado a reintegrar a favor de Consorcio Agua Azul S.A. los



montos que dicha empresa, en su calidad de concesionaria del citado contrato, haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo por concepto de Impuesto Predial correspondiente a los bienes materia de la referida concesión.

1.1.- Primera Pretensión Accesorio.-

Se ordene a Consorcio restituir a favor del Ministerio, los montos que este último le desembolsó por concepto de Impuesto Predial del 2002 al 2010 en aplicación de la cuestionada Adenda N°8, más intereses legales.

1.2.- Segunda Pretensión Accesorio.-

Se condene a Consorcio al pago de las costas y costos correspondientes al proceso arbitral.

FUNDAMENTOS DE HECHO.-

Los precisados en la contestación de la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

a.- Reitera los argumentos jurídicos de la contestación de la demanda, de los que se desprende la manifiesta ineficacia de la Adenda N° 8 y a su vez señala que la Adenda N° 8 es ineficaz por cuanto es contraria a leyes que interesan al orden público: Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo N° 776) y T.U.O del Código Tributario.

b.- El artículo 219º inciso 8 del Código Civil señala que "El acto jurídico es nulo: 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa". El referido artículo V del Título Preliminar del Código Civil prescribe: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

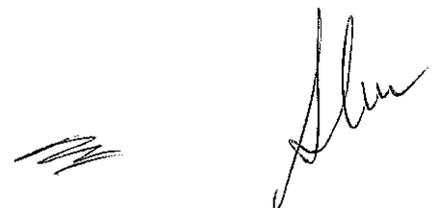
El Dr. Fernando Vidal Ramírez señala que “La causal del inc. 8 del art. 219º se fundamenta, pues, en la atenuación de la autonomía de la voluntad por el orden público, (...), cuyo concepto es contrapuesto al de las nulidades expresas o textuales, por lo que en esta causal quedan comprendidos los actos jurídicos celebrados en contravención a las normas de orden público y queda planteada, así, la nulidad virtual de un acto jurídico cuando sea celebrado con violación de normas imperativas, que son en las que se expresa el orden público”.

Asimismo señala que “La nulidad absoluta es una nulidad ipso jure y por eso el acto nulo lo es de pleno derecho. Ello significa que no requiere de una sentencia que así lo declare porque se trata de un acto jurídicamente inexistente, del que sólo existe un hecho con apariencia de acto, que es lo que hace necesario recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que desaparezca la apariencia del acto. Por eso, también, el acto nulo no tiene fuerza vinculante ni despliega eficacia alguna”. “El acto jurídico nulo, pues, no requiere de pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Sólo si una de las partes que lo celebró no acepta su invalidez corresponderá al juez declararla, sin que la sentencia que reconozca la nulidad tenga un carácter constitutivo sino meramente declarativo”.

En el presente caso es manifiesta la posición del Consorcio de no reconocer el vicio contenido en la Adenda N° 8, pese a que vulnera de manera flagrante normas de orden público. La sentencia es meramente declarativa y sólo verifica la situación preexistente a la celebración del acto nulo, ya que éste no tuvo ni puede tener eficacia alguna. Por lo que cada uno puede reclamar que le sea restituida la prestación cumplida, es decir, la entrega de los frutos o el pago de intereses.

CONTESTACION DE RECONVENCION

PRETENSION.-



Que se declare improcedente sus pretensiones o en todo caso infundada su reconvención.

Las pretensiones de la reconvención son IMPROCEDENTES.

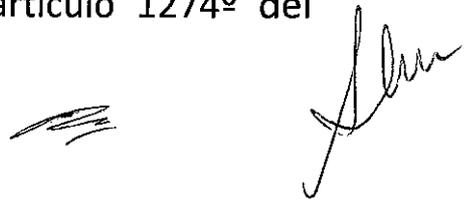
**PRETENSION PRINCIPAL:**

a.- El Concedente solicita se declare "ineficaz", desde su suscripción, la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión, "por contravenir normas de orden público". Sustenta su pretensión en el inciso 8 del artículo 219º del Código Civil que está referido a la nulidad de los actos jurídicos. Por tanto, la pretendida "ineficacia" de la Adenda N° 8 es en realidad una de "nulidad" de dicho acto jurídico. Si el Tribunal Arbitral, con criterio de flexibilidad, interpreta que la pretensión del Concedente es una de nulidad de la Adenda N° 8, entonces deberá declarar IMPROCEDENTE dicha pretensión por encontrarse prescrita. El artículo 2001º inciso 1 del Código Civil establece que prescribe a los diez años, entre otros, la nulidad del acto jurídico. La Adenda N° 8 fue suscrita el 3 de julio de 2002, con lo que el plazo para pretender su nulidad prescribió el 3 de julio de 2012.

**DE LA PRETENSION ACCESORIA.-**

b.- La Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal del Concedente es que se le restituya los montos desembolsados por ellos por concepto de Impuesto Predial del 2002 al 2010 en aplicación de la Adenda N° 8 entendiéndose que el argumento parte de un supuesto pago indebido.

Sin perjuicio de rechazar cualquier pago indebido, la acción para reclamar los pagos por desembolsos indebidos efectuados entre el 2002 y el 17 de septiembre de 2008 ha prescrito y por lo tanto la acción también es improcedente. El artículo 1274º del



Código Civil señala que la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago. La notificación de la reconvención fue notificada el 17 de septiembre de 2013, por lo que la acción para reclamar el pago por tales desembolsos ha prescrito, por lo que esta pretensión es IMPROCEDENTE.

Las pretensiones de la reconvención son INFUNDADAS.-

a.- Si el Tribunal Arbitral desestimase la demanda del Concesionario así como su pedido de declarar improcedente las pretensiones principal y primera accesoria del Concedente, solicitan se declare INFUNDADAS las mismas en razón de que ni la Adenda N° 8 ni el Contrato de Concesión contravienen el marco legal vigente. Ambos instrumentos respetan la legislación tributaria y reconocen expresamente que el sujeto pasivo ante la administración tributaria es el Concesionario.

b.- El Concedente no toma en cuenta que el Código Tributario sí reconoce expresamente que un tercero puede pagar el tributo a nombre de otro, reconociendo expresamente esta norma que la carga económica de un tributo sí puede ser asumida por un tercero, tal como señala el artículo 30º del Código Tributario. Este artículo contradice frontalmente la incorrecta afirmación del concedente y ratifica la validez y legalidad del pacto interno en virtud del cual las partes de un contrato convienen en que aquella no obligada a éste o incluso un tercero, reembolse al obligado tributario el impuesto pagado por este último.



c.- El Contrato de Concesión ni la Adenda No. 8 pretenden modificar el estatus de la Municipalidad de Carabayllo como acreedor tributario del Impuesto Predial.

d.- La Adenda No. 8 reconoce que sí se debe pagar un impuesto predial por los inmuebles dados en concesión y por ella el Concedente asume una obligación de naturaleza convencional con un particular, el Concesionario, de asumir el impacto económico de un importe equivalente al impuesto predial que grava los bienes otorgados en concesión.

El Concedente estaría inafecto de toda obligación ante la administración tributaria si fuera titular de los bienes y estos no hubieran sido entregados en concesión a particulares, de acuerdo al artículo 17º de la Ley de Tributación Municipal. Pero nada obsta para que contractualmente el Concedente asuma la carga económica del tributo, tal como ocurre en otros contratos de concesión. La obligación que tiene el Concedente frente al Concesionario es de naturaleza contractual y no tributaria.

e.- El Concedente señala que no es posible argumentar la transferencia de titularidad de una obligación tributaria. Sin embargo, en este caso no se ha producido una cesión de obligaciones, sino más bien la creación de una obligación distinta de naturaleza civil, como es la de reembolsar los gastos tributarios.

f.- Al suscribir la Adenda N° 8 el Concedente no ha vulnerado el marco tributario vigente. Los funcionarios públicos tienen facultades para celebrar contratos de concesión y obligar al Estado a repartir cargas económicas con los concesionarios.

De acuerdo al artículo 3º del Decreto Legislativo No. 1012 es legal que recursos y obligaciones se distribuyan internamente entre el Estado y los concesionarios para lograr objetivos. A eso están facultados los funcionarios públicos por el principio de legalidad. Así pues, asumir internamente una carga económica de un tributo sin modificar el régimen fiscal vigente sí se enmarca dentro del sistema legal.

g.- Para el Concedente, la Resolución del Tribunal Fiscal (anexo 35 de la demanda) no resulta aplicable pues aquella trata de dos particulares y en este caso una de las partes intervinientes es el Estado. Reconoce el Concedente que el pacto sí sería válido al ser celebrado entre privados pero no cuando se trata del Estado. El Concedente no demuestra razones legales sobre las que basa su afirmación. En un contrato de concesión, donde siempre es parte el Estado, las partes distribuyen recursos y obligaciones y la asunción de la carga económica y el pago de un tributo es precisamente, una de ellas.

Mediante la celebración del Contrato de Garantía (Anexo 8 del escrito de demanda) se concedió la naturaleza de contrato-ley al Contrato de Concesión conforme a lo señalado en el artículo 62º de la Constitución Política del Perú. Esta naturaleza despoja al Estado de sus facultades de *ius imperium* en la relación contractual y le da naturaleza privada. El Contrato de Concesión se encuentra bajo los alcances del artículo 1357º del Código Civil, al haberse garantizado y asegurado las obligaciones del Estado mediante el Contrato de Garantía. En consecuencia, en el Contrato de Concesión el Estado ha renunciado a su rol de autoridad y a ejecutar irrestrictamente sus funciones de *ius imperium*. Ello



genera que el Contrato de Concesión se convierta en un verdadero contrato privado, pese a su evidente carácter de contrato administrativo por haber sido celebrado por la Administración.

Si fuera correcta la teoría del Concedente sobre que la Resolución del Tribunal Fiscal sólo es aplicable a contratos entre privados, debe considerarse que el Contrato de Concesión y la Adenda N° 8 tienen dicha naturaleza y, consecuentemente, debe establecerse que sus alcances están dentro de lo resuelto por el Tribunal Fiscal.

h.- El Concedente señala que los laudos arbitrales presentados por el Concesionario como Anexos a la demanda son errados criterios que no importan jurisprudencia ni precedente vinculante.

El Concedente llama "erradas" a dos decisiones arbitrales que tienen plena vigencia y que incluso el Estado, a través del Organismo Supervisor de la Inversión de Infraestructura de Uso Público, publica en su página web y el Estado viene cumpliendo a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Se han presentado laudos en que las partes han acordado, dentro de las relaciones contractuales, la repartición de las cargas económicas generadas por el cumplimiento de una determinada obligación legal tributaria. Incluso en uno de los laudos presentados, el Tribunal Arbitral estableció que sí es posible que el Estado asuma internamente la carga económica de un tributo que tiene el Concesionario como deudor tributario. Las pruebas presentadas son tres (3) laudos arbitrales emitidos por tres (3) tribunales arbitrales distintos los que han decidido que el Estado sí puede



asumir la carga económica de los tributos a cargo de los concesionarios.

Finalmente se refiera a que el Concedente hace mención a que el Concesionario ha solicitado la aplicación del Convenio de Estabilidad Jurídica en la demanda, lo que no es cierto pues en ningún momento se hace mención de ello por lo que tal afirmación debe considerarse como un error involuntario de la demandada.

Por lo expuesto, solicita que el Tribunal Arbitral declare IMPROCEDENTE las pretensiones del Concedente o, en todo caso, INFUNDADA la reconvención.

#### EXCEPCIONES DE PRESCRIPCIÓN

a.- Consorcio sostiene que el Ministerio ha solicitado como pretensión principal de su reconvención que se declare "ineficaz", desde su suscripción, la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión, "por contravenir normas de orden público". Para sustentar su pretensión lo hace basándose en el inciso 8 del artículo 219º del Código Civil el cual está referido a la nulidad del acto jurídico, inciso que remite al artículo V del Título Preliminar del Código Civil. Al sustentar la pretendida "ineficacia" de la Adenda N° 8 en la nulidad del acto jurídico lo que está pretendiendo es la nulidad de dicho acto jurídico. Si el Tribunal Arbitral con criterio de flexibilidad interpreta que la pretensión del Concedente es una nulidad de la Adenda N° 8, deberá declararse la misma improcedente por encontrarse prescrita a tenor del inciso 1 del artículo 2001º del Código Civil el cual establece que prescribe a los diez años, entre otros, la nulidad del acto jurídico. La Adenda N° 8 fue suscrita el 3 de julio de 2002, con lo que el plazo para pretender su nulidad prescribió el 3 de julio de 2012.



b.- La demandada en su reconvención como Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal del Concedente pretende que se le restituya los montos que han desembolsados por concepto de Impuesto Predial del 2002 al 2010 en aplicación de la Adenda N° 8, entendiéndose que el argumento parte de un supuesto pago indebido. Al respecto, sostiene que no existe ningún pago indebido efectuado en tanto el Ministerio estaba obligado a realizar los citados desembolsos según el Contrato de Concesión y la Adenda N° 8, actos jurídicos válidos y eficaces. En todo caso, la acción para reclamar los pagos por desembolsos indebidos efectuados entre el 2002 y el 17 de septiembre de 2008 ha prescrito y por lo tanto la acción también es improcedente. El artículo 1274º del Código Civil señala que la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago. La notificación de la reconvención fue efectuada el 17 de septiembre de 2013, por lo que la acción para reclamar el pago por tales desembolsos ha prescrito, por lo que esta pretensión resulta improcedente.

#### CONTESTACIÓN DE LAS EXCEPCIONES

a.- Respecto a la excepción de prescripción de la pretensión principal de la reconvención, debe resaltarse que lo que se ha solicitado es la declaratoria de ineficacia de la Adenda N° 8 del Convenio de Concesión por vulnerar normas imperativas, y sobre ese petitorio es que debe pronunciarse el Tribunal Arbitral. La excepción deducida por Consorcio se refiere a una nulidad de acto jurídico que no se condice con el petitorio por lo que la excepción deviene en improcedente. Apelar a que el Tribunal Arbitral aplique "un criterio de flexibilidad" para entender que la pretensión de ineficacia es una pretensión de nulidad de acto jurídico, supone un



desconocimiento de la teoría general del proceso. Lo que pretende Consorcio es aplicar por analogía los efectos de una excepción prevista para un determinado supuesto a una situación distinta, lo que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil prohíbe aplicar cuando señala que, está prohibido aplicar por analogía las normas que establecen excepciones o restringen derechos.

De otro lado, no es cierto que la prescripción de la acción de nulidad signifique que el acto nulo se convalida por el transcurso del tiempo, dado que los actos nulos no son convalidados o confirmados por razón o causa alguna. Existe consenso en sostener que la nulidad opera de pleno derecho por lo que no necesita una previa impugnación o declaración judicial, lo cual quiere decir que la nulidad para que opere como causa de ineficacia no tiene necesidad de ser declarada. La sentencia que se pronuncia sobre la nulidad posee un carácter meramente declarativo. Al ser declarativa la sentencia, no existe o no debería existir un plazo prescriptorio para que ésta pueda ser emitida en tanto se limita a reconocer una situación que ya ha operado ipso iure. Sin embargo, el Código Civil fija un plazo de prescripción a efectos de que los interesados demanden la declaración de nulidad de determinado negocio jurídico. Finalmente son de opinión que un acto jurídico nulo de pleno derecho y del cual no se demandó dentro del plazo de prescripción su nulidad, no resulta exigible.

b.- Como puede verse de la primera pretensión accesoria a la pretensión principal, en ningún momento se ha solicitado la devolución de un pago indebido sino la restitución de las sumas dinerarias que el Ministerio desembolsó en cumplimiento de la Adenda N° 8 la misma que sólo tiene una apariencia de validez. La

restitución reclamada es la consecuencia normal y esperada de la declaratoria de ineficacia de la Adenda N° 8, que es lo que persigue la pretensión principal. La demandante, con el propósito de otorgarle efectos jurídicos distintos a los que verdaderamente les corresponden, pretende cambiar la denominación y naturaleza de lo pretendido al pedir que se entienda el reclamo como un pago indebido y como tal estaría prescrita la acción al haberse superado el plazo de cinco (5) años previsto en el artículo 1274º del Código Civil.

#### IV.-LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE.

##### A.- DE LAS MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO.

En la Resolución N° 3, en el punto Segundo resolutivo el Tribunal Arbitral resolvió pronunciarse sobre las cuestiones determinadas en el cuarto considerando de dicha resolución el mismo que dice:

"4. En este acto, el Tribunal Arbitral procede a determinar las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral:

4.1 Teniendo en cuenta la demanda presentada el 2 de setiembre de 2013 por Consorcio Agua Azul S.A.:

a. En relación con la primera pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar que el Contrato de Concesión para la Ejecución del Proyecto Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón (en adelante Contrato de Concesión) y su adenda N° 8 obligan al Ministerio a asumir, en la relación interna con Consorcio Agua Azul S.A., el pago del Impuesto Predial referido a los Bienes de la Concesión y, también, a reintegrar a favor de Consorcio Agua Azul S.A. todo monto que esta

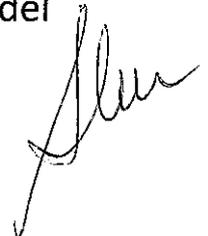


empresa haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo por concepto de Impuesto Predial afecto a los Bienes de la Concesión y que se genere durante toda la vigencia del Contrato de Concesión.

b. En relación con la segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no, como consecuencia de declararse fundada la primera pretensión principal, ordenar al Ministerio para que cumpla con reintegrar a favor de Consorcio Agua Azul S.A. el monto de S/. 353,881.99 (Trescientos Cincuenta y Tres Mil Ochocientos Ochenta y Uno y 99/100 Nuevos Soles) que Consorcio Agua Azul S.A. abonó a la Municipalidad Distrital de Carabayllo por concepto de Impuesto Predial correspondiente a los Bienes de la Concesión por los ejercicios 2010 (IV Trimestre), 2011, 2012 y 2013. Esta pretensión se extiende a cualquier suma de dinero adicional que, por el mismo concepto, Consorcio Agua Azul S.A. abone desde la fecha de la presentación de la demanda y la emisión del laudo.

c. En relación con la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio que cumpla con abonar a favor de Consorcio Agua Azul S.A. los intereses legales devengados desde la fecha de los incumplimientos de la entidad y el pago efectivo del monto demandado, en caso la segunda pretensión principal de la demanda resulte fundada.

d. En relación con la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Determinar si corresponde o no ordenar al Ministerio que pague los costos y costas en los que Consorcio Agua Azul S.A. hubiese incurrido como consecuencia del



trámite del proceso arbitral, en caso la segunda pretensión principal de la demanda resulte fundada.

4.2 Teniendo en cuenta la reconvención formulada el 12 de setiembre de 2013 por el Ministerio:

a. En relación a la pretensión principal: Determinar si corresponde o no declarar ineficaz, desde su inscripción, la Adenda Nº 8 del Contrato de Concesión del 7 de abril de 2000, por contravenir normas de orden público; y se declare que el Ministerio no está obligado a reintegrar a favor de Consorcio Agua Azul S.A. los montos que ésta, en su calidad de concesionaria de dicho contrato, haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo por concepto de Impuesto predial correspondiente a los bienes materia de la referida concesión.

b. En relación con la primera pretensión accesoria a la pretensión principal: Determinar si corresponde o no ordenar a Consorcio Agua Azul S.A. restituir a favor del Ministerio, los montos que éste último le desembolsó por concepto de Impuesto Predial del 2002 al 2010 en aplicación de la cuestionada Adenda Nº 8, más intereses legales.

c. En relación con la segunda pretensión accesoria a la pretensión principal: Determinar si corresponde o no condenar a Consorcio Agua Azul S.A. al pago de costas y costos del proceso arbitral.

d.- En relación a las excepciones planteadas a la reconvención por Consorcio y al pronunciamiento que sobre ellas ha expresado el

ministerio, deberá pronunciarse sobre si han prescrito o no la pretensión principal y la pretensión accesoria de la reconvención.

#### B.- DE LAS PRUEBAS DEL PROCESO

Se admitieron las pruebas ofrecidas por la Demandante en su escrito de demanda presentado el 2 de setiembre 2013 y que aparecen indicados en el acápite "Medios Probatorios" del mencionado escrito.

Asimismo, se admitieron las pruebas ofrecidas por el Demandado en su escrito de contestación de la demandada y reconvención presentado el día 12 de setiembre de 2013 y que aparecen indicados en los acápites "Medios Probatorios" del mencionado escrito.

Se admitió igualmente el medio probatorio indicado en el otrosí del escrito presentado el 24 de setiembre por Consorcio Agua Azul S.A., ofrecido en la contestación a la reconvención.

#### V CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

##### 1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

I.- Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

II.- Que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.



III.- Que Consorcio presentó su demanda dentro del plazo otorgado para tales efectos.

IV Que el Ministerio fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa.

V.- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de palabra para informar ante el Tribunal Arbitral.

VI Que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes, los cuales han sido establecidos en las reglas del proceso.

Cabe indicar que, en lo referido al proceso arbitral, principalmente en los aspectos relacionados con el derecho de defensa y el debido proceso desarrollado en el presente arbitraje, ambas partes han tenido oportunidad suficiente para exponer sus posiciones al Tribunal Arbitral así como también de manifestar lo correspondiente a su derecho en relación con todas las actuaciones arbitrales suscitadas y las resoluciones emitidas.

De igual modo, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima si una parte, conociendo o pudiendo conocer de la inobservancia o infracción de una norma de la Ley de la cual las partes pueden apartarse, o de un acuerdo de ésta, o de una disposición del Reglamento o del Tribunal Arbitral, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento dentro del plazo de cinco (5) días, contado desde que conoció o pudo conocer tal

circunstancia, se considerará que renuncia a objetar el laudo por tales razones.

En concordancia con lo anterior, queda demostrado por lo actuado a la fecha del Laudo que no ha existido "error in procedendo" en el presente arbitraje que pueda ser materia de causal alguna para sustentar la anulación del presente arbitraje, en razón a que ninguna de las partes ha formulado reclamo o denuncia sobre algún incumplimiento en el desarrollo del presente proceso que pueda generar vicio alguno de anulación.

## 2.- MATERIA CONTROVERTIDA

Siendo que el presente proceso es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco de éste arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, cabe indicar que este Tribunal Arbitral ha valorado todos los medios probatorios ofrecidos por las partes y el hecho que no se mencionen expresamente en el texto del presente laudo no significa que no haya sido valorado por él, así como ha tenido presente los escritos y documentos presentados durante todo el proceso arbitral aplicando los principios de legalidad, verdad



material y equidad, primando los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento y sin dejar de lado el valor justicia.

#### Naturaleza del contrato de concesión

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, los contratos de concesión ostentan naturaleza administrativa, ya que tienen por finalidad que el Estado otorgue a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos.

La aplicación de este tipo de contratos se sustenta en el hecho que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyectos (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) de infraestructura, obra o servicios puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos, sin que por ello el Estado deje de supervisar y regular las actividades de los privados relacionadas con lo público.

En el ordenamiento peruano la facultad de otorgar en concesión las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es el Decreto Supremo N° 059-1996-PCM (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) y su reglamento, el Decreto Supremo N° 060-1996-PCM.

En relación con el contrato de concesión habría que agregar que en virtud de su naturaleza administrativa, el Estado conserva prerrogativas a su favor, en virtud de sus poderes y deber de garantía de los bienes y servicios públicos, entre otros temas.



De hecho, en la doctrina se ha establecido que aun en estos supuestos, el Estado conserva su potestad modificatoria, no obstante esta debe ser razonable. La *potestas variandi* del Estado en ese sentido, no es un elemento que sea renunciable para el Estado sino que es obligatorio, en ese sentido, en función del bien común y el interés público.<sup>1</sup>

En efecto, no debe perderse de vista que las “prerrogativas de la Administración se sustentan en: 1) la posición jurídica general de la Administración en el Estado moderno y 2) la tutela que el Derecho presta a los intereses públicos.

Igualmente, la Administración tiene una potestad de interpretación pero ella debe venir justificadas en concretas razones de interés público y su ejercicio.<sup>2</sup> De hecho, ella puede prevalecer si existe una finalidad de encontrar el verdadero sentido y contenido de las cláusulas a que se someten las partes.

Sobre el tema, habría que señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido la potestad del Estado para modificar las cláusulas de un contrato de concesión.

Tal y como ha sido analizado de modo previo, en el caso de los contratos de concesión, el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo.

---

<sup>1</sup> JORGE COVIELLO, Pedro. “El contrato administrativo: *lex interpartes* o *ius variandi*?”. En *Derecho PUCP*, N° 66, 2011, pp. 169-194.

<sup>2</sup> RODRIGUEZ ARANA, Jaime. Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A. Coruña*, N° 12, 2008, 795-812.

No obstante, tales poderes sólo podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional.”

#### Sobre la inmutabilidad de los contratos ley

En el ámbito de los contratos que suscribe el Estado también se encuentran los contratos ley, que pueden tener vinculación o no con los contratos de concesión. Es decir, un contrato de concesión no necesariamente tiene u ostenta naturaleza de contrato ley, ello dependerá de lo que establezcan las partes del contrato.

En efecto, el Código Civil de 1993 establece en su artículo 1357º que “por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

En otras palabras, este dispositivo da lugar a la existencia del modelo de contrato-ley en el ordenamiento peruano, conocidos también como contratos de estabilidad jurídica.

En la Constitución de 1993 el artículo 62º señala que “la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.



Sobre el tema, el Tribunal Constitucional ha mencionado que el contrato ley no es inmutable sino que admite su modificación e incluso su nulidad a través de los mecanismos de orden judicial o arbitral.

“Finalmente, es conveniente aclarar que la declaratoria de inconstitucionalidad, en este caso, de ninguna manera puede interpretarse como un pronunciamiento a favor de la validez de los contratos incorrectamente dejados sin efecto por la Ordenanza impugnada; puesto que, conforme ya se ha señalado (Fundamentos 2 y 4), este pronunciamiento únicamente se limita a establecer que la ordenanza municipal no es un mecanismo válido para dejar sin efecto contratos y/o convenios cuyo acuerdo de voluntades tiene protección constitucional. De modo que, de existir vicios de nulidad en los actos administrativos que dieron origen a dichos contratos *–como se alega en el presente caso–*, la vía correspondiente para anularlos debe ser a través de los procedimientos previstos en las leyes de la materia vigentes al momento de los hechos, como lo son hoy la Ley del Procedimiento Administrativo General *–Ley N.º 27444–*, y/o el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N.º 012-2001-PCM.

Es decir que, una vez firmados los contratos, cualquier conflicto derivado de dicha relación contractual, conforme lo señala el artículo 62º de la Constitución, únicamente podrá ser solucionado en la vía arbitral o en la judicial. En concreto, la nulidad de los



contratos debe ser declarada en vía judicial, y no mediante de una ley o norma con rango de ley. ...”<sup>3</sup>

Empero, lo establecido en el artículo 62º de la Constitución de 1993, no involucra una inmutabilidad absoluta del contenido de los contratos ley. En efecto, esta cláusula debiera ponderarse en función de los deberes y obligaciones del Estado respecto de otros bienes de índole constitucional.

No obstante lo mencionado, también debe precisarse que la mutación de un contrato ley debiera operar de manera excepcional, es decir, frente a situaciones en las que sea estrictamente necesario el cambio en mención.

Como se sabe, la tendencia de la doctrina es establecer que estos contratos son inmutables aun frente a modificación, derogación y sustitución de normas legales posteriores a dichos contratos, lo que involucra la operación de la regla de ultractividad. No obstante, el artículo 1357º del Código Civil si bien, debe interpretarse a la luz del artículo 62º de la Constitución, Tribunal Constitucional también ha señalado que debe interpretarse de forma sistemática con los límites relativos a la libertad de contratar y otros bienes constitucionales. Así:

(...) si bien el artículo 62º de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con su artículo 2, inciso 14),

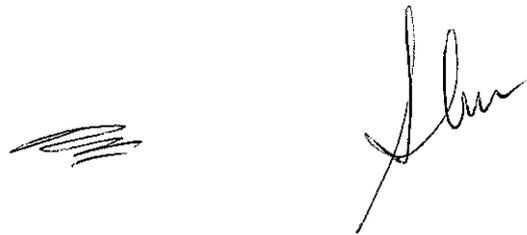
<sup>3</sup> STC recaída en expediente N° 0003-2004-AI/TC, FJ. 22.

que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; e) límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público.<sup>4</sup>

### 3.- PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA

3.1 Corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie en primer lugar sobre la Primera Pretensión Principal planteada por Consorcio en su escrito de demanda, es decir: Determinar si corresponde o no declarar que el Contrato de Concesión para la Ejecución del Proyecto "Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón" y su Adenda N° 8 obligan al Concedente a asumir, en la relación interna con Consorcio, el Impuesto Predial referido a los Bienes de la Concesión y, también, a reintegrar a favor de Consorcio, todo monto que esta empresa haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo por concepto del Impuesto Predial afecto a los Bienes de

<sup>4</sup> STC recaída en expediente N° 4069-2006-AI/TC, FJ. 4.



la Concesión y que se genere durante toda la vigencia del Contrato de Concesión.

3.2 Como puede apreciarse de la Cláusula 7: TRIBUTOS, numeral 7.2., las partes pactaron que *“El pago de todos los tributos y el establecimiento de las garantías que se requieran de acuerdo con las Leyes Aplicables para el goce de cualquiera de los beneficios referidos en la siguiente Cláusula serán exclusivamente por cuenta y responsabilidad del Concesionario, con excepción del impuesto predial de los bienes de uso público entregados en Concesión.”*

3.3 Que las partes, el 07 de marzo de 2002 firmaron un Acta de Negociación mediante el cual llegaron a un acuerdo sobre la interpretación del referido Contrato en lo que respecta a la responsabilidad económica derivada de las obligaciones tributarias de carácter municipal –específicamente del Impuesto Predial y de los Arbitrios Municipales- vinculadas a los predios entregados en Concesión. En el numeral 1 del párrafo II, el Concesionario señaló que el 29 de mayo de 2001 pagó el Impuesto Predial correspondiente al año 2001, pago que realizó debido a que legalmente tienen la calidad de contribuyente de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, modificado por la Ley N° 27305. No obstante había solicitado al Concedente el reembolso de lo pagado por considerar

que contractualmente en virtud del numeral 7.2 de la Cláusula 7 del Contrato de Concesión, no estaba obligado a efectuar dicho pago. En dicha Acta de Negociación las partes acordaron que el Concedente estaba obligado al pago del Impuesto Predial correspondiente al año 2001 obligándose a reembolsar a Consorcio el importe de lo pagado. Asimismo, acordaron celebrar una Adenda al Contrato de Concesión en el que el Concedente expresamente reconozca que se encuentra obligado al pago del Impuesto Predial que se hubiera generado y que se generen el futuro con relación a los inmuebles que constituyen los Bienes de la Concesión.

3.4 Este acuerdo se refleja en la Escritura Pública de fecha 17 de julio de 2002, otorgada ante el notario de Lima Ricardo Ortiz de Zevallos Villarán, en la que corre el Addendum Número Ocho al Contrato de Concesión para la Construcción, Operación y Explotación del Sistema "Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón".

En la Cláusula Segunda de la escritura mencionada, referida al objeto de la Adenda, se indica que las partes acuerdan que el Impuesto Predial que generen los Bienes de la Concesión se sujetará a las disposiciones allí indicadas, estableciéndose que: *"(i) Durante la vigencia del Contrato de Concesión, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 7.2 de la Cláusula 7 del mencionado*

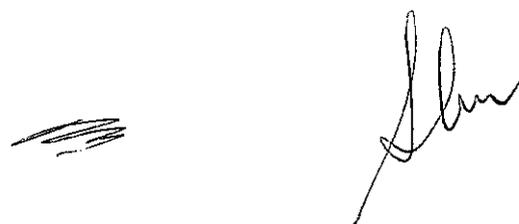


*Contrato, el Concedente se encontrará obligado a asumir económicamente el pago del Impuesto Predial que generen los Bienes de la Concesión, pese a que de conformidad con las Leyes Aplicables dicha obligación corresponde al Concesionario.”*

*“(ii) El pago del Impuesto Predial será realizado por el Concedente directamente a la autoridad que califique como Administrador Tributario del referido impuesto, en los plazos señalados por las Leyes Aplicables.”...*

*“(v) El concedente mantendrá indemne al Concesionario respecto de las obligaciones vinculadas al Impuesto Predial y a cualquier responsabilidad que del mismo se derive, tales como intereses, sanciones, recargos y similares. Por consiguiente, el Concesionario se encontrará liberado de su pago”.*

En dicha Adenda N° 8, en el numeral 2.4 se contempló el caso en el que el Concedente no cumpliera con pagar los tributos dentro de los plazos establecidos por la administración tributaria dándole el derecho al Concesionario de pagar tales tributos, obligándose el Concedente a reintegrar la totalidad del importe pagado por el Concesionario dentro del plazo de noventa (90) días hábiles de recibido el requerimiento de reembolso efectuado por el Concesionario.



Finalmente en el Adenda N° 8 las partes estipularon que ese acuerdo tiene por objeto precisar los alcances del Contrato de Concesión en lo referente a las obligaciones tributarias municipales generadas por los Bienes de la Concesión y en consecuencia sus disposiciones deben entenderse vigentes desde la Fecha de Cierre y durante la vigencia del Contrato de Concesión.

Conforme a la cláusula 7,7.2 del Contrato, constituye obligación del Concedente *“el pago del Impuesto Predial...”*. De otro lado, el artículo 1219º del Código Civil, inciso 1, autoriza al acreedor a *“emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado”*.

3.5 De lo anterior se desprende que las partes celebraron libremente un contrato de concesión al cual se le agregaron de mutuo acuerdo y como integrantes del mismo diversas adendas, entre ellas la N° 8.

Como es de conocimiento, en un contrato se plasman, según el artículo 1351º, los acuerdos *“... de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*. Dentro de las características del contrato tenemos que es consensual en cuanto es el resultado de un acuerdo de voluntades que se perfecciona con el consentimiento de las partes. Asimismo,

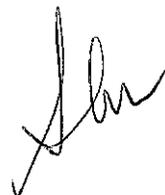


es bilateral, en cuanto se requiere la existencia de cuando menos dos partes para su celebración y existencia. El contrato también es generalmente oneroso, pues haber una retribución por parte de una de las partes hacia aquél que realiza un servicio o explota un bien, lo que se manifiesta a través de una suma de dinero en forma periódica, única o porcentual o mediante cualquier otra clase de contraprestación que las partes convengan libremente.

Los contratos se rigen por el principio de libertad contractual, pudiendo las partes pactar su forma, contenido, efectos y extinción del mismo, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, como señala el artículo 1354° del Código Civil.

En el presente caso las partes, personas capaces, han celebrado un contrato con pleno conocimiento de lo que estaban acordando y sin coacción de persona o institución alguna, por lo que el contrato y sus Adendas carecen de vicio de nulidad.

3.6 En consecuencia, al estar expresamente pactado en los documentos referidos precedentemente de los cuales deduce que el Concedente se obligó a pagar en la relación con el concesionario las obligaciones vinculadas al impuesto predial y cualquier responsabilidad que del mismo se derive, el Tribunal Arbitral concluye que resulta plenamente fundada la pretensión de Consorcio para que el Concedente cumpla con la obligación

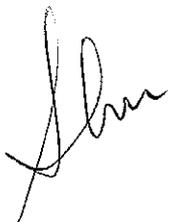


contractual de pagar el Impuesto Predial, en estricto cumplimiento del Contrato, de acuerdo con lo acordado por ellas en la Adenda N° 8.

#### 4 SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

En cuanto a la Segunda Pretensión Principal se solicita se ordene al Concedente que cumpla con reintegrar a favor de Consorcio el monto de S/. 353,881.99 (Trescientos cincuenta y tres mil ochocientos ochenta y uno y 99/100 Nuevos Soles), que Consorcio abonó a la Municipalidad de Carabayllo por concepto de Impuesto Predial correspondiente a los Bienes de la Concesión por los ejercicios 2010 (IV Trimestre), 2011, 2012 y 2013. La pretensión se hace extensiva a cualquier suma adicional que, por ese mismo concepto, Consorcio abone desde la fecha de presentación de la demanda y la emisión del respectivo laudo que ponga fin a la controversia planteada.

Ahora bien, respecto al importe a que asciende dicho pago, este se encuentra debidamente acreditado con los recibos que en fotocopia se acompañan a las cartas 576- 10, 129-11, 271-11, 423-11, 024-12, 130-12, 317-12, 462-12, 598-12, 096-13, que como prueba fueron adjuntadas a la demanda, por un importe total de S/. 475,691.83 (Cuatrocientos setenta y cinco mil seiscientos noventa y uno y 83/100 Nuevos Soles).



Al haber las partes suscrito la Adenda N° 8, y en razón a lo establecido por el artículo 1361° del Código Civil que señala que, "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.", esto obliga al Concedente a reembolsar a Consorcio el importe que por concepto de Impuesto Predial éste abonó a la Municipalidad de Carabayllo. El Concedente, al pretender desconocer este compromiso lo único que consigue es desestabilizar el equilibrio económico-financiero que rige el contrato.

Por tanto, corresponde declarar fundada la Segunda Pretensión Principal y ordenar que el Concedente pague a Consorcio la suma de S/. 475,691.83 (Cuatrocientos setenta y cinco mil seiscientos noventa y uno y 83/100 Nuevos Soles) así como cualquier cantidad adicional que, por ese mismo concepto, Consorcio abone o haya abonado a la Municipalidad de Carabayllo desde la fecha de presentación de la demanda y la emisión del presente laudo que pone fin a la controversia planteada.

#### 5 PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA: INTERESES LEGALES

Habiéndose declarado fundada la Segunda Pretensión Principal y dispuesto que el Concedente pague a Consorcio la suma de



S/.475,691,83, corresponde ahora determinar si el Concedente debe pagar intereses legales devengados desde la fecha de los incumplimientos y el pago efectivo del monto fijado. Pedido que se refleja en la Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal.

Al respecto, Consorcio ha solicitado que se ordene al Concedente el pago de intereses legales, por haber incumplido con reembolsar el Impuesto Predial de acuerdo con lo pactado. En el presente caso, está demostrado que el Concedente fue requerido expresamente por Consorcio a través de sendas cartas para que reembolse el impuesto predial abonado desde el cuarto trimestre de 2010 hasta el cuarto trimestre de 2013, sin que el Concedente haya cumplido con su obligación de reembolsarle dicho pago, por lo que corresponde ordenar el pago de intereses legales devengados teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1245° del Código Civil que establece que "Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal."

Los intereses legales deben computarse a partir del 29 de noviembre de 2010, fecha de la primera comunicación para el pago del cuarto trimestre de 2010 y así sucesivamente hasta la fecha del pago efectivo de la deuda.



En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que corresponde ordenar que el Concedente pague a Consorcio los intereses legales por la deuda por concepto de reembolso del Impuesto Predial pactado desde la fecha en que recibieron el requerimiento para el pago del cuarto trimestre del año 2010.

#### 6 SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA: GASTOS ARBITRALES

Esta pretensión será analizada luego de resolver la reconvención planteada por el Concedente y las excepciones que a la reconvención planteó la demandante.

#### 7.- RECONVENCION:

#### PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN Y PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA

En su reconvención, el Concedente solicita se declare ineficaz, desde su suscripción, desde su suscripción, la Adenda N° 8 del contrato de concesión suscrito por el demandante y el demandado, ya que transgrediría lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 776 respecto al sujeto pasivo del impuesto predial y ello daría lugar a la nulidad de la cláusula y a la devolución de los montos pagados por el Ministerio al Consorcio en calidad de reembolso por los pagos de impuesto predial realizados por este.

1. En concreto, se debe analizar si es que la Adenda N° 8 que interpreta el artículo 7.2 del contrato de concesión afecta una norma de orden público y si era posible pactar en contrario de



lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 776. En efecto, si bien el régimen derivado del derecho privado es el aplicable para resolver el conflicto entre las partes, los límites del mismo se encontrarán en el carácter imperativo de las normas derivadas del derecho público.

A su vez, tampoco debe perderse de vista que el Estado cumple un rol de control y regulación en el marco de sus competencias (en este caso las del propio Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento), de modo que habrá que determinar los alcances y límites de esta función en el contexto relativo, aun cuando sus actividades se enmarquen en el ámbito del derecho privado.

2. En relación con la posibilidad de pactar en contrario respecto de lo dispuesto en el mencionado Decreto Legislativo se debe señalar que el Código Tributario establece en su artículo 26 que los actos o convenios por los que el deudor tributario transmite su obligación tributaria a un tercero, carecen de eficacia frente a la Administración Tributaria.

En ese sentido, el legislador admite la posibilidad de pactar en contrario, aunque para el derecho tributario este hecho no tenga ningún efecto. De modo que en este punto la libertad contractual de las partes no se ve limitada por una norma de derecho tributario, pues para la Administración Tributaria el sujeto pasivo seguirá siendo el que determine la ley.

Empero, si la ley ha establecido como excepción que el sujeto pasivo del impuesto predial sea el concesionario, habría que determinar si la regla derivada del Código Tributario es



también aplicable a este supuesto. En principio, la ley tendría por objeto trasladar la carga del impuesto a quien obtiene un beneficio haciendo uso de un predio en concesión en razón de su actividad empresarial.

No obstante ello, de esta regla no se puede establecer una prohibición respecto de la posibilidad de pactar en contrario. Si bien esta es una regla excepcional, dicha excepción se refiere a la forma en que el Decreto Legislativo ha determinado quién es el sujeto pasivo del impuesto (que en relación con otros supuestos, es el propietario del bien),<sup>5</sup> pero ello no significa que esto genere una limitación respecto de la libertad contractual de las partes.

Nuevamente, habría que diferenciar el plano relativo al ámbito civil, del tributario. En ese sentido, aunque sea el Estado el que se asume los pagos del impuesto predial, el sujeto pasivo de la obligación tributaria seguirá siendo la empresa concesionaria.

Ahora bien, si es que cabe establecer un límite a la libertad contractual del Estado y la empresa, habría que determinar si en alguna medida ello no involucra un trato desigual de estos sujetos respecto de otros individuos (particulares) que no tienen ninguna limitación para pactar en contrario.

Si en este caso el Estado actúa bajo las reglas de la libertad contractual (al igual que un sujeto privado), entonces no se

---

<sup>5</sup> En efecto, el legislador se encuentra en la posibilidad de establecer *quienes son los sujetos pasivos y hechos generadores del impuesto predial que no dependen necesariamente de la situación jurídica de propietario*. De hecho el legislador no tiene ningún límite impuesto por la Constitución en ese sentido.



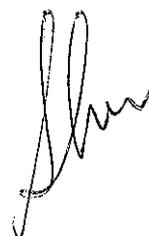
termina de comprender en qué medida es razonable establecer una limitación que en principio no se deriva del texto de la ley, más aún porque la medida no afectaría la finalidad de la ley en sí misma; pero también porque no cabe hacer distinciones donde no lo hace la norma.

En esa lógica no cabe afirmar que se ha afectado una norma de carácter imperativo, en la medida que en el ámbito del derecho tributario el sujeto pasivo del impuesto predial sigue siendo Concesionario y el contrato de concesión respeta ello.

3. Al mismo tiempo, también caben hacer algunos comentarios a la aplicación en el tiempo del Decreto Legislativo N° 776 y el hecho que la modificación de este a través de la Ley N° 27305 de 17 de julio del año 2000, pudiera modificar las reglas contractuales del contrato de Concesión.

Al respecto, habría que señalar que en principio, incluso los contratos protegidos por cláusulas de estabilidad jurídica podrían ser modificados si es que una ley posterior establece criterios contrarios a lo señalado. En efecto, en la medida que la Constitución de 1993 consagra la teoría de los hechos cumplidos en el artículo 103, es decir que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”.

Sobre el punto el Tribunal Constitucional ha señalado que la teoría de los hechos cumplidos es la regla general que solo admite la retroactividad en casos relacionados con la



retroactividad benigna de la ley penal.<sup>6</sup> De modo que en los otros supuestos se aplica la ley a la situación jurídica existente.

De ese modo, aunque el caso en cuestión se subsume en el supuesto de hecho derivado del artículo 1357 del Código Civil, debe leerse a la luz del contenido que se le ha brindado al artículo 62 de la Constitución y articularse con lo indicado en el artículo 103 de la Constitución.

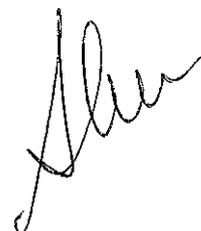
En efecto, como lo señala el Tribunal Constitucional, lo que se ha recogido de manera referencial en este Laudo, no caben interpretaciones parciales sino sistemáticas y unitarias de la Constitución,<sup>7</sup> más aún porque en el caso del contrato ley o de estabilidad jurídica, es de carácter público, no obstante que se guía por las reglas derivadas del derecho civil, pero también por reglas propias del derecho administrativo.

Como en su momento, ha señalado el máximo intérprete de la Constitución el hecho que la Constitución indique o haga referencia al *nomen* "contrato ley" no significa que este tenga fuerza de ley en sentido estricto sino que más bien se trata de "una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley".<sup>8</sup>

<sup>6</sup> STC recaída en expediente N° 0002-2006-AA/TC, FJ. 11.

<sup>7</sup> STC recaída en expediente N° 0003-2004-AI/TC, FJ. 22.

<sup>8</sup> STC recaída en expediente N° 0005-2003-AI/TC, FJ. 16.



En ese sentido, no es que se resistan a la modificación por una ley o más aún a los imperativos de la Constitución. De hecho, la suscripción de la Adenda N° 8 suscrita en el año 2002, es una muestra del efecto que la modificación del Decreto Legislativo 776 pudo generar en la cláusula N° 7.2.

Si bien antes de la modificación del Decreto Legislativo N° 776, la condición de sujeto pasivo y el sujeto obligado al pago del impuesto predial (de acuerdo al contrato) recaían en el Estado,<sup>9</sup> en ese sentido la cláusula 7.2 era conforme a ley, a partir de la modificación de la norma, lo establecido en ella podría haberse entendido como una antinomia entre su contenido y lo señalado en la ley.

En razón de ello, de la Adenda N° 8 suscrita en el año 2002 se puede deducir que las partes optaron por aclarar el sentido de la cláusula 7.2 y establecer una diferencia entre el sujeto pasivo y el sujeto obligado al pago del tributo a partir de la relación contractual. De modo que en relación con el sentido de la cláusula 7.7.2 del contrato debía entenderse que el Estado asumía la carga tributaria en razón de un deber contractual, lo que es válido siempre que no se afectase la condición de sujeto pasivo del tributo.

<sup>9</sup> El Decreto Legislativo N° 776 establecía lo siguiente: Son sujetos pasivos, en calidad de contribuyentes, las personas naturales o jurídicas propietarias de los predios, cualquiera sea su naturaleza. Los predios sujetos a condominio se consideran como pertenecientes a un solo dueño, salvo que se comunique a la respectiva Municipalidad el nombre de los condóminos y la participación que a cada uno corresponda. Los condóminos son responsables solidarios del pago del impuesto que recaiga sobre el predio, pudiendo exigirse a cualquiera de ellos el pago total. Cuando la existencia del propietario no pueda ser determinada, son sujetos obligados al pago del impuesto, en calidad de responsables, los poseedores o tenedores, a cualquier título, de los predios afectos, sin perjuicio de su derecho a reclamar el pago a los respectivos contribuyentes.



La situación hubiera sido distinta si es que la Adenda hubiera señalado que el sujeto pasivo del tributo era el Estado, en el improbable supuesto que las partes pudieran definir ello (dado que la definición del sujeto pasivo por el legislador no es una norma que admita pacto en contrario, dado su carácter imperativo). En ese caso, sí existiría un conflicto entre el contrato y la ley, teniendo que optarse por lo dispuesto por la segunda y la consecuente modificación del contrato ley o nulidad (ineficacia) de la cláusula contraria a la ley.

En la medida que la cláusula del contrato de concesión no se ha visto afectada, pues regula un supuesto distinto al del Decreto Legislativo, lo planteado en Adenda N° 8 no puede considerarse nulo.

4.- Asimismo, hay que indicar que en la medida que el contenido de la Adenda N° 8 se estableció dentro del ámbito de la libertad contractual, la seguridad jurídica de los contratos no debiera verse vulnerada. En efecto, aunque pudiera parecer inequitativo" que el Estado asuma la carga tributaria de quien explota y aprovecha el bienes gravados por el impuesto predial a través de la prestación de un servicio público, el convenio se planteó en igualdad de condiciones para las partes, y sin ningún vicio de voluntad; en razón de ello el Estado tendría que cumplir con su obligación.

De ese modo, aunque la finalidad de la ley habría cristalizado una opción de política fiscal (que el pago del tributo sea asumido por el beneficiario del bien gravado por el impuesto predial que se encuentran en concesión), ello no

necesariamente tuvo un efecto deseado, pues en casos como este las partes optaron por interpretar que el sujeto obligado a pagar el impuesto predial era el Estado (no como sujeto pasivo del tributo sino como deber de orden contractual, pues de lo contrario la cláusula hubiera sido nula). Empero la omisión del Estado en el establecimiento de una política estatal generalizada en materia tributaria aplicable al régimen de concesiones, no es motivo para incumplir con el contrato en mención.

5.-Al mismo tiempo, es necesario referirse al papel que cumple el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Si bien en este caso las reglas que rigen la relación contractual de las partes son las del derecho civil, también es cierto que la entidad concedente puede ejercer poderes que no necesariamente se derivan del contrato de concesión pero podrían tener incidencia sobre este,<sup>10</sup> ello en ejercicio de su facultad o rol de Administrador.

De modo que el hecho que el Ministerio haya optado por suspender los pagos relativos al pago del impuesto predial, en concepto de devolución, no necesariamente involucra un accionar equiparable a una omisión voluntaria respecto del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino que ello dependerá de la situación en concreto.

En todo caso, debe delimitarse sus potestades, sobre todo para aclarar si pueden definir o no los alcances o validez de una cláusula derivada del contrato de concesión. En el caso

---

<sup>10</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú". *Revista de Derecho Administrativo*, Lima. Nº 2, 2006, pp. 9-44



que una cláusula fuera nula de pleno derecho el Ministerio tendría el deber de inaplicarla, pero también de establecer o acordar una disposición conforme al ordenamiento jurídico estatal.<sup>11</sup>

En efecto, en la medida que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el artículo 118º de la Constitución tiene el deber cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, estaría facultada si es que el contrato atenta contra el orden público o algunos de los bienes y/o fines de orden constitucional. De modo que aún en el supuesto que el Estado actuase como sujeto de derecho privado, tendrá el deber de ejercer sus potestades administrativas y/o derivadas del Poder Ejecutivo en estricto para cumplir con los deberes que le impone la norma suprema del ordenamiento.

Como fuere, en el presente caso en la medida que no se trata de una cláusula contraria a lo que establece el Decreto Legislativo 776, entonces el Ministerio tendría que cumplir con lo pactado en la Adenda N° 8, y no ampararse en la supuesta nulidad de la cláusula en mención.

Por todas las razones, el Tribunal Arbitral concluye que se debe declarar **INFUNDADA LA RECONVENCION**, deducida por el Concedente, tanto respecto de la Pretensión Principal y por conexidad la Primera Pretensión Accesorio de la Reconvención.

## 8.- DE LAS EXCEPCIONES:

### 8.1 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

---

<sup>11</sup> De hecho, el Estado cumplió con este deber al promover la adopción de la Adenda N° 8.



Corresponde ahora analizar y resolver la excepción de prescripción deducida por Consorcio a la reconvención planteada por el Concedente.

Sobre este punto, Consorcio solicita que se declare prescrita la Pretensión Principal de la Reconvención del Concedente quien pide se declare ineficaz, desde su suscripción, la Adenda N° 8 del Contrato de Concesión del 7 de abril del 2000, por contravenir normas de orden público así como a que el Concedente no está obligado a reintegrar a Consorcio los montos que dicha empresa, en su calidad de concesionario del citado contrato, haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo, por concepto de Impuesto Predial correspondiente a los bienes materia de la referida concesión. Consorcio basa su excepción en que, conforme al inciso 8 del artículo 219° del Código Civil, se trataría de un acto jurídico nulo, cuyo plazo de prescripción es de diez años conforme al artículo 2001°, inciso 1 del Código Civil y éste plazo ya habría prescrito.

Habiendo el Tribunal Arbitral analizado tanto el Contrato de Concesión y la Adenda N° 8 han sido celebrados conforme a las normas vigentes y que mantienen su plena validez, deviene en improcedente esta excepción.



8.2 Asimismo, Consorcio ha planteado la excepción de prescripción de la Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal referente a restituir al Concedente los montos que este último desembolsó por concepto de Impuesto Predial del 2002 al 2010 en aplicación de la Adenda N° 8. Consorcio señala que ha prescrito la acción para efectuar dichos reclamar, que según el Concedente se trata de desembolsos indebidos efectuados entre el 2002 y el 17 de setiembre de 2008. Basa su solicitud en lo dispuesto por el artículo 1274° del Código Civil que establece que la acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago.

Por la misma razón expuesta anteriormente de que para el Tribunal Arbitral tanto el Contrato de Concesión como la Adenda N° 8 han sido celebrados conforme a las normas vigentes y mantienen su plena validez resulta también improcedente esta excepción de prescripción.

9.-SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA: GASTOS ARBITRALES Y,  
SEGUNDA PRETENSION ACCESORIA DE LA RECONVENCION

Corresponde determinar, finalmente, a cuál de las partes le corresponde asumir el pago de los costos y costas del presente proceso arbitral.



Al respecto, el numeral 16.6 de la cláusula décimo sexta del Contrato, establece que *“Todos los gastos que se incurran en la resolución de una controversia Técnica o No Técnica incluyendo los honorarios del Perito y de los Árbitros que participen en la resolución de una Controversia, serán cubiertos por la Parte vencida. Se excluye de lo dispuesto en esta Cláusula costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una parte de manera individual”*.

Por su parte el artículo 73º de la Ley General de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), que regula la asunción o distribución de costos, dispone lo siguiente:

*“1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”*

Igualmente, el artículo 57º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, establece que corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje así



como establecer quién es el obligado a este pago. El numeral 2 de éste artículo señala lo que incluye el concepto de costo de arbitraje. En el presente caso, la parte vencida es el Concedente por cuanto se han desestimado todos sus petitorios de la reconvención, y, por otro lado, se han estimado favorablemente las pretensiones de la demanda de Consorcio, por lo que corresponde que el Concedente asuma los gastos arbitrales del presente proceso, con excepción de los honorarios de los abogados de Consorcio conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión en la parte final de la cláusula 16.6.

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar fundada la Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la demanda e infundada la Segunda Pretensión Accesorio de la reconvención.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral resuelve:

LAUDO

PRIMERO: Declarar FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de Consorcio; y en consecuencia DECLARAR que el Contrato de Concesión para la Ejecución del Proyecto "Aprovechamiento Óptimo de las Aguas Superficiales y Subterráneas del Río Chillón" y su Adenda 8 obligan al Concedente a asumir, en la relación interna con Consorcio, el Impuesto Predial referido a los Bienes de la



Concesión y, también debe reintegrar a favor de Consorcio todo monto que esta empresa haya abonado o abone en el futuro a la Municipalidad Distrital de Carabayllo por concepto del Impuesto Predial afecto a los Bienes de la Concesión y que se genere durante toda la vigencia del Contrato de Concesión.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de Consorcio; y en consecuencia ORDENAR al Concedente que pague a Consorcio por concepto de reembolso del Impuesto Predial abonado por Consorcio a la Municipalidad Distrital de Carabayllo desde el cuarto trimestre de 2010 hasta el cuarto trimestre de 2013, que a la fecha de la demanda según la demandante ascendía a S/. 353,881.99 (trescientos cincuenta y tres mil ochocientos ochenta y un nuevos soles con noventa y nueve céntimos de nuevo sol) así como cualquier suma de dinero adicional que, por ese mismo concepto, Consorcio haya abonado desde la fecha de la presentación de la demanda y la emisión del presente laudo.

TERCERO: Declarar FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de Consorcio, REFERIDA AL PAGO DE INTERESES y en consecuencia ORDENAR al Concedente que pague a Consorcio los intereses legales devengados los mismos que deben computarse desde la fecha de los respectivos

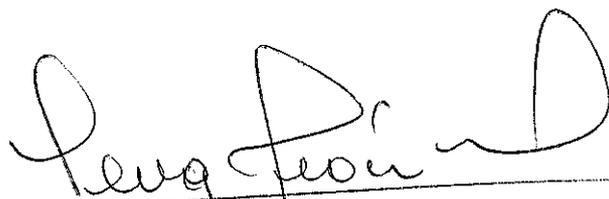


requerimientos de reembolso por parte de la entidad Concedente hasta la fecha del pago efectivo del monto demandado.

CUARTO: Declarar FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de Consorcio; y, en consecuencia ORDENAR al Concedente que asuma íntegramente los gastos arbitrales del presente proceso arbitral, por lo que el Concedente debe REINTEGRAR a Consorcio los costos y costas en los que ha incurrido en el presente proceso arbitral, con excepción de los honorarios de los abogados de Consorcio.

QUINTO: Declarar IMPROCEDENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, deducida por Consorcio, respecto de la Pretensión Principal de la Reconvención y respecto de la Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la Reconvención.

SEXTO: Declarar INFUNDADA LA RECONVENCION planteada por el Concedente tanto respecto de la Pretensión Principal como de la Primera y Segunda Pretensión Accesorio de la Reconvención.



~~SERGIO ALEJANDRO LEON MARTINEZ~~

~~Presidente del Tribunal Arbitral~~



RAUL BARRIOS FERNANDEZ CONCHA

Árbitro



CESAR LANDA ARROYO

Árbitro



CESAR SOBREVILLA LAZO

Secretario Arbitral